**Axel Montenbruck**

# Deutsche Straftheorie I - IV

## Lehrbuch in vier Teilen

4. überarbeitete und erheblich erweiterte Auflage, 2020

veröffentlicht im Open Access der Freien Universität Berlin
ISBN Online: 978-3-96110-231-0
ISBN Print: 978-3-96110-242-6

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

**Weitere einschlägige Bücher**

***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.

***Zivilisation. Eine Rechtsanthropologie. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur,*** 2. Auflage 2010, 494 S., Freie Universität Berlin, Open Access (auch gedruckt)

***Western Anthropology. Democracy and Dehumanization.*** *2nd edition 2010, pp. 81* Freie Universität Berlin, Open Access (auch gedruckt).

***Strafrechtsphilosophie (1995-2010). Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht***, 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.

*Deutsche Straftheorie I*

**Allgemeiner Teil: Überblick und Grundlegung**

*Deutsche Straftheorie II*

**Besonderer Teil: Prävention und Schuldausgleich**

*Deutsche Straftheorie III*

**Fundamentaler Teil: Ideengeschichte, Willensfreiheit, Determinismus und Thesen**

*Deutsche Straftheorie IV*

**Komplementärer Teil: Anthropologische Straf- und Kriminalitätstheorie**

# Inhaltsverzeichnis


***Deutsche Straftheorie I*** ..... 3
**Allgemeiner Teil: Überblick und Grundlegung** ..... 3
***Deutsche Straftheorie II*** ..... 3
**Besonderer Teil: Prävention und Schuldausgleich** ..... 3
***Deutsche Straftheorie III*** ..... 3
**Fundamentaler Teil: Ideengeschichte, Willensfreiheit, Determinismus und Thesen** ..... 3
***Deutsche Straftheorie IV*** ..... 3
**Komplementärer Teil: Anthropologische Straf- und Kriminalitätstheorie** ..... 3
**Inhaltsverzeichnis** ..... 4
**Vorwort zur vierten Auflage in vier Teilen** ..... 12
**Vorwort zur ersten, zweiten und dritten Auflage** ..... 14
***Deutsche Straftheorie I*** ..... 17
**Allgemeiner Teil: Überblick und Grundlegung** ..... 17
**1. Kapitel** ..... 18
**Art, Kultur und Herkunft der Vereinigungstheorie** ..... 18
**I. Einleitung: Begründungsnotlage und erster Überblick, Bedeutung und Methode** ..... 18
**II. Strafe und deutsches Recht: Verfassungs-, Zivil-, Sozial- und Sonderstrafrecht, vier Strafbegriffe der Straftheorie, zur Einbeziehung der Maßregeln** ..... 26
**III. *Bundesverfassungsgericht*: eine Frage der Kultur, der Willensfreiheit, der Tradition („althergebrachte Strafen"); Lebens- als Menschenwürdeschutz** ..... 35
**IV. Kurze Gesetzesgeschichte, Deutung des deutschen Strafrechtssystems als Rechtsidealismus, Wille des Gesetzgebers von 1969** ..... 42
**2. Kapitel** ..... 49
**Gründungsväter der deutschen Vereinigungstheorie** ..... 49
**I. *Kants* absolute Straftheorie und sein zweites relatives Konzept, Menschenwürde und Minimalethik im Recht** ..... 49
**II. *Hegels* absolute Straftheorie und deren relative Elemente, Rechtspersonalität und Rechtsstaatsidee** ..... 59
**III. *Feuerbachs* relative Straftheorie und deren absolutes Bürgerrechtsfundament** ..... 64
**IV. *Liszts* relative Straftheorie und deren absoluter rechtsstaatlicher Rahmen** ..... 68
**V. These: Gemeinsames von *Kant* bis *Liszt*; nachfolgende Strafmodelle; Re-Ethisierung des Strafrechts?** ..... 72
**3. Kapitel** ..... 78
**Gegenwärtige Vereinigungstheorie und Einzellehren** ..... 78
**I. Vereinigungstheorie in der Fassung des *Bundesverfassungsgerichtes*, Verankerung in Strafrechtspraxis und Strafgesetzbuch** ..... 78
**II. Gemeinsames Rechts-Fundament und herrschenden Lehrbuchlehre; Arten der Vereinigungstheorie, Reduktion auf Straftheorie** ..... 88
**III. Philosophische Einzellehren: Selbstkorrumpierung (*Köhler*), Loyalitätsverweigerung (*Pawlik*), Anerkennungsverlust und Abbüßungsvertrag (*Seelmann*)** ..... 97

**IV. Funktionale Lehren: Systemische Normgeltungslehre (*Jakobs u. a.*), Rechtsstaatsschutz (*Appel, Nettesheim),* soziale Wirklichkeit (*Hoffmann-Holland*) ..... 103**
**V. Gesondertes Feindstrafrecht (*Jakobs*), défense sociale/difesa sociale (*Ancel, Gramatica*), us-liberales Bürgerkriegsmodell, Legitimation durch Verfahren (*Luhmann*) ..... 111**
**VI. Umfeld-Lehren: Abolitionismus und Vorrang der Mediation, Privatstrafrecht der Antidiskriminierung (*Bung*), „Strafe ohne Staat" (*Kubiciel, Meyer*), Einordnung ..... 118**
**4. Kapitel ..... 125**
**Strafe-Tat-Täter-Mensch, analoge Handlungslehren und Großordnung ..... 125**
**I. Rückkoppelung mit Tatunrecht und Schuldidee ..... 125**
**II. Rückbezug zu: Handlung, Zurechnung, Täterschaft und subsidiärer Gefährlichkeit ..... 137**
**III. Sonderbegriffe: Strafzumessungsperson und prozessualer Tatbegriff; Oberbegriffe: Bewertungsnorm und Verbrechen ..... 149**
**IV. Nachbetrachtungen: Drei Straf-, drei Handlungslehren; Menschen-Strafrecht; Täter und „Freiheit, Gleichheit und Solidarität" ..... 153**
**V. Zwei präventive, zwei vergeltende, zwei erkenntnistheoretische Strafideen; Sonderpaarung: verfassungsschützendes Feind- und versöhnendes Nächstenstrafrecht ..... 160**
**5. Kapitel ..... 165**
**Grundkonsens und Widersprüchlichkeit der Vereinigungstheorie ..... 165**
**I. Konsens über Dogma und Evidenz der Notwendigkeit zu strafen, Freiheit zu Gewalt und Ethik, Antinomie der drei Strafbegründungen ..... 165**
**II. Trennung von Strafgrund und Strafzweck oder zwischen Rechtfertigung, Wesen und Zweck der Strafe ..... 175**
**III. Trennung nach Gesetz, Urteil und Vollzug; drei Sichtweisen auf die Vereinigungstheorie, Methode der Subsysteme ..... 183**
***Deutsche Straftheorie II* ..... 189**
**Besonderer Teil: Prävention und Schuldausgleich ..... 189**
**1. Kapitel ..... 190**
**Allgemeine Generalprävention I: Darstellung und Kommentierung ..... 190**
**I. *Bundesverfassungsgericht*: Verbund von Sozialschadens- und Rechtsgutslehre; Strafprozessidee: Effektivität, Rechtsfriedenssicherung und *rechts*-staatlicher Strafanspruch ..... 190**
**II. Sozialliberaler Ansatz: Sozialschadenslehre, Alternativentwurf, Präventionsstrafe mit Schuldobergrenze (*Roxin*) und Feindstrafrecht (*Jakobs*) ..... 198**
**III. *Strafrechtswissenschaft*: „Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz" ..... 206**
**IV. Einzelnes zum Rechtsgüterschutz und dessen Grenzen als Strafidee ..... 211**
**V. 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 ..... 219**
**2. Kapitel ..... 227**
**Allgemeine Generalprävention II: Sonderlehren und Fortentwicklung ..... 227**

**I. Verletzung des Achtungsanspruchs von Normen, gesellschaftliche Kommunikation und Normgeltungsschaden (*Jakobs, Kindhäuser*), Tabubruch (*Hörnle*) ..... 227**
**II. Tadel als expressiver Charakter des liberalen Strafens (*K. Günther, Hörnle*), Eigenverantwortung als innere Kommunikation und Selbstwiderpruch ... 231**
**III. Präventive Ausgleichsgerechtigkeit: Widerspruch, Bekräftigung, Heilung, Restitution, Sühne und Genugtuung; Diskussion der ausgleichenden Gerechtigkeit ..... 237**
**IV. *Bundesverfassungsgericht*: präventive Rechtssicherheit als Teil des Schuldprinzips; Idee der subsidiären Strafpflicht ..... 247**
**V. Utilitaristische Strafbegründung über Notlage und Güterabwägung (*Frisch*); deren klassische Einhegung durch das prozessuale Bürgerstrafrecht (*BVerfG*), Mitverantwortung (*Stratenwerth*) und Selbstbestrafung der Gesellschaft .. 251**
**3. Kapitel ..... 259**
**Positive und negative Generalprävention ..... 259**
**I. Strafen zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit", Vertrauen, Selbstjustiz und Strafbedürfnis ..... 259**
**III. Vertiefung: Allgemeinheit und Rechttreue ..... 269**
**IV. Kritisches: Exemplarische Strafen, Erschütterung durch Tatverdacht, Verfassungsmäßigkeit und Generalverdacht, Strafzumessung und Verteidigung der Rechtsordnung ..... 276**
**II. Sonderlehren: Feind- oder Bürgerstrafrecht (*Jakobs*); Empirische Generalprävention (*Kaspar*); Stufen der Generalprävention, einschließlich der Individualprävention (*Schwind*) ..... 281**
**V. Verbrechensbekämpfung und Kernstrafrecht, Hierarchie- und Privatstrafe, Selbstkritik ..... 293**
**VI. Vernunft der Rache; Zivilisierung eines Strafbedürfnisses (*Lüderssen*); Triebabfuhr (*Streng*) und Tradition; kluge Sensibilität für Gewaltdelikte; Folgerung: Strafrecht als mildernde Zivilisation ..... 300**
**4. Kapitel ..... 308**
**Individualprävention: Allgemeines ..... 308**
**I. Einordnung, bittere Notwendigkeit (*Alternativentwurf*), Strafmilderung und Gefahrenabwehr, Ergänzung um die Menschenwürdeidee ..... 308**
**II. Elemente: Ableitung aus der Sicherungsverwahrung, strafgesetzliche Regelungen, Resozialisierungsvollzug und Sozialtherapie ..... 313**
**III. Wesen der Resozialisierung: *Hassemers* Bemächtigungsansatz; Abschreckung, Sicherung und Strafzumessung ..... 319**
**5. Kapitel ..... 324**
**Individualprävention: Besonderes ..... 324**
**I. Individualprävention als humane Ergänzung der Strafe (*BVerG*); strafbegründend: für Unverbesserliche, als Denkzettel-Geldstrafe, bei Widerruf der Bewährung ..... 324**
**II. Einzelnes: Rückfallstudie, Legalprognose, Bedenken, Unterschicht ..... 329**
**III. Sonderfragen: Tatverdacht und Untersuchungshaft als Vorwegvollzug der Strafe (*Morgengstern*) und als deren Vorbestimmung (*Momsen*); Verfahren als Strafe (*Gaede*), strafschärfende Ersatzfreiheitsstrafe, ..... 334**
**IV. Zwischenbewertung der Individualprävention ..... 341**
**6. Kapitel ..... 345**
**Präventive Verbundkonzepte und das komplexe Gesetzessystem ..... 345**

**I. Präventive Verbundkonzepte: Sozialer Schuldbegriff, Integrationsprävention (*Roxin, Müller-Dietz*), individualpräventive notstandsähnliche Schuldstrafe (*Frisch*), Repression als Prävention (*Kunz*) ..... 345**
**II. Reine Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht (*Kaspar*) oder Schuldangemessenheit als Verhältnismäßigkeit (*BVerfG*); Trennung von Staats- und Strafrecht ..... 357**
**III. Rechtsgrund und Rechtsmethoden: Sozialpflichtigkeit des Menschen (*BVerfG*); gesetzliche Ausgliederung von Maßregeln und Jugendstrafrecht ..... 362**
**7. Kapitel ..... 367**
**Diskussion der präventiven Strafideen ..... 367**
**I. Nachweisdilemma der präventiven Wirksamkeit des Strafens und Ausgleich durch weitgehenden Verzicht auf Strafvollzug ..... 367**
**II. Präventive Strafbegründungen: Kritik und Replik ..... 376**
**III. Abschluss: Begriffswelten von Prävention und Repression (*Niggli*), Gesamtbewertung ..... 386**
**8. Kapitel ..... 392**
**Gerechter Tatausgleich und individuelle Schuld ..... 392**
**I. Gerechter Tatschuldausgleich: Gerade-Richten, goldene Regel des Vergeltens, Tit for Tat, Strafidealismus ..... 392**
**II. Menschenwürde und Schuld; Gerechtigkeitsidee des *Bundesverfassungsgerichts*, der Strafgesetze und der Strafbemessung ..... 396**
**III. Sonderthese: Trennung und Konkordanz von mildernder Schuld (Art. 1 I GG) und strafbegründender Gerechtigkeit (Art. 20 GG) ..... 404**
**9. Kapitel ..... 411**
**Einzelfragen: Sühne und Buße, strikter Tatbezug und besondere Strafzumessungsschuld ..... 411**
**I. Gerechte Sühne: soziales Versöhnen und freiwillige Buße - Strafidee und Strafmilderungsgrund ..... 411**
**II. Vorzüge der Schuldidee: Wahrheitserforschungspflicht und Individualisierung, Auswirkungen auf den Tatbegriff ..... 419**
**III. Sinn und Kritik der gesonderten Strafbemessungsschuld (Tatschuld plus Vorstrafen und Geständnis) ..... 422**
**10. Kapitel ..... 428**
**Grundlegende Sonderlehren zu gerechtem Ausgleich und individueller Schuld ..... 428**
**I. Strafbedürfnis und Vergeltung (*T. Walter*); Ich-, Du-, Wir-Gerechtigkeit und deren Negation; demokratische Eigenverantwortung der Strafenden ..... 428**
**II. Ausgleich von unberechtigten Herrschaftserfahrung durch human abgemilderte Ohnmachtserfahrung ..... 438**
**III. Verschuldete Provokation der Strafe; autonome Einwilligung in das Strafrisiko ..... 450**
**IV. Langzeitstrafen: autonome Einwilligung in das Risiko nur für mittelfristige Strafen ..... 458**
**V. Rechtskultureller Vorrang von Würde und Sittlichkeit, Schuldfähigkeit des Menschen als geistig-sittliches Wesen ..... 464**
**11. Kapitel ..... 466**
**Einzelne Sonderlehren zum gerechten Tatschuldausgleich ..... 466**
**I. Wider die These, nur der Tatschuldausgleich erlaube eine abgestufte Strafzumessung: dreifaltiges Verschulden von Taten, von Gefahren, von Erschütterung der Rechtstreue ..... 466**

**II. Strafmildernde Mitwirkung von Gesellschaft und Natur als Rechtfertigung von humanen Strafen, milde Geldstrafe ..... 470**
**III. Rechtsfeindliche Gesinnung und grundsätzliche Rechtstreue: Strafzumessungsgrund, Intensiv- und Ersttäter-Strafrecht, Vollverbüßung und Widerruf im Schuldstrafrecht..... 478**
**12. Kapitel ..... 487**
**Diskussion von Schuld und Gerechtigkeit; Ergänzung um Humanität ..... 487**
**I. Schuldkritik ohne Willensfreiheitsdilemma: nur relativ, nur höchstpersönliche Sühne als Folge der Schuld, nur Rekonstruktion der individuellen Schuld, Ausblendung fremder Mitverantwortung ..... 487**
**II. Gerechtigkeitskritik I: Blinde Rache; Inhumanität des Vergeltungsgedankens, ewige Wiedervergeltung; Ergänzung durch mildernde Humanität..... 495**
**III. Gerechtigkeitskritik II: unzulässige Metaphysik, ideelle Überhöhung des Staates, bloße blinde Reaktion, gleich dem Täter, selektives Strafen, Versagen bei Systemunrecht..... 504**
**IV. Tatschuldausgleich: Rechtskulturelle Bewertung und straftheoretische Einordnung..... 511**
**V. Zwischenergebnis: Sinn und Zweck des Strafens, zivilisatorischer Überbau und acht gute Strafgründe..... 515**
***Deutsche Straftheorie III*..... 523**
**Fundamentaler Teil: Ideengeschichte, Willensfreiheit, Determinismus und Thesen ..... 523**
**1. Kapitel..... 524**
**Ideengeschichtliche Fundamente: Naturrecht, Rechts- und Soziallehre, Einwilligung ..... 524**
**I. *Platon* und die lange Geschichte der Vereinigungstheorie; allgemeine Denkmodelle ..... 524**
**II. Naturrechtliche Vertiefung: Strafbegründungen von *Grotius, Hobbes* und *Locke;* Kriminalpolitik *Beccarias* ..... 535**
**III. Verfassungsgesellschaft: Gemeinwille und Volk (*Montesquieu, Rousseau*), Natürlich- und Wichtigkeit von Verbrechen (*Durkheim*), Selbstorganisation in Systemen (*Luhmann*) ..... 542**
**IV. Rechtslehre: Achtungslehre (*Kant*), Anerkennungslehre und Leitidee des Anderen (*Fichte, Hegel*)..... 550**
**V. Sonderlehre: *Aristoteles´* Gerechtigkeitslehre und die vierfache Strafgerechtigkeit: legale, schuldgerechte und zugeteilte Strafe sowie die Not- als Naturgerechtigkeit ..... 557**
**2. Kapitel..... 570**
**Kernproblem der Schuldstrafe: Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit ..... 570**
**I. Grundfragen: Dualismus von freiem Geist und kausaler Natur, Schuldstrafrecht und das Dilemma der Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit ..... 570**
**II. Einzelnes: Evidenz der Willensfreiheit, Arten der Willensfreiheit, philosophische Ansätze, Gut und Böse ..... 575**
**III. Diskussion und Mittelwege: Vereinigungstheorie; Sonderlehre der abgestuften Freiheit: Denken, Entscheiden, Handeln; Verhaltensmuster-Psychologie; „staatsnotwendige Fiktion“ (*Kohl-rausch*)..... 581**
**IV. Argumentative Beweislast; Plausibilität (*Zippelius*)..... 586**
**V. Letztbegründung, Paradoxie und Konsens der Vernünftigen..... 590**

**3. Kapitel ..... 596**
**Herrschender Meinungsstand zur Willensfreiheit und zu funktionalen Alternativen 596**
**I. Ein Dutzend Bekenntnisse zur Willensfreiheit (*Aristoteles und Kant; Welzel, Schmidhäuser, Jescheck/Weigend, gegenwärtige Rechtstheoretiker* und *Philosophen*) ..... 596**
**II. Funktionale Alternativen: Personen, soziale Zurechnung, Motivierbarkeit statt Menschen, Schuld und Willensfreiheit (*Roxin, Lesch, Schünemann, Frister, Merkel, Jakobs, K. Günther*) ..... 606**
**III. Kritische Einordnung und deutsche Rückbindung an die Vernunft; Zwischenergebnis zur Willensfreiheit ..... 615**
**4. Kapitel ..... 627**
**Systemwechsel: Determinismus und Strafe ..... 627**
**I. Deterministische Alternativen im Strafrecht (*Kargl, Herzberg, Schiemann, Hörnle*); kriminologische objektive Verantwortlichkeit (*Mergen, Scheffler*) ..... 627**
**II. Soziologischer Bildungsdeterminismus (*Dux*), philosophische deterministische Freiheit (*Pauen*); Zwischenbewertung ..... 636**
**III. Neurophilosophie - die Ausgangslage: Schuld-Illusion (*Libet*-Experiment), Ich-Leugnung ..... 641**
**IV. Veto-Element (*Hoppe/Elger*), ambivalente Neurophilosophie der Individualität (*Roth/Pauen*"), Geist der Tiere (*Roth*), „Gehirn als Subjekt?" (*Krüger*), „Wille als Artefakt" (*Prinz)* ..... 645**
**V. Strafrechtliche Kritik: Unberechenbarkeit von komplexen Systemen, Gefahr des Naturtotalitarismus (*Fischer*); Unschlüssigkeitsvorwurf (*Hillenkamp*); Fremdbeherrschung als Freiheitsbeleg ..... 652**
**VI. Strafrechtliches Zwischenergebnis: die alten Probleme bleiben ..... 655**
**5. Kapitel ..... 658**
**Grundlegende Sonderlehren als vermittelnde Sichtweisen ..... 658**
**I. Natürliche Komplexität und Selbstorganisation, *Rössners* kooperativer Sozio-Naturalismus, *Keils* anthropologische Grundfähigkeiten ..... 658**
**II. Universelle Freiheit als systemische Offenheit, als natürliche Macht jeden energetischen Körpers und als Freiheit vom und zum Schwarm ..... 666**
**III. Grenzen des Naturalismus, Drei-Welten-Lehre (*Radbruch*); symbolische Kulturphilosophie (*Cassirer, Lenk*); Methodik: statt Dogmatismus ideeller Föderalismus ..... 674**
**IV. Naheliegende dialektische Thesen zur Willensfreiheit ..... 683**
**6. Kapitel ..... 686**
**Kommunikation, Willensfreiheit und Schuldstrafe: Eigene Thesen ..... 686**
**I. Ständige „Aktion und unmittelbare Reaktion" infolge kommunikativ-reflektiver Wiederbelebung der Tat ..... 686**
**II. Willensfreiheit und Autonomie: kulturelle Fiktion, genetische Instinktreduktion und psychische Ausstattung genügen! Evolutionäre Idee der Selbstorganisation aller natürlichen Einheiten! ..... 695**
**III. Schuldstrafe als national gelebte Ausprägung, eine relativ beste Vereinigungstheorie ..... 704**
**7. Kapitel ..... 710**
**Deutsche Straftheorie: Eigenes Konzept ..... 710**
**I. Hauptthese: Ausgleich von unberechtigter Herrschaftserfahrung durch human abgemilderte Ohnmachtserfahrung ..... 710**

**II. Zu Gerechtigkeit und Strafbegriffen ..... 715**
**III. Notwendige präventive Ergänzungen des Hauptkonzeptes ..... 718**
**IV. Struktur der Vereinigungstheorie, Bezug zum Verfassungsrecht ..... 725**
**V. Zwanzig kleine Sonderlehren ..... 728**
**VI. Gute Gründe und der Rechtspositivismus ..... 735**
**VII. Schlussbemerkung ..... 737**
***Deutsche Straftheorie IV* ..... 739**
**Komplementärer Teil: Anthropologische Straf- und Kriminalitätstheorie ..... 739**
**1. Kapitel ..... 740**
**Anthropologische Grundlegung ..... 740**
**I. Anthropologien von *Aristoteles* und *Kant*; Offenheit der gegenwärtigen Kriminologie ..... 740**
**II. Primaten-Forschung: *Tomasellos* Evolution der Moralität als wechselseitige Kooperation; erste Folgerungen ..... 744**
**III. Homo erectus; Freizeit des kochenden Feuer-Menschen (*Wrangham*) und neue Selbstorganisation ..... 752**
**IV Verkindlichter spielerisch-kreativer Feuer-Mensch (Paedomorphismus, *Bednariks* neoteny) und homo ludens (*Huizinga*) ..... 759**
**2. Kapitel ..... 765**
**Rechtsanthropologische Folgerungen ..... 765**
**I. Grundspielregel der Wechselseitigkeit und der Verstoß dagegen; verkindlichter Mensch-Primat als Lust- und Glücks-Wesen ..... 765**
**II. Homo ludens als besonders Kulturwesen ..... 767**
**III. Evolution und Rang: die Hackordnung (*K. Lorenz*); hierarchisches Kleinrudel und nomadischer Schwarm ..... 770**
**IV. Höhere moralische Instanz (geistige Übereltern oder eigene Über-Ich-Vernunft) und durch politische Alpha-Tiere (auch als Demokratie) ..... 773**
**V. Humane Wahlfreiheit und Verbund der möglichen Vor-Rechtsstrukturen: Friedensstaat als Herden-Volk mit aristokratischer Rudelelite ..... 775**
**3. Kapitel ..... 780**
**Kriminalitäts- und Straftheorie (Haupt-Thesen) ..... 780**
**I. Kriminalität: Verstoß gegen Spielregeln, gegen die Hackordnung und den Schwarmfrieden ..... 780**
**II. Willensfreiheit als Spielfreiheit, Moral als Spielethik ..... 783**
**III. Spielerische Inszenierung der Rechtsfindung (*Wulf*): Reaktion auf die rituell rekonstruierte Erinnerung an die Tat ..... 785**
**4. Kapitel ..... 790**
**Anthropologische Kriminalitätstheorie (Einzelne Thesen) ..... 790**
**I. Natürliche Antriebe und natürlicher Ausgleich ..... 790**
**II. Statusdelikte mittels Gewalt, List und Treubruch; drei biologische Beweggründe und Absichten (Stoffwechsel, Fortpflanzung und Notlage) .. 794**
**III. Gewalt-, List- und Treubruchs-Taten zum Machtgewinn; Mord als Sonderfall des Tabubruchs ..... 796**
**IV. Fünf vorrangig männliche Persönlichkeitsfacetten: Status-Täter, Spiel- und Gefühls-Täter, Moral-Verteidiger und Gott-Spieler ..... 797**
**5. Kapitel ..... 814**
**Anthropologische Straftheorie (Einzelne Thesen) ..... 814**

**I. Reaktionen: drei Panik-Reaktionen und die Strafe, drei Reaktionsmuster des Strafgefangenen; Vernunft und Befriedigung von Strafbedürfnis ..... 814**
**II. Strafe: Hacken und Ausschluss, Statusminderung und Missachtung, gewaltsame Selektion unrichtigen Verhaltens ..... 819**
**III. Resozialisierung: Recht auf Spielen, Fortbildung, Lehr-Assistenz ..... 823**
**IV. Fazit: Rang-Kriminalität, Selbstorganisation und vorrangig männliches Strafbedürfnis ..... 826**
**6. Kapitel ..... 831**
**Schluss: Brücke vom Straf-Naturalismus zum Straf-Idealismus ..... 831**
**I. Natürliches und Brücken-Thesen zum Straf-Idealismus ..... 831**
**II. Zur Besonderheit des Menschen ..... 838**
**Namensverzeichnis ..... 843**
**Literaturverzeichnis ..... 857**

## Vorwort zur vierten Auflage in vier Teilen

Die „Deutsche Straftheorie“ ist noch einmal gründlich durchgesehen. Einiges war umzustellen und Etliches zu ergänzen. Dabei legen der neue Gesamtumfang und auch die Frage, wer das Werk aus welchen Gründen nutzen könnte, inzwischen die Aufteilung in vier getrennte und schlanke Teilbände nahe: die „Deutsche Straftheorie I -IV“.

*Deutsche Straftheorie I, Allgemeinen Teil: Überblick und Grundlegung*.

Inhaltlich habe ich insbesondere einen kleinen Unterabschnitt eingefügt, der etwas mehr Ordnung anbieten soll: Vier bekannte Paarungen möchte ich herausstellen und zuspitzen: die emotionale General- und die rationale Individualprävention, den blinder Tatausgleich und die höchstpersönliche Schuld, den objektiven Naturalismus und den subjektiven Idealismus, den absoluter Sinn und den relativen Zweck. Hinzuzufügen ist die Sonderpaarung: verfassungsschützendes Feind- und versöhnendes Nächstenstrafrecht (Straftheorie I Kap. 4 V).

*Deutsche Straftheorie II, Besonderer Teil: Prävention und Schuldausgleich*

Aus dem Blickwinkel der vorrangig präventiven Straftheorie habe ich die wichtigen Aspekte des Strafbedürfnisses (Straftheorie II Kap. 3 I, V) und der Rechtstreue (Kap. 3 III) vertieft. Geändert und ergänzt habe ich auch die Ausführungen zur Individualprävention (Kap. 4). So lässt sich negativ gewendet das Fehlschlagen der Resozialisierungsangebote und damit die Vollverbüßung im geschlossenen Vollzug als präventiver Strafgrund für Unverbesserliche im Sinne *Liszts* deuten (Kap. 4 III). Auch beherrscht die Prävention vereinfacht das gesamte letzte Vollzugsdrittel sowie die Art und Weise des Strafvollzuges. Weitere Erläuterungen verdient auch das große Problem der Nichtnachweisbarkeit der präventiven Wirkung der Strafe (Kap. 5 II), dessen argumentatives Gewicht demjenigen der Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit nahekommt. Zudem ist dort die zahlenmäßig und rechtsstaatlich bedeutsame präventive Seite der Untersuchungshaft beleuchtet.

Für die Lehre vom Vorrang des Tatschuldausgleichs habe ich die Grundlagen (Kap. 6 I–III) umgestaltet. Auch die Sühne-Sonderlehre ist neu gefasst. Sie verbindet die Strafidee der Resozialisierung über das Angebot einer „gerechten und humanen Versöhnung“ mit der Verfassungsidee vom Täters als würdigem Menschen (Kap. 6 III). Zudem ist der Gesichtspunkt „Rechtsfeindlichkeit“ mit Blick auf die Rechtsgüterlehre fortgeschrieben: Der Intensivtäter verletzt aus der ethischen Sicht vorrangig einen Gemeinschaftswert, und zwar die „auf dem

Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhende verfassungsmäßige Ordnung“ in Anlehnung an § 81 StGB. Auch die Vollverbüßung im Vollzug lässt sich (unter anderem) mit diesen Gedanken begründen. (Kap. 11 III).

*Deutsche Straftheorie III, Fundamentaler Teil: Ideengeschichte, Willensfreiheit und Naturalismus*

Eingefügt habe ich Ausführungen zu Platon (Straftheorie III Kap. 1 I). Im Rahmen der Diskussion um die Willensfreiheit habe ich auch eine naturalistische Sonderlehre eingefügt, die den Titel „Universelle Freiheit als systemische Offenheit, als natürliche Macht eines energetischen Körpers und als Freiheit vom und zum Schwarm“ trägt (Kap. 5 I). Die weitere „Sonderlehre: Ständige „Aktion und unmittelbare Reaktion“ infolge kommunikativ-reflektiver Wiederbelebung der Tat“ sucht zu erklären, auf welcher virtuellen Ebene wir unmittelbar (!) auf die Tat regieren (Kap. 5 III).

Es folgt die den Neuerungen angepasste und erweiterte Zusammenfassung. Sie bündelt meine eigenen Antworten auf die Frage nach Sinn und Zweck des Strafens (Kap. 7 I, II).

*Deutsche Straftheorie IV, Komplementärer Teil: Anthropologische Straf- und Kriminalitätstheorie*

Nach einigem Zögern habe ich eine recht ausführliche anthropologische Lehre angehängt, die auf vor allem auf evolutionsbiologischen Erkenntnissen beruht. Hinter ihnen steht ein gesondertes Gesamtkonzept, das ich in einer eigenen Einzelschrift veröffentlichen möchte.

So haben sich die Hominiden im Vergleich mit den Menschenaffen zum einen seit der Erfindung des Feuers zu einem kindlich-spielerisches Welpen-Wesen entwickelt, dem homo ludens. Die Spieltheorie wiederum bedient sich wie die Evolution der kooperativen Gerechtigkeits-Strategie des „Tit for Tat“. Auch erscheinen uns die Verstöße gegen die Grundsätze des Spielens als „unfair“. Zum anderen ist zu überlegen, was denn etwa tierische Hackordnungen und staatliches Strafen gemein haben.

Dieser Ansatz beinhaltet -in jedem Falle- eine eigenständige „alternative Kriminalitäts- und Straftheorie“. Aber an deren Ende ist zu versuchen, die Brücke vom *Strafnaturalismus* hin zum deutschen *Strafidealismus* zu schlagen. Diese Brücke „vom Tier zum Menschen“ kann man für begehbar erachten, muss es aber nicht.

Für das Lektorat auch dieser Auflage danke ich Frau Ass. iur. *Susanne Dembour* von Herzen. Herr Rechtsanwalt *Maximilian Montenbruck* hat mich erneut und mit viel Geduld informationstechnisch unterstützt.

*Axel Montenbruck*, Berlin im Januar 2020

## 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, stellt diese Schrift deshalb dar, 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 amibivalent 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, deckelt die lebenslange Freiheitsstrafe mithilfe der Menschenwürde und leitet das Recht auf Resozialisierungsangebote aus ihr ab.

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 strafrechtwissenschaftlichen 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 substanzielle 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 mühevolle 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

# *Deutsche Straftheorie I*

# Allgemeiner Teil: Überblick und Grundlegung

# 1. Kapitel

## Art, Kultur und Herkunft der Vereinigungstheorie

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

1. Im Mittelpunkt der Deutschen Straftheorie steht das Nachdenken über „Sinn und Zweck der Strafe“. Inwieweit, so ist zu fragen, ist vor allem die strafweise Gefangenhaltung von Menschen durch Menschen in unserem demokratischen Rechtsstaat überhaupt vernünftig zu begründen. [1]

*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“[2], weil nicht das Fach Philosophie die Ausrichtung bestimmt, sondern die deutsche *Strafrechtswissenschaft*. Soweit sie sich der Philosophie bedient, hat sie diese 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? Oder reicht es heute noch, dass die Strafe zwar für den Täter Übel und sie aber ein Gutes für die Gesellschaft darstellt?

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

---

1 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, 2019 im Juni 2019 in *Haft, einschließlich Untersuchungshaft*: 73 197 Menschen (Männer: 68 654 / Frauen 4 453), davon in Untersuchungshaft: 13 358. Zudem Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 425 vom 1. November 2019, Verurteilungen insgesamt im Jahre 2018: 712 338. Davon: *Geldstrafe* nach dem Strafgesetzbuch (StGB) 550 312 - *77,3 %* / *Freiheitsstrafe* nach dem StGB 104 419 - 14,4 % (einschließlich Aussetzung zur Bewährung) / *Jugendstrafe* gemäß Jugendgerichtsgesetz (JGG) 9 232 – 1, 3 %.

2 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 *Synthese* stehen (können), die zugleich *ein System* wissenschaftlich begründeter Aussagen anbietet.

So erklärt *Hörnle*[3] 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. Auch deshalb bietet es sich an, nicht von „Straftheorien" zu sprechen, wie es vielfach geschieht und auch von *Hörnle* selbst betont wird. Gemeint das Lehrgebiet, in dem die einzelnen Lehren angesiedelt sind. Ebenso reden wir auch von der „Strafrechtslehre" oder von der „Rechtstheorie".

Inhaltlich 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[4] der Schuld-Strafe, also zur Strafe als vergeltende „Sühne" und auch zum streng gerechten Recht als blindem Ausgleich von Unrecht.

Drängt sich keine einzelne eindeutige Antwort auf[5], 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? Dabei hilft die naheliegende und auch übliche Reduktion *der Komplexität* auf wenige Blickwinkel.

Das *deutsche Strafrecht* bildet schon einmal die *gesetzliche* Grundlage und zugleich den Gegenstand einer, allerdings auch (selbst)- kritischen Betrachtung.

---

3 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. Siehe auch Hörnle, Straftheorien, Handbuch 2019, § 12.

4 Horn, N., Metaphysik, Rechtsphilosophie, 2017, 332 ff. („Metaphysik in der Rechtswissenschaft. Das neue Interesse an einem alten Begriff").

5 Vgl. Frister, Strafrecht AT, 2019, 3. Kap. Rn 1 („… ist es bis heute nicht gelungen, eine allgemein anerkannte Antwort zu finden").

Ihr Hauptgegenstand ist das Strafgesetzbuch, das die deutsche *Strafrechtswissenschaft* selbst mit entwickelt hat. Denn ausgearbeitet und gepflegt wird die deutsche Straftheorie von der deutschen Strafrechtslehre, vereinfacht seit 1800[6.] und mit *Feuerbach.*[7.]

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.* Diese dreifaltige Lehre und jedes ihre Elemente hat aber 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 also 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 „Straf*rechts*theorie" sprechen - wären mit diesem Wort nicht auch die gesamte Rechtstheorie und ihre vielfältigen Ansätze mit gemeint.[8.]

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 Strafrechtsfolgen*voraussetzungen*, im Fokus von Recht und Wissenschaft. Dafür gibt es auch einen guten Grund. So ist das Strafgesetzbuch vor allem als *Bürgerschutzrecht* vor

---

6 Koch, A., Entwicklung, 2014, 39 ff., 49 (Um 1800 „Neuformierung" der Strafrechtswissenschaft); Kubiciel, Dunkel, 2014, 1 ff. , Einleitung zum Sammelband „Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts". Hilgendorf, Strafrechtsdogmatik, Handbuch 2019, § 18 Rn 18 (zu Feuerbachs Lehrbuch von 1801: „Man kann von einer (ersten) Geburt der modernen Strafrechtswissenschaft aus dem Geiste der Philosophie der Aufklärung sprechen"), siehe auch 10 .ff (kurzer Überblick -auch über die vorhergehende- "Geschichte der deutschen Strafrechtswissenschaft").

7 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").

8 Ähnlich, nun aber mit Bezug auf die gesamten „Strafrechtsdogmatik": Hilgendorf, Strafrechtsdogmatik, Handbuch 2019, § 18 Rn 3 ("Strafrechtstheorie" sei eigentlich international anschlussfähiger als "Strafrechtsdogmatik", werde aber "in Deutschland eher für rechtsphilosophische Untersuchungen verwendet".

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 strafrechtswissenschaftlichen Halbdunkel verbleiben, wenn wir die Verurteilten nicht schlicht gedanklich *ausgliedern* und vergessen, sondern sie und den Schutz der Achtung ihrer *Menschenwürde* ernst nehmen. Plakativ könnte man hinzufügen: Denn es ist auch die unsere! Und: Zeige mir Deine nationale Strafpraxis und ich sage Dir, in welchem Staat Du wirklich lebst.

"*Das Strafrecht sagt in der Regel mehr über die Rechtskultur eines Landes aus als sein Verfassungsrecht, sein Verwaltungsrecht oder sein Zivilrecht. Strafrecht ist schärfte Instrument, dass der Staat zu Erreichung seiner jeweiligen Ziele einsetzen kann*."[9]

Denn es handelt sich um konkretes und zudem altes Vor-Verfassungsrecht. Aber, so ist sogleich anzufügen, seine freien und würdigen Bürger selbst wollen ebenfalls ein gerechtes Strafrecht. So verfügt das Strafrecht seit dem römischen Recht auch über z*ivile Rechtselemente*. Auch deshalb zählt sein Gerichtswesen zur ordentlichen Gerichtsbarkeit und nicht zur Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die „Straftheorie“ steht zudem bei der *Auslegung* und bei der *Neufassung* einzelner Normen und gesamter Rechtsinstitute wie der *Verjährung*[10], im Hintergrund. Sie kennzeichnet das Grundverständnis des Strafgesetzbuches, und zwar vor allem in *teleologischer* und in *historischer* Weise.

Die *praktischen* Folgerungen der Strafideen zeigen sich 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 strafschärfend und nachträgliche reuige Geständnisse deutlich strafmildernd zu berücksichtigen sind, als Teil der sogenannten Strafbemessungsschuld. Wo konkrete gesetzliche Vorgaben fehlen, müssen „gute Gründe“ zur Verfügung

---

9 Hilgendorf, Strafrecht, Handbuch 2019, § 1 Rn 1.

10 Asholt, Verjährung, 2016 („Verjährung im Strafrecht – Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB“), 105 ff. ("Bezugnahme zu den Straftheorien").

stehen. Der große Praktiker-Kommentar von *Fischer*[11] 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.[12] Sie stehen zudem im Hintergrund bei allen *Gefährdungsdelikten*. Wir kennen sie auch als *sozialethische* Einschränkung des Notwehrrechts und grundlegend im Notstandsrecht.

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

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-Ansatzes und dessen Gegenpol, dem Intuitionismus.[13] *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 von *vager* Art sind. Substanziell meint, dass sie zugrunde liegen, aber ihr eigener Grund *nicht weiter bestimmbar* ist. Zudem 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.

---

11 Fischer, StGB-Kommentar, 2019 , § 46, Rn 2 bis 4.

12 So Rengier, Strafrecht AT, 2019 § 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.

13 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.*"

In Anlehnung an *Hassemer* und *Neumann*[14], 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 Zuordnung[15],
- die Porosität bei fortschreitendem sozialem 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.

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 Straftheorie 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*[16], zu begreifen haben.

4. *Strafe und Freiheitsrechte*. Drei weitere Aspekte gehören, je nach Sichtweise, entweder zum Umfeld der Strafidee 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*

---

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

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

16 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 konkreten Inhalt auch immer, von universeller Art sein.

durchsetzt, und zwar drittens ein Staat, der die Bürgerrechte anerkennt, sodass es sich typischerweise um eine staatliche Freiheitsstrafe handelt.

Aber auch diese Freiheitstrafe stellt ein Übel dar, das wir mit der Idee des Schmerzes im weiteren Sinne verbinden (Pein, poena).[17] So erklärt noch *Kant*:

„*Das Strafrecht ist das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen*".

Die heutige Strafe bildet mit den Worten von Heike Jung ein „Übel", das „durch eine Trias von Verlust, Stigma und staatlichem Zwang gekennzeichnet ist". [18]

Die besondere Art unserer *hoheitlichen Strafe* bilden formal diejenigen Sanktionen, die unser Strafgesetzbuch vorsieht, §§ 38 ff. StGB. Deshalb wissen wir in etwa, was *Strafe im Sinne der Straftheorie* meint: Freiheits- und Geldstrafe. Zudem trifft den Verurteilten ein Schuldspruch gem. § 260 IV StPO, der im Bundeszentralregister eingetragen wird und in der Regel im Führungszeugnis erscheint (§ 32 BZRG).

Den „Sinn und Zweck" dieser Freiheitsstrafe, als demokratische Zufügung solchen Übels, gilt es deshalb vor allem zu erfragen. Und die Antworten darauf sind, zumal in einer Demokratie, schwierig genug. Was Strafe sonst noch meinen kann, interessiert die Straftheorie nur am Rande. *Andere Formen der Strafe* sind zudem Gegenstand der Strafrechtsgeschichte; besondere Blickwinkel auf sie bieten vor allem die Rechtsoziologie, die Rechtsphilosophie und auch die Kriminologie.

So stellt der Verzicht auf grausame Körper- und Todesstrafen und der Rückzug auf den psychischen Schmerz des Freiheitsentzug eine zivile und demokratische Art des Strafens dar: Wir pflegen ein „Strafen unter Freien, Gleichen und Nächsten". Dabei setzt der Freiheitsentzug die bürgerliche Idee der *Freiheit* und deren *Verrechtlichung* voraus.

Auch spiegelt sich die Gesamtheit des großen politischen Credos von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität" in der Strafe wider. Die Strafe entzieht dem Verurteilten nicht nur Teile seiner „Freiheit". Die Strafe bildet zudem einen

---

17 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.

18 Jung, Strafe, GA 2018, 573 ff., 576. Zum Übel-charakter der Strafe siehe BVerfG 110, 1, 13 („Strafübel…. ist Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit") und aus dem Sanktionenrecht auch Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 15 ff.

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

Aber das Schwergewicht des Strafübels liegt zu Recht auf dem „Freiheitsentzug". Die Strafe wird zwar „wegen" der Begehung bestimmter Delikte verhängt, stellt aber auch einen *hoheitlichen* Akt dar. So begreift *Foucault* das Gefängnis als eine „*Institution der Beschlagnahme*"[19].

Die 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.

Mit einer Formel:

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* des Strafens ist dabei weit zu fassen:

Wir verwenden dazu 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, indem wir ihm eine neue Erfahrung aufnötigen.

Auch 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.

Der *sozialethische Makel* des Schuldspruchs greift zudem in die Freiheitssphäre des Täters ein, wie der Straftatbestand der ungerechtfertigten üblen Nachrede belegt.

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 (a) das umstrittene Schuldprinzip

19 Foucault, Strafgesellschaft, 1972–1973/2015, 290.

als zumindest eine beachtliche Säule der Strafgründung *akzeptieren* oder ob sie (b) zumindest weitgehend *ohne die kulturelle Fiktion der Willensfreiheit* auskommen und auf die Prävention setzen. 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 weshalb das Strafen selbst den Betroffenen einleuchten sollte.

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

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

1. Zudem lohnt es sich, das *rechtliche Umfeld* 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 Staatrecht.* Wie verhält sich das Strafrecht zum Verfassungsrecht?

In Friedenszeiten sind es vor allem die Untersuchungshaft und die staatliche Freiheitsstrafe als Strafgefangenschaft, die bürgerrechtlich von Bedeutung sind.[20] Diese Gewaltakte sind insbesondere auf die besondere *Fortbewegungsfreiheit* gerichtet, die als Haft vollstreckt das soziale „Leben“

[20] Aus der Sicht des deutschen Strafverfahrensrechts, das als *Seismograph* der Verfassung gilt: BGHSt 50, 40 ff., 64; siehe auch: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 2018, Einl., Rn. 119 f.

und die psycho-somatische „Gesundheit“ bereits mitbetreffen. Schon die englische Habeas Corpus Akte von 1679 sichert diese Art der negativen Freiheit ebenso ab wie Art. 2 II, Art. 104 GG und Art. 2 II der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Willkürliche ungerechte Untersuchungshaft und ungerechte Strafen verbreiten die größte Furcht in Friedenszeiten.[21]

So gilt inzwischen, und aus der Sicht des sogenannten *staatlichen Strafanspruchs*[22] zu Recht, die Deutung, dass die Strafe im Sinne des Strafrechts von *öffentlich-rechtlicher* Natur ist.[23] Deshalb ist die Idee des staatlichen Strafens zwangsläufig mit „Sinn und Zweck“ des *Staates* verbunden. Wer straft, in der Demokratie also das *Staatsvolk*, verfolgt immer auch eigene Interessen. Umgekehrt ist aber auch anzunehmen, dass die *hoheitliche* Rolle und die Art des Strafens, hier die des demokratischen Staates, dessen Aufgaben und dessen Wesen mitbestimmen. Im Rechtstaat gemäß Art 20 III ist überdies die *Rechtsidee*, also auch der Gedanke der *Gerechtigkeit*, die das staatlich handeln zumindest mit beherrscht. Insofern ist besser von einem „*rechts*staatlichen Strafanspruch“ zu reden, der zudem mit einer *Strafverfolgungspflicht* einher geht.

Das öffentliche Recht unterliegt eigentlich dem Grundgesetz. Doch die deutsche Verfassung *setzt das Strafen selbst schlicht voraus*. Das Grundgesetz 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* (menschenwürdig, Art. 1 I GG). Mit diesen Regelungen erkennt das Grundgesetz das Strafen und auch das Recht dazu selbst an. Schon insofern verfügt das Strafrecht über eine *gesonderte Stellung* gegenüber dem Verfassungsrecht.

Die „guten Gründe“, die die Strafrechtswissenschaft als „Sinn und Zweck der Strafe“ diskutiert, könnten -erstaunlicher Weise- ferner auch der

---

21 So auch schon in: Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 1. Kap II, (21 ff., 27).

22 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Juni 2018 - 2 BvR 1405/17 - Rn. (1-113) (Prozessuale Zwangsmaßnahmen), Rn 68. „… die *wesentlichen Aufgaben der Strafrechtspflege*, die zum Schutz der Bürger den *staatlichen Strafanspruch* in einem justizförmigen und auf die Ermittlung der Wahrheit ausgerichteten Verfahren in gleichförmiger Weise durchsetzen soll“. (Hervorhebung nicht im Original)

23 Vgl. Frister, Strafrecht AT, 2019, 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“).

*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 kursorisch gestreift. In neueren verfassungs-, bzw. legitimationstheoretischen Diskursen spielt es keine Rolle.“*[24]

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*.“ [25]

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

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

Ansonsten bietet die Rechtstaatsidee, Art. 20 III GG, eine gemeinsame Brücke zwischen dem Straf- und dem Staatsrecht. 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 immerhin mit den *verfassungsrechtlichen Grenzen* des Strafrechts beschäftigen, stellen übrigens konsequenterweise vorrangig auf den Schutz der „Autorität der rechtlichen Vorgaben“(*Appel*) ab oder sie sehen,

---

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

[25] Gärditz, Staat, 2015, 10.

wie *Nettesheim,* mit Bezug auf *Appel*, die Aufgabe des Strafrechts im „Schutz des Geltungsanspruchs der Rechtordnung"[26] – 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 strafrechtwissenschaftliche Vereinigungstheorie.

Es besteht mit den Worten von *Hecker* eine „*strukturelle Wechselbezüglichkeit von Verfassungs- und Strafrecht*". Er betont zu Recht und aus der Sicht des Strafrechts die „mittelbare Einwirkung des GG", und zwar vor allem bezüglich des Rechtstaatsprinzips, des Schuldprinzips und der Menschenwürde.[27] Dabei gehen wiederum die alten Ideen des Gesetzlichkeitsprinzip schon bei *Feuerbachs* (auch im alten § 2 StGB von 1871) und die Idee des Schuldstrafrechts im aufgeklärten Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794[28] dem Grundgesetz weit voraus und hat es mitgeprägt.

Wer dennoch 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, dass die Wahl einer *ethischen*, einer *soziologischen*, einer *biologischen*, einer *kulturellen* (oder auch einer psychologischen oder wirtschaftlichen) Grundposition die Antwort nach Sinn und Zweck des Strafens nahezu zwingend vorgibt.

Nötig ist also nicht nur ein *Verbund* von verschiedenen Fachwissenschaften. Das Strafen ist auch deshalb am besten *vom Strafen selbst* aus zu betrachten.

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

So heißt es gelegentlich staatskritisch: „*Das moderne staatliche Strafrecht ist im Gegensatz zu früher kein Täter-Opfer-Strafrecht mehr, es hat das Opfer „neutralisiert*"."[29] Das betrifft aber nicht das gesamte Strafrecht und nur noch

---

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

[27] Hecker-Schönke/Schröder, 2019, Vor § 1 Rn 30 sowie Rn 32.

[28] Preußisches ALR 1794, Zweyter Theil, "Moralität der Verbrechen §. 16. Wer frey zu handeln unvermögend ist, bey dem findet kein Verbrechen, also auch keine Strafe statt."

[29] Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 10 ff.

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.[30]

Danebenstehen aber ohnehin

- das zivile Deliktsrecht des BGB und das Gewaltschutzgesetz,
- das solidarische Sozialrecht, mit der Sozialhilfe für Notfälle und mit einem (ausbaufähigen) Opferentschädigungsgesetz, und
- auch die privaten Versicherungen, einschließlich der Krankenversicherung und der eigenen oder auch familiären Sparrücklagen.
- Hinzu tritt das Polizei- und Ordnungsrecht zur Abwehr unmittelbarer (Wiederholungs-) Gefahren, einschließlich der Unterbringung in psychiatrische Krankenhäuser nach Landesrecht.

Der Bundesgesetzgeber hat zudem einfachen *Bußcharakter* aus dem Strafrecht herausgenommen und in das *Ordnungswidrigkeitenrecht* verbannt. Dennoch ist es eng an das Strafrecht angelehnt und gehört zu seinem Umfeld

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.“*

Auch handelt es sich mit den Worten des *Bundesverfassungsgerichts* um „*eine Sanktion*“, mit der allerdings „*lediglich eine nachdrückliche Pflichtenmahnung bezweckt wird, der die Eingriffsintensität der staatlichen Strafe fehlt*“.[31]

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.

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

---

30 „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."). Siehe auch Mitsch, Opfer, 2017, 303 ff. ‚(„Opfer und Schuldurteil“).

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

Nur Taten, die -auch- mit Freiheitstrafe bedroht sind, bilden danach den Gegenstand von Schuldspruch und Strafausspruch. Dass die übergroße Mehrheit der Strafen eigentlich auf *Geldstrafe* lauten, ändert daran nichts. Der *sittliche Makel* rückt bei ihnen in den Vordergrund und somit der Vorwurf eines sozial-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 *Strafrecht* einerseits sinnvoll, sie entlastet das Strafrecht. Anderseits verstärkt diese Abspaltung die Idee des *Schuldstrafrechts*.

Dasselbe gilt auch für das *gesonderte* 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.“*

Das Jugendstrafrecht ist also mit einem *zusätzlich*en gesonderten *gesetzlichen Ziel*, den Täter zu erziehen, ausgestattet, und steht damit im Gegensatz zum Strafrecht des Strafgesetzbuchs.[32]

Seltsam ausgeblendet bleibt auch die relativ häufige *Untersuchungshaft* gemäß §§ 112 ff. StPO. Sie dient zwar der Sicherung der Untersuchung, wird aber auf die Strafe *angerechnet*, § 51 StGB und kennt zudem den rein präventive Sonderhaftgrund der Wiederholungsgefahr, §§ 112 a StPO.

Im *Nebenstrafrecht* sind Strafrechtsnormen an Gesetze angehängt und stützen auch deren *speziellen Zwecke*, wie die Steuererhebung gemäß der

[32] Siehe auch § 17 JGG, der entweder schädliche Neigungen oder die Schwere der Schuld für die Sanktion der Jugendstrafe verlangt, dazu Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 36 Rn 1 ff („Besonderheiten der Jugendstrafe“), Rn 4 („Zweckdifferenz von Erziehung und Schuldausgleich“).

Abgabenordnung, § 370 AO, oder den Gläubigerschutz im GmbH Gesetz, § 84 GmbHG.

3. *Neues Völkerstrafrecht und Staatsinteressen*. Das neue Völker- und Kriegsstrafrecht ist ebenfalls ausgegliedert, und es dient dem Völker- und Kriegsrecht. Zugleich aber belegt wichtige Elemente der *allgemeinen Idee* eines gegenwärtigen Strafrechts:

Das *Völkerstrafgesetzbuch* erfasst die Strafbarkeit einzelner verantwortlicher Täter, vor allem der Befehlshaber (§§ 3, 4 VStGB). Dabei wird deutlich, was *Staaten* vor allem fürchten. Es sind die organisierte Gewaltdelikte, und zwar auf der Ebene ethnischer Konflikte und Nachbarschafts- oder Bürgerkriegsverbrechen. Völkerrechtsdelikte sind der Völkermord, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und das Verbrechen der Aggression (§§ 6 f., §§ 8 ff., § 13 VStGB), die an sich näherer Bestimmung bedürfen.

Die *internationale Staaten-Gemeinschaft* zeigt damit -auch- ihr grundsätzliches Eigeninteresse an einer hochsymbolischen öffentlichen, aber zugleich zivilisierten Strafverfolgung (fair trial) von meist nur einzelnen hauptverantwortlichen Tätern. Sie betrifft allerdings auf der zwischenstaatlichen Ebene (des internationalen Gerichtshofs in Den Haag gemäß dem Römischen Statut von 1998[33]) nur, aber immerhin diejenigen zahlreichen souveränen Staaten, die sich dieser Art von V*ertragsstrafrecht* für ihre Bürger unterwerfen.

Der Akt der *Unterwerfung* gehört also, hier auf der zwischenstaatlichen Ebene, mit dazu. Er ist mutmaßlich zugleich mit der Vorstellung von einer universellen (Völker- und Friedens-) Rechtsmoral verknüpft, an die man sich ihre Vernunft wegen ver- und gebunden fühlt.

Das suprastaatliche EU-europäische *Vertragsverletzungsverfahren* kennt strafähnliche Geldbußen für Mitgliedstaaten. Danach gelten gesamte Staaten als die Täter. Diese Delikte sind in den Art. 258 bis 260 im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union von 2009 (AEUV) geregelt. Ohne (und neben hoheitlichen) Instanzen können und werden also Strafen und vor allem als Geldbußen von kollektiven juristischen Personen, hier den Mitgliedsstaaten, selbst *vertraglich* vereinbart. Der Vertrag erlangt dann, wie im Zivilrecht, einen hoheitlichen Rechtscharakter, dem sich die Parteien unterwerfen.

---

[33] Auch hier gibt es eine eigene Einfärbung des Schuldbegriffs für die Täter hinter den Tätern, Schmitt, Schuld, 2017, 251 ff.

Staatliches Strafen ist offenbar und naheliegender Weise einerseits mit den generellen Aufgaben von Staaten und auch mit dem besonderen verfassungsrechtlichen Selbstverständnis eines Staates verbunden. Anderseits hat der Staat auch die Idee des Strafens als solche zu achten und umzusetzen. Der Inhaber eines Gewaltmonopols straft, und er ahndet zuerst gern ungerechtfertigte Gewaltakte. Aber er ist dann auch den Ideen des zivilisierten Strafens unterworfen.

Auch ist das staatliche Strafrecht *europäisch* verankert. So schreiben der Europäische Gerichtshof der Union und der Europäische Gerichtshof den Gerichten für Menschenrechte das „*Recht auf Begründung*“ vor und verlangen auch die Auseinandersetzung mit den wesentlichen Argumenten. Ein Urteil dürfe nicht mit einem *Orakelspruch* enden.[34] Dasselbe gilt dann „erst recht“ für den Gesetzgeber für die Frage nach dem Strafgrund. Ein vages Strafbedürfnis allein reicht also nicht aus und es muss zudem zumindest in der Gesellschaft nachweislich *verankerbar* sein.

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. Aber sie hat zudem sämtliche Folgestufen im Blick und betrachtet in teleologischer Weise auch deren jeweiligen Konsequenzen. Die Abstraktionskette für das, was Strafe jeweils meint, 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 aber jeweils in Wechselwirkung mit den anderen stehen. So entfaltet etwa der konkrete Vollzug seine eigene Sicht auf die Strafe und verbindet mit ihr eine

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

Vollzugsethik. Die allgemeine „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. Dessen Gedankenfreiheit ist aber wiederum mit der besonderen *deutschen* Sichtweise dennoch schon einmal eingeengt.

Offen ist beim *Strafbegriff* auch, ob oder auch wann er formal oder *der Sache nach* die rein präventiven Maßregeln der Besserung und Sicherung gemäß §§ 61 ff. StGB, vorrangig die Sicherungsverwahrung, miteinbezieht.[35]

Das deutsche „Strafgesetzbuch“ erfasst mit seinem Titel jedenfalls alle „Sanktionen“ und somit neben der *Schuldstrafe im engen Sinne* der Schuldstrafe auch Maßregeln der Besserung und Sicherung. Auch sind sie immer auch an *gesetzliche Straftatbestände* gebunden. Ebenso sieht Gerichtsverfassungsrecht die Maßregeln als „Strafsachen“ an, § 24 I Ziff. 2 GVG. Auch urteilen die Strafgerichte über die Maßregeln nach den Grundsätzen des *bürgerschützenden* Strafprozessrechts. Wer also die Maßregeln ausklammert, der verschiebt durch bloße gesetzgeberische Selektion das *gesetzliche* Strafen hin zu Schuldstrafrecht. Das mag konsequent sein und Klarheit schaffen, birgt aber für die Straftheorie die Gefahr der Verengung des Blickwinkels.

Üblicherweise haben die Lehrbücher und Kommentare zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches zur Begründung der Strafe zwar den *Typus der Schuldstrafe* im Blick. Aber die vorrangig *präventiven* Strafbegründung neigen zumindest seit von *Liszt*[36] mit ihrem Blickwinkel dazu, die Maßregeln, vor allem die Sicherungsverwahrung miteinzubeziehen. Die *Strafideen* sind dafür zumindest offen.

Deshalb ist zu versuchen, doppelspurig zu verfahren, und mit den engen *Straf-* und einem weiten *Sanktionsbegriff* des Strafrechts zu arbeiten.

5. *Fazit*. Das *staatliche Strafrecht* für *Erwachsene* bildet also nur einen Teil in einem *hochkomplexen gesamten Rechts- und Schutzsystem*. So geht es zwar vorrangig darum, den „Sinn und Zweck“ des hoheitlichen Strafrechts aufzuzeigen. Aber dennoch ist das gesamte *sonstige Rechtssystem* mit zu bedenken, in das es eingebettet ist. Vor allem ist das *Verfassungsrecht* ständig im Blick zu halten. Zudem erhalten die *Opfer* über das Deliktsrecht des BGB und über das Gewaltschutzgesetz eigene Ansprüche. Auch das Sozialrecht hilft ihnen. Derart zugeschnitten steht im Strafrecht also der *Täter* im Mittelpunkt.

---

35 So etwa auch das Statistisches Bundesamt, Strafvollzug, 2018, 11.

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

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

Aber es wird auch nötig sein, die vier Blickwinkel auf das „Strafen“ zu vereinigen und zudem die präventiven Maßregeln der §§ 61 ff. StGB mit zu beachten.

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

1. *Halbeigenständige Straftheorie*. Die enge Beziehung zum -auf den ersten Blick jedenfalls höherrangigen- Verfassungsrecht, vor allem zu den Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* führt eigentlich zur Grundsatzfrage: Muss sich die Straftheorie nicht inzwischen doch dem Verfassungsrecht unterwerfen? Oder anders gefragt: Gibt es also heute immer noch Platz für eine wenigstens *halbeigenständige Straftheorie*? 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 Straftheorie* 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."*[37]

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

Andererseits formen auch das Strafrecht und seine Wissenschaft ihren Gegenstand nicht völlig autark und autonom. 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 *Bundesverfassungsgericht* 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*[38] (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":

„*Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, die - allerdings mit verschieden gesetzten Schwerpunkten - versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen.*"

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.*"

---

37 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.

38 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.).

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 lässt sich mit *Murmann* als „*additive* Vereinigungstheorie“ bezeichnen.[39] Ihre Hauptaufgabe besteht darin, alle gängigen Begründungen zu bündeln. Es handelt sich um eine Art der *Grundlegung*. Die additive Vereinigungstheorie 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* dennoch die drei nachfolgenden:

- die Generalprävention mit dem Adressaten der *Allgemeinheit*,
- die Individualprävention, die den *Täter* betrifft,
- sowie Sühne und Schuldausgleich, die somit die Ideen der *Gerechtigkeit* und der *Schuld* 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*.

---

[39] Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 40.

*„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 rechtskulturelle 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…".*[40]

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 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."*[41]

---

[40] Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 253. (ergänzt um: „vgl. dazu Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 1993, S. 774 <785>").

[41] Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr. 55 mit etlichen Selbstzitaten, 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*).

In diesem Sinn ist also auch aus verfassungsrechtlicher Sicht von einer *deutschen Strafrechtskultur* zu sprechen.

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

*„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>).“*[42]

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 Straftatbestand vorsieht. Die real häufigen Geld- und Bewährungsstrafen treten dahinter ebenso zurück, weil sich die jahrzehntelange mildere deutsche (und auch europäische[43]) Strafrechtspraxis für die Normalfälle und für die vielen Ersttäter ohnehin, vor allem an den Untergrenzen der Strafrahmen orientieren.

Den Nukleus der Gewaltdelikte wiederum bildet der *Mord* mit der sogenannten lebenslangen, zumindest fünfzehnjährigen Freiheitsstrafe in den deutschen Strafvollzugssystemen, § 57 a StGB. 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 liefert zwar einen geistigen Unterbau, aber das Strafen als solches ist von *vorkonstitutioneller* Art. So gilt für das Freiheitsgrundrecht auch nicht die *Wesensgehaltsgarantie*:

---

42 BVerfGE 123, 267, Absatz-Nr. 350.

43 Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 35 Rn 125 (Die deutsche „Haftpraxis“, also für alle Inhaftierten, liegt „zwar nicht direkt im Mittelfeld, doch ist sie international eher unauffällig… Im Vergleich zu manchen Rechtsordnungen“…aber „sogar sehr niedrig“. - Das gilt insbesondere gegenüber den USA, dazu das Schaubild § 35 Rn 126).

*„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.“*[44]

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.[45] Das Strafgesetzbuch von 1871 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

---

44 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“.

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

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 nun 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."* [46]

Damit erstreckt sich auch die *Unantastbarkeit* darauf, hier in der Form darüber nicht frei verfügen zu können, vgl. auch § 216 StGB.[47] 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 dem zweiten Abschnitt „Freiheiten" aufführt.

Auch das Recht auf *Freiheit* setzt das *Lebensrecht* voraus. Es ist wiederum gedanklich eng und, wie schon in Art. 5 EMRK und Art. 6 Grundrechtecharta festgehalten, mit dem „Recht auf Sicherheit" verbunden.[48] Das Recht auf Sicherheit bezieht dabei das Lebensrecht mit ein. Diesem Recht auf Sicherheit entspricht die staatliche Schutzpflicht, vgl. Art. 1 I GG.

---

46 Neumann, Prinzip, 2014, 569 ff. („Das so genannte Prinzip der Nichtdispositivität des Rechtsguts Leben").

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

48 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."

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 Schuldstrafe und auch der Tradition (der „althergebrachten Strafen“).

Die Straftheorie der Strafrechtswissenschaft ist als *halbselbständig* zu begreifen, und das Strafrecht kann sich als nachdrücklich aufgefordert sehen, die Strafideen 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 miterfasst 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.

Demgemäß hat die deutsche Straftheorie den ständigen Spagat zwischen (a) den originär strafrechtlichen Theorien zur Rechtfertigung der Strafe und (b) der Bindung an die verfassungsgerichtlichen Einschränkungen zu üben, die vor allem aber nicht nur die humane Art des Strafens betreffen.

Denn, und das erscheint als das deutsche Verfassungscredo: 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). Zugleich halten wir es für ein altes und selbstverständliches Recht, Menschen zu strafen.

## IV. 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*. Dabei geht es hier nur um die Gesetzgeschichte des Strafgesetzbuches. 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 Geist 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 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 dann auch noch deutlich zwischen dem offenen und dem geschlossenen *Vollzug* der Freiheitsstrafe.[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 für Erwachsene 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 sogar die Sonderreglung der Strafaussetzung zur Bewährung gem. §§ 56 ff. StGB, die sowohl Geldbußen Auflagen zur Genugtuung als auch präventiven Weisungen zu Lebensführung erlaubt, als eine Art von *dritter Spur*.

2. *Deutung des Strafrechts aus der Herkunft*. Vereinfacht entwickelte sich um 1800 der deutsche Rechtidealismus.[50] 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 deutschen Höhepunkt erreicht er in der Philosophie *Kants* und der Rechtsidee von *Fichte*[51]. Sie bieten das Gegenmodell zum *absoluten Staat* des 18.

---

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 Hörnle, Straftheorien, Handbuch 2019, § 12, Rn 4 ff. (Vorbereitet durch die "philosophischen Schriften des deutschen Idealismus"), ausführlich: Hilgendorf, Grundlagen, Handbuch, 2019, § 6 ("Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Strafrechts in der Aufklärung").

51 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

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 Vernunftherrschaft des Rechts.

Auf diesen Rechtsidealismus gründet sich das deutsche Rechtstaatsdenken. Es hat zunächst im vorkonstitutionellen Strafrecht und den sonstigen großen Gesetzeswerken seinen Niederschlag gefunden und dort den Schutz der Rechte der *Bürger* begründet. Danach erst 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.

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[52]). 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. Das Strafrecht versucht somit,

---

Renzikowski, Notstandslehre, 2012, 339 ff. (“Fichtes Notstandslehre und ihre Rezeption in der deutschen Strafrechtswissenschaft“).

52 Zur prozessualen Art des Schuldnachweis und der Entschuldigungsgründe (und Verteidigungsstrategien): Weigend, Schuld, 2017, 237 ff. („justification“ und „excuse“).

seine eigenen Grundlagen zu erfassen. Hierauf ist der Begriff von der Straf- oder auch Strafrechtstheorie gemünzt.

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.[53] 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.

3. *Kaiserzeit*. 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 bundesdeutsche Strafverständnis *wertkonservativ* mitregiert. Dieses Selbstverständnis beruht zunächst auf dem an sich politikfernen deutschen Idealismus[54] und führte zudem zu einem ebensolchen idealen oder pragmatischen staatstreuen 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.

---

53 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.

54 Küpper, Strafen, 2003, 53 ff., 53 ff.

Wer auf den sogenannten *Schulen-Streit* um die rechte Strafbegründung zur Kaiserzeit blickt[55], 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 Zurechnung[56],
- *naturwissenschaftlich* individual- und auch generalpräventiv: der Determinismus als Bekenntnis zur Motivierbarkeit des Menschen[57] sowie
- der *sozial-psychologische* Ansatz, das allgemein menschliche und soziale Vergeltungsbedürfnis führe zum „Drang nach der Reaktion des Staates“[58].

4. *Wille des Gesetzgebers von 1975.* Wer nach dem historischen Willen des Strafgesetzgebers sucht, findet ihn jetzt vor allem in den Materialien zur *Neufassung* des Allgemeinen Teils 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 hat.

Wörtlich im Fließtext, nachfolgend nur optisch gegliedert und mit Zusätzen kommentiert, heißt es dort:[59]

*„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*

---

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

56 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.

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

58 Schmidt, R. Strafrechtsreform, 1912/1978, 53, 63; Bohnert, C., Straftheorie, 1992, 180 ff.

59 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 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. Weiter heißt es:

- *„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.* 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. Die 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 Strafrechtskultur aufgegriffen und mit dem Grundgesetz verbunden.

Somit gibt gute historische und auch verfassungsrechtliche Gründe dafür, sich auch weiterhin mit der *Tradition* der Strafideen zu beschäftigen. Zudem hat es den Anschein als würden wir mit den alten westlichen Strafideen von der

Gerechtigkeit und/oder Vorbeugung und leben (müssen) und werden sie immer nur kulturell neu und dem *Zeitgeist* entsprechend einkleiden (dürfen).

## 2. Kapitel

## Gründungsväter der deutschen Vereinigungstheorie

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

1. Der Blick auf die Tradition ist fortzusetzen.

*Einführung*. Eine erste übersichtliche Vereinfachung bietet -in enger Anlehnung an *Bock*- die folgende Aufteilung an, und zwar zunächst mit vier Strafgründen:[60]

- christlicher Gottesswille im Mittelalter (CCC v. 1532);
- Staatsräson im aufgeklärten Absolutismus (PrALR v. 1794),
- Vergeltung im idealistisch-philosophischen Rechtsstaat (StGB v. 1871) und
- positivistisch-empirische Prävention (JGG von 1923).

Dabei eint die *Metaphysik* der Vernunft beides, Gottes vernünftigen Willen und den weltlichen Idealismus der menschlichen Vernunft. Beide zielen auf eine höchste Gerechtigkeit ab. Die konkrete *rationale* Realpolitik verbindet wiederum die Staatsräson und die Prävention. Am Ende bleibt es also beim *Dualismus* von guter Gerechtigkeit und nützlicher Prävention.

*Gerechtigkeitstheorie*. Die sogenannte Gerechtigkeitstheorie wird in der Strafrechtswissenschaft zumeist als *absolute* und *wertethische* 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 gilt von staatlichen Zwecken „losgelöst“ (absolut).

---

60 Bock, Kriminologie, 2019, § 1 Rn 16.

Verfassungsethisch ist aus heutiger Sicht anzufügen: Im Gegenteil, sobald der Staat sich als Rechtsstaat begreift (Art. 20 III GG), unterwirft auch der Staat sich der Rechtsidee und 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 von 1871 dem Vergeltungsgedanken als *Gerechtigkeitstheorie* die Vorherrschaft zugesprochen. Ihren Ausdruck hat sie insbesondere durch *Binding* und *Beling* gefunden.[61]

*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, etwa 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 Lehren nutzen sie dem status quo der Jahrhundertwende der Kaiserzeit und stützen diesen in *konservativer* Weise.[62]

*Kants* Sicht ist zudem aus verfassungsrechtlicher Sicht bedeutsam, weil seine Moralphilosophie und deren Transformationen die Menschenwürde-Idee des Grundgesetzes mitgeprägt haben (Art. 1Í GG, Objektformel[63]).

Allerdings wird gleich mit zu prüfen sein, inwiefern es sich um *reine* absolute Straftheorien handelt oder 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

---

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

62 Bohnert, C., Straftheorie, 1992, 183 f.; Wohlers, Deliktstypen, 2000, 55 m. w. N.

63 Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 331; BVerfG 30, 1 26; BVerfG 109, 279, 312 f.). Grundlegend zur sogenannten „Objektformel" aus verfassungsrechtlicher Sicht Dürig, Grundrechtssatz, 1956, 117 ff. , 128 („Es verstößt gegen die Menschenwürde als solche, wenn der konkrete Mensch zum Objekt eines staatlichen Verfahrens gemacht wird.").

.

von absoluter Subjektstellung, des moralischen Einzelnen oder des die Freiheit garantierenden Rechtsstaates.

2.*Kants Lehre*. *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“.*[64]

Damit wendet *Kant* sich in seiner Zeit gegen den Vorrang des liberalen Utilitarismus.[65] 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.“*[66]

Jedenfalls für den Mord laufen die moralische und pragmatisch-staatsphilosophische Begründung der Strafe zusammen.[67] 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,

---

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

65 Nachdrücklich Walther, Rechtsbruch, 2000, 199 f.

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

67 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.

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 Strafe, wie er auch das Recht generell nur als „öffentliches" Recht definiert[68]. Aber auch insofern erläutert er in seiner Rechtslehre die „richterliche Strafe (poena forensis)" und meint damit die staatliche[69]. 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, ein anderes Gutes zu befördern*"[70] meint nicht vorrangig dem Gemeinwohl zu dienen, etwa einen Sündenbock zu finden, um aufgebrachte Menschengruppen zu beruhigen. Aber „nicht bloß" als Mittel heißt auch, dass er nachrangig mit seinen Tätigkeiten und seinen Pflichten „auch" dem Gemeinwohl dient.

Auf der anderen, der *sittlichen* Ebene bleibt *Kant* zwar scheinbar in seinem berühmten Inselbeispiel die Begründung schuldig, weshalb die Strafe nur wegen der Tat zu verhängen sei. 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

---

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

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

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

Höchstwert zukommt.[71] 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, tuhst du dir selbst an. ... tödtest du ihn, tödtest du dich selbst*"[72]

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 Widervergeltung[73]. 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.

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"[74] 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*."[75]

---

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

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

73 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".

74 Dazu aus dem Strafrecht: Hilgendorf, Strafrecht, Handbuch, 2019, § 1 Rn 4 ("Strafrecht entsteht meist als Reaktion auf Unrechtserfahrung"). Hoffmann-Holland, Ethics, 2009, 1 ff. („Ethics and Human Rights in a Globalized World. An interdisciplinary Approach"), 1 ("rights come from wrongs"). Zudem: Dershowitz, Rights 2004 , ("Rights from Wrongs – A Secular Theory of the Origins of Rights"), 8 ff.

75 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

*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 *Schuldvorwirf*. 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.

Daneben aber hat *Kant* in einer nachgelassenen Handschrift seine zweiten *obrigkeitlichen Denkspur* weiter ausgeführt:

„*Alle Strafe im Staat geschieht wohl zur correction und Exempel*"[76]

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*".[77]

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.

Mit *Jakobs* ist auch *Kants* Schrift „Zum ewigen Frieden" mit einzubeziehen. Mit dem Friedensgedanken wählt *Kant* einen *egoistischen Opferstandpunkt*, der zu *generalpräventiven Notstandserwägungen* führt. Er blickt also von außen auf den Täter. *Kant* erläutert[78]:

---

Gesetz aber ist das *objective Princip, gültig für jedes vernünftige Wesen, und der Grundsatz, nach dem es handeln soll, d. i. ein Imperativ."*

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

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

78 Kant, Frieden, 1796, AA,, VIII, 349. Jakobs, Bürgerstrafrecht, 2004, 88 ff., 90.

*"Der Mensch aber oder das Volk im bloßen Naturzustande benimmt mir... (die erforderliche) Sicherheit, und lädirt mich schon durch eben diesen Zustand, in dem er neben mir ist, obgleich nicht thätig (facto), doch durch die Gesetzlosigkeit seines Zustandes (statu iniusto), wodurch ich beständig von ihm bedroht werde und ich kann ihn nöthigen, entweder mit mir in einen gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand zu treten, oder aus meiner Nachbarschaft zu weichen".*

*Jakobs* folgert schlüssig: Wer also das Leben in einem "gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand" nicht mitmacht, muss weichen, was heißt, er wird hinausgeworfen (oder in die Sicherungsverwahrung hineingeworfen), jedenfalls muss man ihn nicht als Person[79], sondern man darf ihn, wie *Kant* ausdrücklich vermerkt, "*als einen Feind behandeln*". In der Regel aber genügt es auch dazu, den Gesetzlosen zu nötigen, aus der „Nachbarschaft zu weichen".

*Kant* selbst verfährt also deutlich zweispurig, auch wenn wir vorrangig auf seine Sitten- und Gerechtigkeitslehre abstellen.

5. *Diskussion.* Das Talionsprinzip, also der Gedanke der Vergeltung, so meint zwar *Walther*, erscheine bei *Kant* eher als *Notlösung*. Im Vordergrund stehe die Gerechtigkeit im Sinne der Gleichheit.[80] Das Vergeltungsprinzip der Goldenen Regel „Wie Du mir, so ich Dir" erscheint in der Tat erst als *eine Folgerung* aus des *kantschen* Verallgemeinerungsprinzip.[81] Nach seiner Maxime 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.

---

79 Zum Sprachgebrauch siehe auch die erste Vorschrift des preußischen ALR 1794, Erster Theil "*Person. §. 1. Der Mensch wird, insofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt*."

80 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.).

81 Zur goldenen Regel und zum kategorischen Imperativ Kants in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion siehe etwa Maihofer, Rechtsdenken, 1982, 579 ff., 582; ders., Naturrecht, 1963, 23 ff.; Maihofer, Sinn, 1956; Hruschka, Konkurrenz, JZ 1987, 941 ff.; ders., Kant, 1993, 129 ff..

Der *staatliche Richter* bestätigt nach diesem Ansatz also in der Tat nur, was die Ethik des *vernünftigen Verbrechers* vorbeschieden 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*[82], *Seelmann*[83] und *Armin Kaufmann*[84] begründen die *Korrektur* der klassischen Gerechtigkeitslehren im Strafrecht.

*Schild* etwa[85] arbeitet den *zweckorientierten* Teilansatz nachdrücklich heraus. In der Philosophie des deutschen Idealismus habe es *nie* eine „reine Vergeltungstheorie“ gegeben.[86] 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 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

---

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

83 Seelmann, Hegel, JuS 1979, 687 ff.

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

85 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 Umrisse 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.).

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

Strafe in der Erkenntnis, dass die Handlung des Täters eine böse sei, also im richterlichen Urteilsspruch[87]. 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 fast *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.[88]

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 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 jedenfalls einen *minimalethischen* Kern des Rechts[89]. Sie setzt nach vorherrschender Ansicht, auf

---

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

88 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 noumnalen Welt gehört stehen die alternativen Straftheorien nicht mit diesem moralischen Retributionismus in Konkurrenz …. Sie ignorieren einfach das Thema der der Vergeltung der moralischen Bosheit").

89 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*

die Verbindung von Moral und Gesetz. Minimalethisch gelesen beinhaltet es mit einem anderen Wort die alte Paarung von „*Recht und Gerechtigkeit*“. Es mag dann formal und positivistisch gedacht „ungerechtes Recht“[90] geben, etwa die *grob menschenrechtwidrigen* 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.[91] Ungerechtes Recht erweist sich als grob *unverhältnismäßig* und damit ungleich, und es verstößt zudem grob gegen ein vorrechtliches *sittliches* 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 bietet *Kant* eine zweispurige *Vereinigungstheorie*. Aber das Besondere bildet ihr ausgefeilter „absoluter“ Teil. Ohne ihn regierte der Utilitarismus. Insofern ist es verständlich, aber einseitig, wenn wir uns darauf beschränken.

---

*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.

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

91 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“.

## II. *Hegels* absolute Straftheorie und deren relative Elemente, Rechtspersonalität und Rechtsstaatsidee

1. *Hegels absolute Freiheits- und ideale Staatslehre. Hegel*[92] schreibt den *kantschen* moralischen Ansatz fort. Er gründet dabei seine Sicht auf den Willen.[93]

„*§ 91 Als Lebendiges kann der Mensch wohl bezwungen, d.h. seine physische und sonst äußerliche Seite unter die Gewalt anderer gebracht, aber der freie Wille kann an und für sich nicht gezwungen werden (§ 5), als nur sofern er sich selbst aus der Äußerlichkeit, an der er festgehalten wird, oder aus deren Vorstellung nicht zurückzieht (§ 7). Es kann nur der zu etwas gezwungen werden, der sich zwingen lassen will*."[94]

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."*[95].

*Hegel* kennt und diskutiert immerhin die Präventionsidee, auch wenn er sie hier für sein Konzept ablehnt.

Heute könnten wir hinzusetzen, dass er trotz allem ein Wesen ist, dass seine Menschwürde behält, wir allerdings aus ihr auch das Prinzip der

---

92 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.; Seelmann, Hegels Straftheorien, 2011, 79 ff. .

93 Dazu Jakobs, Recht, 2017, 111 ff. („Recht des Willens" – „Schuld des Willens". Schuldzurechnung bei Hegel"). Zudem aus philosophischer Sicht mit Blick auf das Strafecht: Schmitz, Legitimität, 2001 , 116 ff. Sowie Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 101; das Gewissen will Hegel dabei als ein objektives Verstehen, Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 137.

94 Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 91.

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

Eigenverantwortung ableiten. Im Zusatz „*nur“* („als schädliches Tier betrachtet 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 R a c h e (§ 102) ist nur Recht a n s i c h, nicht in der Form Rechtens, d. i. nicht in seiner Existenz gerecht. Statt der verletzten Parthei tritt das verletzte A l l g e m e i n e 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 S e i n i g e n findet.“*[96]

Außerdem bemerkt *Hegel,* nachdem er sich gegen die Marter der alten Körperstrafen wendet und gegen die „Wollust“ der Rache, sie zu vollstrecken:

*"Die Abschneidung der Kommunikation ist gerecht, denn der Verbrecher hat sich selbst isoliert."*[97]

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

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

97 Hegel, Bemerkung, in: Rosenkranz, 1844, 85 ff., 87 (im Original ebenfalls hervorgehoben).

säkularisierter Heilung[98] des *Rechtsbruches*. Es ist die Idee vom „*Aufheben des Verbrechens*“.[99]

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“.[100]

Strafe sei für *Hegel*, so die gängige Kurzformel, die etwa auch *Kindhäuser* verwendet, die „Negation der Negation des Rechts“[101]. 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. Das 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 1).*

---

98 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.“

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

100 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, - ein 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.

101 So etwa Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2017, § 2 Rn 9.

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.

Da das Recht im Mittelpunkt steht, dient die Strafe vor allem der Heilung des Rechtsbruchs, der Restauration des Rechts einer bestimmten *bürgerlichen Gesellschaft.*[102]

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*[103] in *Hegel* zu Recht einen frühen Vertreter der „Integrationsprävention"[104], 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*

---

102 § 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."

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

104 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.

*und Kollektivismus*“[105] begründen will. Kulturen sind auf intersubjektive Kommunikation und Symbole, Rituale und Rollen auf deren Verfestigung ausgerichtet.

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.[106] 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,

- die individualistische *Kants* und
- 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,*

---

105 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 des Nützlichkeit: Festigung der Gesellschaft und Bedarf der Strafe (§ 218 der Rechtsphilosophie)“).

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

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.

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 nicht „an sich" und nicht 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,[107] die wir heute als eine Art der negativen Generalprävention[108] bezeichnen. Er hat auch das für Deutschland grundlegende Bayrischen Strafgesetzbuch von 1813 verfasst.[109]

*Feuerbach*[110] zufolge liegt der Rechtsgrund der Strafzufügung in der vorangegangenen, auf den konkreten Fall bezogenen Drohung des Gesetzes.[111] 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*."[112]

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.*"[113]

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

---

107 Siehe den Sammelband „*Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts*", und dort etwa zum neuen rationalen Strafensystem: 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).

108 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.

109 Feuerbach, Revision, 1799, Hervorhebungen kursiv im Original, 40, 43 ff.; Feuerbach, Revisionen, 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.

110 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.

111 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.

112 Feuerbach, Revision, 1799, 40, hervorgehoben im Original.

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

*„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"*[114].

Aber dennoch sprechen wir auch heute noch von *Strafandrohung*.[115] Vorstrafen sollen sich die zur Begehung ähnlicher Taten geneigten Menschen auch „*zur Warnung dienen lassen*".[116]

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 hat ihren *Zweck verfehlt*, wenn gleichwohl Straftaten begangen werden.

Ferner sind 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.

*Feuerbach* hat zugleich die *rechtsstaatlichen* Grundideen seiner Zeit zum Satz „*nullum crimen, nulla poena*"[117] gestanzt und damit zur Formel für das

---

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

115 BVerfG, Inzest-Entscheidung, 120, 224, 240, -Inzest-Urteil („Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe"); herausgestellt auch von Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 13.

116 Vgl. dazu zunächst das Bundesverfassungsgerichts, das (auch) diese strafrechtliche Argumentationsfigur aufgreift: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 07. Mai 1999 - 2 BvR 2324/97 - Rn. (1-14), Rn 10 „Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Täter, der sich die Verurteilung nicht zur Warnung dienen lässt und danach weitere Taten begeht, die Rechtswohltat der Gesamtstrafenbildung nicht verdient…"

*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 vagen Strafideen benötigen ein solches 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, das dann zur die Grundlage für das Rechtsstrafgesetzbuch von 1871 wurde

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

Die Rechtfertigung der konkreten Strafe selbst sieht auch er in der begangenen Handlung.[118] Insofern neigt *Feuerbach* einem nunmehr *bürgerlichen* Verantwortungs- und Gerechtigkeitsansatz zu. Die eigentliche *Strafbegründung* ergibt sich dabei aus der Unrechtstat.

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

---

117 Feuerbach, Lehrbuch, 1801, § 24

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

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 Schuldidee 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.[119] Der Begriff „absolut" lässt sich offenbar 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 auch- 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. Seine *psychische Zwangstheorie* bezieht auf das Wesen der *Strafgesetze* und soll die Bürger davon abhalten, straffällig zu werden. Auch er bietet mit seinem auf bestimmte Taten ausgerichteten *Bürgerschutzstrafrecht* insgesamt eine Art von Vereinigungstheorie.

## IV. *Liszts* relative Straftheorie und deren absoluter rechtsstaatlicher Rahmen

1. Scheinbar wertfrei ist die empirisch-soziologische Sicht und Begründung des Strafens angelegt. Aus den *naturwissenschaftlichen* Quellen des 19. Jahrhunderts gespeist, die mit der Ablösung der materialistischen *Ökonomie* und der Abnabelung amoralischen *Soziologie* von der (idealistischen) Philosophie einherging, hat sich eine *alternative Geistesströmung* entwickelt, die auch das deutsche Strafrecht erfasst hat. Sie ist mit dem Namen des Juristen *Franz von Liszt* (verwandt mit dem Komponisten) und seinem *Marburger Programm* von 1883[120] verbunden.

---

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

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

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.[121]

Gemeint ist eine „medizinische" Sicht; die „soziale Verteidigung und Heilung" bildet ihre Leitidee.[122]

*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*".[123]

Diese Kernaussage belegt, dass auch *von Liszt* die ältere Idee der Gerechtigkeit absolut setzt und sie als feste *Form* verwendet. Er verleiht ihr aber nunmehr einen *neuen Inhalt* erhält, indem er der Sache nach wieder auf den (alten angloamerikanischen) Utilitarismus, die Nützlichkeitsidee[124], zurückgreift.

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.

2. *Liszt* erklärt:

- Der nicht besserungsbedürftige Gelegenheitstäter sei durch einen „Denkzettel" aufzurütteln, eine vor allem *psychologische*[125] Idee.

---

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..

121 Zur Bedeutung des Züricher Strafrechtslehrers Stoß vgl. Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 345 ff., sowie Stoß, Vorentwurf, 1893, Art. 8 - 11, Art. 23 und 40, Art. 24 und 26.

122 So Kublink, Strafen, 2002 , 66 ff.

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

124 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 352 f., u. Hinw. auf Exner, Sicherungsmittel, 1914, 6 f. ("völlig analog dem ökonomischen, wirtschaftspolitischen Prinzip").

125 Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 29.

- Der besserungsfähige Zustandsverbrecher sei durch Erziehung zu sozialisieren, ein *pädagogischer* Ansatz.

- Der unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher sei durch „Strafknechtschaft" auf unbestimmte Zeit unschädlich zu machen, die *politische Sicherungsverwahrung*.

3. Aber auch er ergänzt an *andere Stelle* sein Programm. So 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 mit *Liszt* die *Freiheit* den *Rechtsstaat.*[126]

*„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 das berühmte bürgerrechtliche Schlagwort vom Strafrecht als der „*magna carta des Verbrechers*" mit den Worten

*„Insofern erscheint das Strafgesetz als die magna carta 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.

---

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

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 völlig darauf verzichtet, eine *individual*ethische 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 Weltbild[127], das auch er auf eine abstrakte Idee eines sozialethischen Guten, dem Gemeinwohl (dem summum bonum) für möglichst Viele, aber eben nicht für alle (die Schädlichen) stützt.

Die Strafe wandelt sich zur fürsorgerischen Maßnahme. Sie gerinnt zur poena medicinalis, wie sie schon in der griechischen Aufklärung *Platon*[128] betont und *Aristoteles* mit der Aufgabe verstanden hat, den Menschen zu veredeln. Dabei ist daran zu erinnern, dass die Strafrechtswissenschaftler des 19. Jahrhunderts die antiken Schriften zumeist im Wortlaut studiert hatten.[129]

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 dessen 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 Immunologie[130]. Der reale Bestand der Gemeinschaft von Menschen soll geschützt werden. Zu diesem Zweck sollen *Straftaten* verhindert, aber eigentlich *nicht Täter* bestraft werden.

---

127 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. zudem: Frisch, Zweck, 2015, 55 ff, („Zum Zweck der Strafandrohung“).

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

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

130 Zur Theorie der Sozialverteidigung aus deutscher Sicht siehe zunächst Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 66.

## V. These: Gemeinsames von *Kant* bis *Liszt*; nachfolgende Strafmodelle; Re-Ethisierung des Strafrechts?

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").[131] Die Freiheitsstrafe verlangt per se das Bekenntnis zur Freiheit und zu Freiheitsrechten.

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 allgemeinen Normen schaffen und sie immer wieder anpassen.

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

---

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

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 Rechtstaat.

*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 *Effektivitätsgedanke*, 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 verrechtlichte Menschenwürde-Idee, mit ihrer Objekt-Formel[132] (im Sinne von *Kants Moralität* und mit *Hegel* über seine 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*[133] die Anmerkungen von *Nietzsche* zur Strafe.

*Nietzsche* 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

132 Neumann, Objektformel, 2013, 334 ff.,.

133 Schild, W., Strafbegriff, 1997, 101 ff., 123 ff.

entfalten, auch „Parasiten“ zu ertragen.[134] Der Verbrecher einer möglichen Zukunft werde sich selbst zur Anzeige bringen und seine Strafe in dem stolzen Gefühl selbst bestimmen, dass er so das selbst gegebene Gesetz ehrt.[135]

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 Zeitgeist-Wellen und deren 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 „Auslese“.[136] 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 an das „gesunde Volksempfinden“.[137]

Dennoch wurde in der Alltagkriminalität 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*[138] beinhalten einerseits eine *Rückbesinnung* auf die Zeit vor dem Nationalsozialismus, also eine Restaurationsphase und andererseits die *naturrechtliche Neubesinnung*:

---

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

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

136 Kublink, Strafen, 2002, 235 ff.

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

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

„Menschenwürde und sozialer Rechtsstaat“ bildeten die staatlichen Leitideen und führten zu einem Verbund von „Moralvermittlung und Güterschutz“.

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

(3) Die sozialliberalen Ideen der „68er“ führten dazu, das Ideale und 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. Auch haben sie über den staatlichen *Rückzug* (Abolitionismus) und die vorstaatliche Idee des Täter-Opfer-Ausgleichs und die Stärkung der Opferrechte im Strafprozess 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.[139] 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 und *postmoderne*[140] 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* lässt sich einerseits vielleicht „post-postmodern“ als einen *verfassungsethischer*en Pendelschlag zurück zur *metaphysischen Rechtsmoralität* deuten, etwa als „Renaissance der absoluten

---

139 Aus der Sicht eines Staatsrechtlers: Gärditz, Schuld, 2017, 269 ff. , („Postmoderne und Schuld als Zurechnungskriterium“, „Postmoderner Konstruktivismus und materieller Wahrheitsanspruch“).

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

Vergeltungstheorien“ [141] zumal dann, wenn man sich mit der Rechtspraxis an die Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* zurückbindet. Aber das Verfassungsgericht räumt der wissenschaftlichen Straftheorie und seiner Tradition weiterhin einen großen Freiraum ein.[142] Das „Unbehagen“, das dennoch vor allem deutsche Rechtswissenschaftler bei der „Ethisierung des Rechts“ erfüllt, drückt ein Symposion aus, das das Deutsche Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht im Jahre 2011 durchgeführt hat und das den Titel „Ethisierung des Rechts - Grundlagen, Gefahren und Chancen in interdisziplinärer Perspektive“ trägt.[143] Der Zeitgeist kennt auch die post-postmoderne Feststellung von der Rückkehr der Religionen[144], die hier besser als „Rückkehr der Metaphysik“ zu bezeichnen ist.

Zudem ist deshalb eine *Verbreiterung* zu erkennen. Zum präventiven Ansatz treten der Gedanke des Feindstrafrechts, angloamerikanische Ansätze der Schadenszufügung (harm principle[145]) 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.[146]

Denn die gegenwärtige Straftheorie weiß sich an das einfache Gesetzesrecht, vor allem an das *Strafgesetzbuch,* gebunden, das sie selbst schon vor den deutschen

---

141 Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2018 § 46 Rn 2, mit Hinweis auf Pawlik, Unrecht, 2012, etwa 87.

142 Dazu Engländer, Revitalisierung, ZStW 2015, 616 ff. , 616 ff. („Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?).

143 Zum Thema und zum Unbehagen siehe Vöneky, Vorwort, 2013, V ff. , V, für den Sammelband: „Ethik und Recht - Die Ethisierung des Rechts/Ethics and Law - The Ethicalization of Law“.

144 Montenbruck, Weltliche Zivilreligion, Zivilreligion III, 2016, 3. Kap. 2. 2 („Offenheit der Universalpragmatik (Habermas) für postsäkulare Religiosität,“) sowie zuvor Kap.2 1 (Gegenposition des wertkritischen Ansatzes (Nitzsche), Entzauberung der Welt (Weber), Dialektik der Aufklärung (Horkheimer/Adorno) - mit dem Ziel die hintergründige *Metaphysik* des Grundgesetzes, der Grundrechtecharta etc. eine Art von nationaler und auch gesamtwestlicher *existenter*, allerdings *säkularer* Zivilreligion darzustellen, die für die *klassischen Religionen* offen ist, Dabei stammt der Begriff der Zivilreligion aus der politischen Philosophie und auch Kant bekennt sich zu einer *universellen Vernunftreligion*. Eine Religion zu haben heißt dabei im *Wortsinne* zunächst einmal nur, sich zurückzubinden, also sich an letzten evidenten Dogmen zu verankern, also im Sinne des Grundgesetzes an Art 1, 20, 79 III GG.

145 Dazu Seher, Roles, 2014, 257 ff. („The Roles of Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory“); Hirsch, A. v., 2015, 83 ff. („„Harm and wrongdoing“: Schädlichkeit und Verwerflichkeit als Begründung von Kriminalisierung“).

146 Siehe etwa Seher, Strafrecht, 2015, 1 ff. („Grenzenloses Strafrecht? Auf der Suche nach den philosophischen Grenzen der Kriminalisierung“).

Verfassungen mit entwickelt hat. So wird deren Straftheorie auch heute durch die alltägliche -positivistische- Grundhaltung der Umsetzung des Gesetzesrechts, mit dem juristischen Fokus auf das Deliktsrechts, untermauert. Das alte *Bürgerstrafrecht (*§ 1 StGB, Art. 103 II GG) bildet also auch ihr 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 großen *Rechtsidee* mithilfe von gewaltigen *Gesetzessystemen* seine geistige Macht und dem *Bürger* die Freiheit. Beidem dient das deutsche Strafrechtsdenken seit rund 220 Jahren.

## 3. Kapitel

## Gegenwärtige Vereinigungstheorie und Einzellehren

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

1. *Bundesverfassungsgericht.* Das *Bundesverfassungsgericht* hat 1977 die strafrechtwissenschaftliche Vereinigungstheorie aufgegriffen und mithilfe von strafrechtswissenschaftlichen Gutachtern eigenständig durchstrukturiert.[147] Diese Sichtweise ist nicht nur prototypisch für die vielen Ausformungen der Vereinigungstheorie, sondern das *Bundesverfassungsgericht* hat sie auch festgeschrieben. Diese Auflistung besitzt zudem die Besonderheit, dass sie die Elemente wenigstens ursprünglich offen nebeneinanderstellt.

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 Strafrechtswissenschaft[148] von Verfassungs wegen zu entscheiden")[149]. 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 seiner Zeit 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 Strafsachen[150], auf dessen Äußerungen es mehrfach verweist.

2. Im Einzelnen:

---

147 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".

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

149 BVerfG 45, 187 ff., 253

150 BVerfG 45, 187 ff., 253; so etwa BGH 24, 40 ff., 44; 24, 64 ff., 66; BGH 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 Rechtsgüter[151];

(b) die *positive* Generalprävention im Sinne der Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in den Bestand und die Durchsetzungskraft der Rechtsordnung[152], kurz und als These: die Strafe dient der Erhaltung der „Rechtstreue der Allgemeinheit"[153] (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.[154]

(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 Täters[155].

(3) Das dritte Element bildet die Strafe als „gerechter Schuldausgleich" [156]:

---

151 Zum Begriff des Rechtsguts und seinen Definitionen u.a. als „sozial wertvoll anerkanntes Lebensgut", siehe den Überblick bei Eisele-Schönke/Schröder, 2019, 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").

152 BVerfG 45, 187 ff., 256.

153 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)."

154 BVerfG 45, 187 ff., 255, u. Hinw. auf BGH 24, 40 ff., 44.

155 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, 2019, § 8 Rn 31.

(a) zur *Strafbegründung*, in dem Sinne, dass die *Schuld*, verstanden als verschuldetes Unrecht, *auszugleichen* sei; die Strafe sei deren Vergeltung mittels Sühne und persönlicher Schuldverarbeitung[157], kurz: sie dient dem Tatschuldausgleich; im Sinne von Vergeltung, ohne die emotionale Aufladung durch die unmittelbare Assoziation der unzivilisierten *Rache*[158],

(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 stehen[159]. Die Strafe dürfe die Schuld des Täters nicht übersteigen[160]. Wo die Tat verschiedene Grade des Verschuldens aufweise, müsse der Richter grundsätzlich über die Möglichkeit verfügen, die Strafe anzupassen[161].

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.

---

156 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 (…)."

157 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.

158 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, 2019 , § 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.

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

160 259 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.

161 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*[162] 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*". Er besitzt also die Willensfreiheit. Entscheidet er sich für eine unrechtmäßige Handlung, so ist ihm diese Entscheidung vorzuwerfen. Er hat den eingetretenen Erfolg verschuldet. Das *Schuldprinzip* erhält deshalb als Ausprägung der *Menschenwürde* unmittelbaren Verfassungsrang, Art. 1 GG.[163]

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 sich die dreifaltige Vereinigungstheorie mit den Worten *Arthur Kaufmanns* wie folgt 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*".[164]

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 den darin begründeten Tadel „verdient" habe. Das aber sei ohne Schuld im Sinne eines Dafürkönnens nicht denkbar.[165]

---

162 BGH 2, 194 ff., 200.

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

164 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.

165 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, 2019, Vorbem. 13 ff., Rn 110 (es sei das „als „Anderswollenkönnen verstandene(n) Andershandelnkönnen die Voraussetzung auch der strafrechtlichen Schuld").

Ebenso kann *Roxin* die „neuste Strafzweckdiskussion“ im Jahre 2015 mit den Begriffen von „*Prävention, Tadel und Verantwortung*“ zusammenfassen.[166] Dabei zeigt die Reihung, dass der Schwerpunkt für ihn zwar auf der Prävention liegt, aber dass die Paarung von Tadel und Verantwortung, die auch Schuld und Schuldübernahme mit umfassen, hinzukommen muss.

*Jescheck*[167] 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 ihre verschiedenen Elemente *nebeneinander*stehen können, und zwar

- insbesondere der Schutz der Gesellschaft und der Werte oder der Rechtsgüter,
- und auch das Schuld- und Verantwortungsprinzip einen eigenen Rang erhält.
- Diese Sicht auf die Strafe ist säkular und rational, also auf Verstand und Vernunft gegründet.
- 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.
- Auch handelt es sich um die Rechtfertigung einer staatlichen Strafe in einem demokratischen westlichen Staatswesen.

Die zum Teil sozialwissenschaftlich eingefärbte Spezialliteratur setzt dagegen *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.

---

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

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

(1) Vom *Schuldprinzip* allerdings geht der Gesetzgeber aus. Nur diejenige Person ist zu bestrafen, die auch nachweislich schuldfähig 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 unterschreiten[168]. Insofern bestätigt das *Bundesverfassungsgericht* die entsprechende gesetzliche Regelung der Grundsätze der Strafzumessung in § 46 StGB.

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)

*Insofern* 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."*[169]

Allerdings gilt das auch aus der Sicht der *Allgemeinheit,* die solidarisch mit der Opferseite mitempfindet, und deren Rechtsgüter verletzt sieht und die einem Ausgleich einfordert, welcher der Genugtuung dient, nicht nur für sich, sondern

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

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

auch für die Opfer. Deshalb trägt dieser Gedanke nicht nur für ein vorrangig personales Verständnis, das die Rechtsgüterlehre zurückdrängt.

(2) Vorrangig *Generalpräventive* Gesichtspunkte[170] verwendet der Gesetzgeber mit Begriffen wie der „Verteidigung der Rechtsordnung“[171] [172] 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). 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)[173].

---

170 Vgl. Streng, Sanktionenrecht, 2012 , 266.

171 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 Sanktionensystems, BT-Drucksache 10/5828, 3.

172 Kinzig-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. §§ 38 ff., 18., („positive Generalprävention“); siehe auch Radtke-MK StGB, 2017, vor §§ 38 ff, 14 ff.; zudem: BGH NStZ RR 13, 41, BGH RR-NStZ 15, 241.

173 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 Vollzugs erklärt wird (vgl. § 2

(4) Dass die Strafe nicht nur höheren Zielen dient, wie dem vergeltenden (im Sinne von gerechtem) 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

- insbesondere der Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft auf die Strafe (§ 51 StGB),
- der Anrechnung des Maßregelvollzugs auf die Strafe bis zu zwei Dritteln der Strafe (§ 67 IV StGB) oder
- 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“[174].

7. *Wiedergutmachung* ist ein Element, das bereits *Henkel*[175] 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*

---

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 Freiheitstrafe OLG Nürnberg, ZfStrVo 1984, 114; OLG Stuttgart, NStZ 1984, 525; eine Ausdehnung für alle Gefangenen mit zeitiger Freiheitstrafe: 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).

174 BT-Dr. V/4094, S. 6; siehe Wagner, H., Bedeutung, GA 1972, 32 ff.; auch z.B. Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2018, § 60 Rn 1 m.w.N. auf u.a. deshalb auch kritisch Stimmen, etwa Müller-Dietz, Absehen, 1976, 303 ff..

175 Henkel, Strafe, 1969, 12.

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.[176.] 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. § 153a StPO). Wiedergutmachung zieht einen teilweisen, bei leichteren Delikten einen gänzlichen *Verzicht* auf Strafe nach sich (vgl. auch § 46a StGB). Im Sinne von Schadensersatz ist sie eine Form des Vergeltens. Aber der Täter ist ohnehin nach *zivilrechtlichem* Deliktsrecht zum Schadensersatz verpflichtet[177]. 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 Gnade[178] 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 Nachweisplicht des Staates, kurz der Satz „im Zweifel für den Anklagten",

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

177 Zu diesem Problem ausführlicher Berndt, Bewährungsauflage, 1994, 137 ff.

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

dazu führt, dass wir auf Strafe zugunsten der Rechtsicherheit und der Unschuldsvermutung verzichten (können müssen).

Die Strafrahmenabsenkung 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 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. Voraussetzung ist dabei auch, dass die „ Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.“, §§ 66 I Ziff. 4 StGB. „Hang“ und für die „Allgemeinheit gefährlich“ stellen zwar hochnormative Begriffe dar. Sie dienen aber als zusätzlicher Filter. Denn in der Regel müssen zudem zwei oder drei einschlägige Vorverurteilung und auch noch Vollzugserfahrung von 2 Jahren vorliegen, etc. §§ 66 ff. StGB.

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 ausgerichtetes 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 Rechts-Fundament und herrschenden Lehrbuchlehre; Arten der Vereinigungstheorie, Reduktion auf Straftheorie

1. *Grundlegung - 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*."[179]

Die Widersprüche, die sogenannte Antinomie der Strafbegründungen, sind danach also auszuhalten und bringen dennoch konkreten Gewinn, weil sich mit ihnen kluge gesetzliche Ausnahmenregelung rechtfertigen lassen. 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.

2. *Herrschende Lehrbuchlehre - die (Meta-) Vereinigungstheorie*. Das Bekenntnis zur Notwendigkeit der Meta-Vereinigungstheorie als solcher findet sich in etlichen Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil des Strafrechts.[180] Sie

---

179 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.

180 Aus der Lehrbücherliteratur: So auch Murmann selbst, Murmann, Grundkurs, 2019, § 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, 2019, § 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, 2019, § 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, 2019, Rn 21 ff.; Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2017, § 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

berichten dazu von den absoluten und relativen Theorien und ihren vier Ahnherren, erörtern diese, kritisieren jeweils die reine Form dieser drei Lehren, die in Wirklichkeit aber nicht so streng vertreten wird. Man kann auch von einer additiven Vereinigungstheorie sprechen.

Dennoch ist dabei nicht stehen zu bleiben. Ohne wenigstens den zusätzlichen Vorrang eines Aspektes „*fehlt ein übergeordnetes Entscheidungskriterium*“[181], um in Zweifelsfällen die Antinomie der Strafbegründungen, wenn auch nicht aufzulösen, dann doch abzuschwächen.[182]

Die topische Gegenposition, des *resignativen Verzichts* darauf, die Frage nach dem Vorrang einer der großen Strafideen zu beantworten, erläutern *Mitsch/Eisele* zwar an sich nachvollziehbar: So

„*sieht sich jede der wiedergegebenen Straftheorien trotz ihrer grundsätzlich einleuchtenden Argumente einzelnen gewichtigen Gegenargumenten ausgesetzt. Demgemäß enthält das StGB keine Festlegung auf einen einzige, sondern bringt in einzelnen Vorschriften in unterschiedlichen Zusammenhängen Gedanken der verschiedenen Theorien zum Ausdruck“*. [183]

Dennoch steht meines Erachtens für das Strafgesetzbuch ohnehin das Tatschuldstrafrecht als *Regelfall* im Vordergrund. Diese belegen die die Eigenverantwortung eines Täters beschreibenden Vorschriften gemäß §§ 19 ff., 46 ff. StGB sowie auch die Abtrennung zwischen Maßregelrecht und des Jugendstrafrechts. Dies bringt auch das Strafprozessrecht mit dem „Schuldspruch“ zu Ausdruck, an den der „Strafausspruch“ geknüpft ist. Auch das Strafrecht verfährt nach dem klugen Prinzip von „Regel und Ausnahmen“. Dies ist der gesetzesformale Ansatz.

Aber das Strafrecht kann, wie jedes Recht auch mit seiner Gesetzgeschichte und vor allem über den Sinn und Zweck, hier der präventiven Strafidee, überwölbt und *teleologisch* ausgeformt werden. Die präventive Sicht lässt sich zudem auch auf die *verfassungsrechtliche* Pflicht des Staates stützen, Grundrechte zu schützen.

---

unterschiedlichen Grundpositionen von absoluter und relativer Theorie integrierenden Ansatz legitimiert“). Siehe zudem: Joecks-MK StGB, 2017, Einleitung vor §§ 1 Rn 47 ff. und den Überblick bei Momsen/Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff., 339.

181 Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 41.

182 Joecks-MK StGB, 2017, Einleitung vor §§ 1 Rn 52 („Bloße Addition führt aber zu einer Verwischung der Strafzwecke, weil ja nach Einzelfall mehr oderminder zischen den Strafzielen hin- und her geschwankt wird“).

183 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 20 ff, 53.

Das dennoch verbleibende Dilemma konkretisiert für die Praxis bei der Strafzumessung gemäß § 46 StGB:

„*Schuldangemessene Strafe einerseits und Resozialisierungsbedürfnisse anderseits stehen häufig nicht in völliger Harmonie zueinander*“, ebenso wenig die „*negative Individualprävention zur Sicherung der Allgemeinheit*“[184]

oder wie anzufügen ist, die Anforderungen der generalpräventiven Idee der „Verteidigung der Rechtsordnung“.

Jede geringe Gewichtsverschiebung in der (meist) kollektiven) Grundhaltung des Tatgerichts für bestimmte Falltypen (oder auch innerhalb eines Oberlandesgerichtsbezirks) wird über die Anzahl der Monate, manchmal auch Jahre der Freiheitsstrafe, und deren hinreichende Begründung im Urteil mitbestimmen. In etlichen Grenzfällen entscheidet sie auch über die Aussetzbarkeit der Freiheitstrafe bis zu zwei Jahren oder über Art und Umfang von Auflagen und Weisungen (vgl. § 56 ff. StGB). Politisierte Strafideen beeinflussen zudem die Ausrichtung des Strafvollzuges in den einzelnen Bundesländern. Die Entscheider können nicht resignieren. Sie benötigen Hilfe.

Aufzuklären und verschiedene Angebote zu unterbreiten, ist jedenfalls die demokratische Aufgabe der Strafrechtswissenschaft (zumal in einer Demokratie).

3. *Unterarten*. Die Unterarten der Vereinigungstheorie, die auf einen bestimmten *Vorrang* setzen, lassen sich grob zunächst 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 Strafrechtswissenschaftler 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 künftigen Straftaten.

In der Regel vertreten wird dabei der *positiven Generalprävention* der Vorrang eingeräumt.[185] Allerdings betrachtet diese Lehre vor allem das Gesetz, das an die

184 Kinzig-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. §§ 38 ff.

185 Frister, Strafrecht AT, 2019, 3. Kap. Rn 3, spricht von „der heute herrschender Theorie der positiven Generalprävention“.

Allgemeinheit gerichtet ist. Die Vertreter des präventiven Ansatzes meiden dabei 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“[186]. 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 guter Brauch in der Lehrbuchliteratur, sich zumindest immer auch abstrakt mit den drei großen Begründungssträngen zu beschäftigen.

(2) *Vergeltende Vereinigungstheorie*. Die die Tatschuld vergeltende Vereinigungstheorie beherrscht die Praxis, angeführt und inzwischen verfestigt vor allem vom *Bundesverfassungsgericht* in neueren Entscheidungen.[187]

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 stellt zwar die eigentliche Strafe dar. Sie wird von der Menschwürde-Idee direkt regiert und unterliegt nach ihrer Ausgestaltung dem öffentlichen Recht.

Auch gibt es der Sache nach die:

(3) *Gegliederte Vereinigungstheorie*. Diese Lehransicht will zwischen den großen Begründungssträngen trennen und sie auf bestimmte Blickwickel reduzieren. Es sind zwar Trennungslehren, sie sollen aber dazu dienen, allen drei Blickwinkeln gerecht zu werden. Insofern sind sie als Vermittlungslehren gemeint. Dazu bieten sich verschiedene Wege an. Einer besteht darin, eine dreifaltige Strafideen-Stufenlehre aufzuzeigen, die zwischen generalpräventivem *Gesetz*, vergeltendem *Urteil* und individualpräventivem *Vollzug* unterscheidet.

---

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

187 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 BGH 20, 264, 267 f; 28, 318, 326 f.; 34, 150, 151. Etwa auch Krey/Esser, Strafrecht AT, 2016, Rn 164 ff.

Hinzutreten die

*Additive Vereinigungstheorie*. Sie verzichtet auf einen Vorrang und wird der Sache nach in Lehrbüchern vertreten, die sich mit dieser Form der Meta-Vereinigungstheorie „an sich“ begnügen. Sie zählen die Elemente der Vereinigungstheorie nur auf oder vermerken die beiden großen Ausrichtungen lediglich und nehmen selbst keine Stellung. Sie meinen offenbar entweder in positivistischer Weise, dass das Strafgesetzbuch den jeweiligen Einsatz dieser Ideen schon selbst regelt oder auch dass diese Fragen erst im besonderen Sanktionenrecht, der §§ 38 ff. StGB bedeutsam werden. So behandeln auch einige Kommentare die Straftheorien erst dort.

Und *Sonderlehren*. Solche strafrechtlichen Einzellehren wählen eine bestimmte Position. Zum Teil beziehen sie externe Standpunkte, solche der Philosophie (*Kant*, *Hegel*, *Fichte*) oder der Rechtssoziologie (*Luhmann*) oder der (vorstaatlichen) Rechtsgeschichte (Opfersicht). Sie arbeiten ihre Ansätze vertieft aus, ohne sich zusätzlich umfassend mit den anderen Lehren und deren Wert zu beschäftigen. Sie bringen die Regenbogenfarben in das Mischgrau der dualen Vereinigungstheorie.

4. *Beschränkung auf das Strafrecht.* Drei große deutsche rechtliche Blickwinkel bieten sich zwar ebenfalls an, sind aber auch weitgehenden auszublenden. Vorrangig ist ohnehin schon hochkomplexe Binnenkultur des Strafrechts und seiner Wissenschaft zu beleuchten.

So soll die *rein* staatsrechtliche Sicht auf das Strafrecht zwar auch, aber nur mit einbezogen werden[188], 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 selbst durchweg auf die *staatliche* Strafe beschränkt. Die zivile und am Ende auch zivilrechtliche Idee vom Täter-Opfer-Ausgleich und das gesamte Opferschutzrecht sind nur kurz anzusprechen.[189]

---

188 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 mangele es an Analysen und Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Legitimation und Begrenzung speziell des materiellen Strafrechts); dazu Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff. .

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

Sie sind gemeinsam mit der kritischen Frage, inwieweit der Staat eigentlich über einen eigenen staatlichen Strafanspruch[190] verfügt und inwieweit es sich um eine stellvertretende Geltendmachung eines Anspruchs handelt, der dem Opfer zusteht, zum Teil schon an anderer Stelle mit erörtert.[191] Sinnvoll wäre es zumindest von einem „*rechtsstaatlichen* Strafanspruch" zu reden. Er belegt das der Staat sich der „Rechtsidee" unterworfen weiß und damit auch der Idee der Gerechtigkeit.

Ferner ist darauf zu verzichten, den *Strafprozess* in den Mittelpunkt zu stellen. Dort wäre etwa der Aspekt des „the process is the punishment", der insbesondere für Geldbußen passt, ausführlicher mit zu bedenken.

Auch was unter dem Begriff der „Strafe" im Alltag zu verstehen ist und was in der Rechtsgeschichte schon darunter zu verstehen war, ist auch nicht im Einzelnen anzusprechen.[192] Hier geht es vor allem um „Sinn und Zweck" des gesetzlichen hoheitlichen Strafens.

5. *Andere Fachgebiete und andere Untergebiete des Rechts*. Sonderlehren bilden den weichen Übergang zu anderen Fachgebieten.

Das gilt etwa auch für eine große weitere Gruppe, die Straf-Rechtsphilosophien, die nachfolgend wenigstens knapp vorzustellen sind. Als Philosophien stehen sie dem Grundsatz nach über dem deutschen Recht und greifen auf die Angebote großer Philosophien zurück.

---

190 Kritisch zum unklaren staatlichen Strafanspruch: Scheffler, Dauer, 1991, 140 f.

191 Dazu: Weigend, Strafe, RW 2010, 39 ff. („Die Strafe für das Opfer?" - Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens 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.).

192 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.).

An anderer Stelle sind auch etwa die Aspekte der Rechtsoziologie behandelt, die wertneutral das Strafen im Sinne von Ausschluss und Meiden lesen.[193]

Ferner könnte man den Blick auf interessante fremde nationale Rechtskulturen werfen. Dazu zählt das liberal-personale angloamerikanische Rechts- Staats- und Strafverständnis[194], mit dem auch die Todesstrafe der Preis für die eigene Entscheidung sein kann.[195]

Auch an sich interessante menschen- und europarechtliche Aspekte sind weitgehend auszublenden. Denn, was ohnehin schon das deutsche Recht und seine Tradition bietet, muss nicht erst noch zusätzlich europa- und menschenrechtlich hergeleitet werden.[196]

Durchweg sind auch die vielfältigen sozio-psychologischen *Kriminalitätstheorien* der eigenständigen Kriminologie beiseite zu drängen, die sich allerdings vorrangig mit den „multifaktoriellen" *Ursachen* (meist sozialer und psychologischer Art) der Kriminalität beschäftigen[197] und deshalb auf die

---

193 Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 5. Kap. I 3. („Rechtssoziologisch: Meiden und Ausschluss, rechtsanthropologische Strafrollen", 224 ff.).

194 "Zu Liberalismus und Strafe" im Allgemeinen und zur Straftheorie 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 Straftheorie 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).

195 Siehe dazu im Sammelband „Zur Aktualität der Todesstrafe": Rogall, Justizmord, 2002, 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.)

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

197 Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 56, Rn 4 („Ein Großteil der kriminologischen Wissenschaftspraxis kommt indes eher einem *multifaktoriellem* Ansatz nahe", Hervorhebung im Original.)

Rechtsfolge des Strafens übertragen werden müssten. Umgekehrt und ebenso bedauerlicher Weise gilt auch dasselbe.

Immerhin lässt sich der „multifaktorielle“ Ansatz mit der Vereinigungstheorie vergleichen[198] und dass es offenbar keinen einzelnen Grund für die Kriminalität gibt, lässt den Freiraum für die Idee der Eigenverantwortung des Täters.[199] Nur gelegentlich, wie bei der Frage nach der Wirksamkeit der Prävention allgemein und des Strafvollzuges im Besonderen, gibt es relevante Überscheidungen, die aber eher dem Sonderrechtsgebiet des Strafvollzugs angehören.[200]

6. *Fazit*. Jedes Fachgebiet des Rechts und jeder fachfremder Blick von außen auf das deutsche Strafrecht hat sich auf eine *bestimmte Position* festgelegt, von der aus sie ihre Gegenstände betrachtet, und jede hat auch eine eigene *Binnenkultur* entwickelt.

Elemente der vielen für die deutsche Straftheorie an sich „fremden“ Positionen werden aber dann mit einfließen müssen, wenn und soweit die deutsche Straftheorie derartige Erwägungen ausdrücklich aufgenommen (rezipiert) hat, oder soweit sie zum dritten und hier so genannten „Fundamentalen Teil der Straftheorie“ gehören oder sie wie die Kriminologie für den vierten „Komplementären Teil“ von Bedeutung sind.

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

Alle straftheoretischen Ansätze zusammen bilden eine nationale strafrechtswissenschaftliche *Binnenkultur*, die aber grundsätzlich bereit ist, viele externe Positionen in sich aufzunehmen.

198 So Scheffler, Prolegomena, 1995, 375 ff., insbes. 376.

199 Ähnlich aus interdisziplinärer Sicht: Kölbel, Taterklärung, 2016, 201 ff.., 202 f. („Taterklärung und Schuld: Eine Rekonstruktion von Implikationen kriminologischen Denkens“, im Sammelband „Vom Umgang mit Schuld: Eine multidisziplinäre Annäherung“).

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

## III. Philosophische Einzellehren: Selbstkorrumpierung (*Köhler*), Loyalitätsverweigerung (*Pawlik*), Anerkennungsverlust und Abbüßungsvertrag (*Seelmann*)

1. *Sonderlehren*. Aufreihen lassen sich unter anderem die folgenden deutschen Sonderlehren, die überwiegend mit dem Namen und Konzepten bestimmter Strafrechtslehrer verbunden sind und die aus der Sicht der *Vereinigungstheorie* vor allem wichtige *einzelne* Gesichtspunkte gedanklich ausarbeiten. Mit ihnen bedient sich die *Strafrechtswissenschaft* zugleich vielfach der Angebote der *Rechtsphilosophie*.

2. Vor allem an *Kant und Hegel* knüpfen *Wolff* sowie *Köhler, Schild, Zaczyk* und auch *Felix Herzog*[201] 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.[202] 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.

---

201 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.

202 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.

3. Auch andere *Straf-Rechtsphilosophien* lehnen sich vor allem an die Rechtsphilosophie von *Hegel* (aber etwa auch von *Fichte*) an.[203]

*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.[204]

So erklärt in der Tat *Fichte*[205] (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 nützliches 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."*

---

203 Wohlers/Went, Bedeutung, 2011, 173 ff. fassen „Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion" im Sammelband, Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), „Strafe - warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie" zusammen. Aber Ausschnitte müssen genügen, weil keine vorrangig rechtsphilosophische Hegeldiskussion zu führen ist.

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

205 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.

*Kritik.* Über diese Art eines Vertrages, wenngleich in Sinne eines Versöhnungsvertrages, ist noch im Verbund mit dem Geständnis nachzudenken. 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*[206] 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 verletzt danach nicht allein seine Pflicht gegenüber seinem konkreten Opfer, sondern zugleich auch seine Verpflichtung zur Loyalität gegenüber dem*

[206] 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, 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).

*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 sprich auch *Kindhäuser* davon, dass der Täter „*die in ihn gesetzte Erwartung an Loyalität gegenüber dem Recht enttäuscht hat.“* [207]

*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. Es gebe das Primat der „gegenseitigen Anerkennung“, das ein „konstitutives Merkmal jeder Rechtsordnung“ sei[208]. 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*.“

Schuldhaftes Verhalten sei deshalb „eine die gemeinschaftlich erarbeitete und individuell erlebte Freiheit verfehlende Weltinterpretation“.[209]

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.

*Zabel* erklärt in seiner „Ordnung des Strafrechts“, mit dem Strafrecht gelte es

„*einerseits Autonomie und Freiheit zu garantieren, gleichzeitig aber den wachsenden Sicherheitsbedürfnissen der gesellschaftlichen Akteure gerecht werden zu müssen*“. [210]

---

207 Kindhäuser, Strafrecht AT § 2 Rn 14.

208 Zabel, Ordnung, 2017 , 710.

209 Zabel, Schuldtypisierung, 2007, 402.

210 Zabel, Ordnung, 2017 , 9.

Damit erfährt, vor allem bei der Terrorismusbekämpfung, der alte *präventive* Gedanke der „Sicherheit“ ein verstärktes Gewicht, das aber schon die überstaatliche Europäische Menschrechtskonvention (im liberalen Staatssinne) ohnehin schon mit „Sicherheit“ zusammengefasst hat. Sie lockert das ethische Tatschuldstrafrecht, das den Bürger vor dem Missbrauch des Strafrechts durch den eigenen Staat schützen soll. Danach wird das Strafrecht -auch und für bestimmte Fallgruppen- ein Mittel des Polizeirechts, es wird zum Feindstrafrecht im Sinne von *Jakobs*.

*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 Menschrechte 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 Strafe[211], 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*“[212] zu begründen.

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

---

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

212 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“).

7. *Sammelkritik*. Einige der *Straf-Rechtsphilosophien* wurden an anderer Stelle schon diskutiert.[213] Die liberal-soziale Anerkennungslehre ist zwar von außerordentlicher Bedeutung. Sie erklärt die zivile Vertragsidee und den Freiheitsstaat, die Demokratie und die einfache Gesetzgebung. Aber das Hauptproblem besteht darin, dass sie auch die *Aberkennung* impliziert. Todesstrafe und Folter, früher Sklaverei und Verzicht auf Frauenrechte sowie der Ausschluss von gesamten Minderheiten sind danach möglich. Es fehlt ihr das *Korrektiv* eines *absoluten* ethischen Minimums im Verbund mit den Allgemeinen Menschenrechten, die sich wiederum auch international betrachtet auf die Idee Menschenwürde stützen.[214]

*Strafweise aberkennen* können wir zwar aus unserer Verfassungssicht dem Täter immerhin seine personale Freiheit (Art. 2 GG), und zwar auch in erheblichem Umfang, aber aberkennen können wir ihm nicht seine unantastbare Menschenwürde (Art. 1 I GG). Insoweit ist nur der *Achtungsanspruch* verletzbar.

Die Frage nach dem Umgang mit der vor allem deutschen Menschenwürde-Idee des Art. 1 I GG, und zwar in der Form, in der sie das *Bundesverfassungsgericht* versteht, das den Menschen als „*geistig-sittliches Wesen"*[215] aus sich selbst heraus begreift, kennzeichnet die *Grenze* zwischen der engen *deutschen rechtskulturellen* Sicht und den davon befreiten rechtsphilosophischen (rein liberalen und sozialen) Ansätzen.

Sie begründen die Prävention, aber nicht den Tatschuldausgleich.

Der bürger- und staatsrechtliche Ansatz, mit der Strafe vor allem die Geltung des Rechts zu schützen, erweist sich zwar ebenfalls einerseits als konsequent. Denn alles 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

---

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

214 Siehe Handbuch "International Human Rights Law": Besson, Justification, 2018, 22 ff. , 34 f.; Mahlmann, EuR 2011, 469 ff. („Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt"), 479 ff..

215 Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 364; vgl. auch: BVerfG 45, 187 ff., 227.

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 jedenfalls für das deutsche Verfassungsrecht zu fragen, ob die hohe ethische *Idee des Gerechten* sich nicht der Gestaltungsmacht des einzelnen Gesetzgebers entzieht und eben auch zur *Idee des Rechts* im Sinne des Art. 20 III GG und mithin des Strafrechts gehört.

8. *Fazit*. Damit sind einzelne *ethische* Lehren aufgezeigt. Sie erklären vor allem, was Strafe sein soll.

## IV. Funktionale Lehren: Systemische Normgeltungslehre (*Jakobs u. a.*), Rechtsstaatsschutz (*Appel, Nettesheim),* soziale Wirklichkeit (*Hoffmann-Holland*)

1. Den Übergang von der Idee zur sozialen Realität bieten die Lehren, die erklären, welche *systemische Funktion* die Strafe vor allem aus der rechtssozialen Sicht erfüllt. Die Frage nach der Realität mündet im nächsten Schritt schon in die empirische Sicht der Kriminologie ein.

*Normgeltung und Jakobs. Jakobs* großes Modell[216] gründet unter anderem auch auf *Hegels* Sicht und geht zudem von einem rechtssoziologischen systemischen Grundansatz aus, den *Jakobs* in Anlehnung an *Luhmanns systemische Vertrauenslehre*[217] ausformt. *Otto* geht einen ähnlichen Weg und auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*[218] mischen diese rechtsoziologische Art des Denkens in ihr buntes Gesamtkonzept mit ein. Viele andere zumeist präventiv ausgerichteten Autoren betonen ebenfalls die Bedeutung der „Normgeltung", die mit der Strafe zu bekräftigen sei.[219]

---

216 Unter anderem: Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn. Rn 4 ff. Dazu: Kreß, Einführung, 2019, 1 ff., in den Sammelband: „Strafrecht und Gesellschaft: Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs"; dort auch; Pawlik, Strafrecht, 2019, 217 ff. („Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken") und Neumann, Aufgabe, 2019, 257 ff. („Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung"); Frisch, Straftheorie, 2019, 307 ff. („Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs").

217 Luhmann, Vertrauen, 2000 , 8.

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

219 Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn. Rn 4 (als Überschrift für seine nachfolgenden Ausführungen). So auch und ebenfalls aus der Sicht einer *personalen* Lehre: Freund,

*Jakobs* verbindet seinen systemischen Ansatz dabei mit einem anthropologischen Menschenbild, das etwa in seiner Nachfolge *Rössner* noch weiter ausführt. Es ist *normativ* ausgerichtet und soll von *idealistisch-ethischen* Überhöhungen[220] befreit sein.

Es bestünde für „die Menschen" die „Notwendigkeit sicherer Normgeltung".[221] Das gelte für ihren „Umgang mit der Umwelt" ebenso wie bei ihren -hier allein interessierenden- „sozialen Kontakten". Der Mensch erwarte ein bestimmtes normgerechtes Verhalten.

„*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 erfolgenden Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm."*[222]

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.*

---

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 Normgeltungsschadens"). Vgl. auch Frister, Strafrecht AT, 2019, 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").

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

221 Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn. Rn 4.

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

*… Es wird demonstriert, dass der Täter sich nicht richtig organisiert hat. Man nimmt ihm Organisationsmittel weg*.“[223]

Diese wichtigen Sätze sind rechtlich eingebunden. Denn seine Erläuterungen zur „materiellen Legitimation des Strafrechts“ beginnt *Jakobs* mit der Überschrift „Das Bezugsniveau des Strafrechtschutzes: 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 Reglungszusammenhang“.*

Um dann aber zu erläutern: „*Zum Regelungszusammenhang gehören die Wirklichkeit des sozialen Lebens ebenso wie die -insbesondere verfassungsrechtlichen- Normen*“.[224]

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

Die Wegnehmen der Organisationsmittel erklärt *Jakobs* an anderer Stelle mit rechtlichen Begriffen und als ein Ausgleichen, und zwar mit den Worten:

„*Es gilt im Zivilrecht, ein eingetretenen materiellen Schaden, oder im Strafrecht die Gefährdung der Rechtsgeltung durch einen Eingriff bei demjenigen auszugleichen, der diesen Schaden oder diese Gefährdung zu verantworten hat, und zwar insoweit wie seine Verantwortung reicht*".[225]

An anderer Stelle erklärt er: [226]

---

223 Ähnlich wenngleich 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.

224 Jakobs, Strafrecht AT 1991, 2. Abschn. Rn 1 f.

225 Jakobs, Strafe, 2004, 33 f..

226 Jakobs, Bürgerstrafrecht, 2004, 88 ff. , 88.

„*Strafe ist Zwang und zwar verschiedenartiger - hier nur auszugsweise zu behandelnder - Zwang, gemischt in inniger Verbindung. Da ist zunächst der Zwang als Bedeutungsträger, als Träger der Antwort auf die Tat: Die Tat als Tat einer vernünftigen Person bedeutet etwas, nämlich eine Desavouierung der Norm, einen Angriff auf ihre Geltung, und die Strafe bedeutet gleichfalls etwas, nämlich die Behauptung des Täters sei unmaßgeblich und die Norm gelte unverändert fort, die Gestalt der Gesellschaft bleibe also erhalten.“*

Er fügt erklärend an: *„Tat wie Strafzwang sind insoweit Mittel symbolischer Interaktion, und der Täter wird als Person ernst genommen; denn wäre er inkompetent, müßte seiner Tat nicht widersprochen werden."*

*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 Fäll des „*erwarteten Normbruchs*“ ist deshalb auf eine andere Ebene zu springen. Die Allgemeinheit der Enttäuschten „erwartet“ dann eine Reaktion und sie ist erneut 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 befürworten, 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.*[227] 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 dann als die rationalen Orientierungsmaßstäbe für das individuelle und jedes kollektive Verhalten von Personen.

---

[227] Dazu auch: Wohlers, Günther Jakobs, 2019, 307 ff. ,.(„Günther Jakobs und die Rechtsgutslehre“).

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 gesetzlichen *Rudimente,* die die Allgemeinheit der Enttäuschbaren kennt oder kennen könnte, deren „Rechtstreue" zu erhalten ist. Die Ethik sind die „sittlichen" Normen. Sie sind wie der Begriff Sitte anklingen lässt, solche, die die Allgemeinheit als *maßgebend* anerkennt und die sich aus ihrer Mitte heraus entwickeln. Gesetzliche Normen, die rechtstatsächlich gelten, bilden aber Orientierungsmuster zum einen nur im Sinne einer „*Parallelwertung in der Laiensphäre*". Zum anderen treten sie bei einzelnen Rechtsstreitfragen und innerhalb einer hoch arbeitsteiligen Gesellschaft im Verbund mit der Expertise der Rechtskundigen an das 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[228] vor allem die gesamte *Individualethik*. Dieses soziale Konzept ist zwar schlüssig und aussagekräftig, aber zu einseitig. Die Strafe wird lediglich zu *Demonstrationszwecken* (!) gebraucht und gilt deshalb nicht als Übel, weil die Tätersicht ausgeblendet bleibt.

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

Mit dem Ausgleichen kehrt *Jakobs* dann doch zu einer Art von Gerechtigkeitslehre zurück, mit der er aber nicht das Übel verdoppeln, sondern ausgleichen und also „aufheben" im Sinne von *Hegel* will.

Aber auch für *Jakobs* gilt, dass sein Gesamtwerk mit 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 später einzugehen.

2. Der Staatsrechtler *Appel*[229] 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*

---

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

229 Appel, Verfassung, 1998, 464.

*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*[230] 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 Rechtordnung*".[231]

Damit aber erkennt (auch) er ein (Meta-) Rechtsgut an: Die Geltung der Rechtsordnung bildet auch für ihn das (höchste) oder gar das alleinige Rechtsgut: Personalisiert wird auf diese Weise -über die Rechtsautorität- *der Rechtstaat* 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 Rechtordnung*" konstatiert.[232] Er sieht aber ansonsten nur Unklarheiten über Sinn und Zweck des Strafens, 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 zudem 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.*"

---

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

231 Vgl. auch Jung, Strafe, GA 2018, 573 ff., 573 f. („Strafe ist ein Instrument zur Stabilisierung der öffentlichen Ordnung")..

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

*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 *Rechtstaatsschutz* betreibt einfordert, bietet also nur *einen*, wenngleich für das Recht wichtigen Ansatz.

3. Der Kriminologe *Hoffmann-Holland*[233] beschäftigt sich mit der Realität der Strafe und erklärt den *gerechten Schuldausgleich* zu einem "*unerfüllten Versprechen*". Daraus zieht er soziologische und psychologische Schlüsse für das Wesen des Strafrechts.

Er erläutert:

*„Schon die Vorstellung vom unvordenklichen Menschheitswissen einer Bestrafungsnotwendigkeit ist kaum mit dem Wissen über Diversion und informelle Konfliktlösung in Einklang zu bringen. Das gilt in besonderem Maße für die Ansätze der Restaurativ Justice, die zu erheblich höherer Zufriedenheit der Opfer führen können als traditionelle Strafverfahren.*

Damit weist *Hoffmann-Holland* auf die Besonderheit des hoheitlichen, heute des staatlichen Strafrechts hin. Bei den informellen Konfliktlösungen geht es um eine Art von zivilrechtlicher Mediation im Sinne des Täter-Opfer-Ausgleichs.

Solche Mediation gelingt aber nur, wenn *im Hintergrund* entweder Drohung mit Staatsgewalt steht oder der Täter deshalb ein Interesse am privaten Sühnevertrag hat, weil anderenfalls gewaltsame „wilde" Vergeltung droht oder das strafähnliche Meiden durch die Gesellschaft ihm das Leben in der Gesellschaft erheblich erschweren würde. Gegengewalt und Meiden sollten aber am besten zivilisiert und rechtlich durchgeführt werden.

---

233 Hoffmann-Holland, Versprechen, 2018, 85 ff., 88 (dort alle nachfolgenden Zitate).

Ob es eine *rationale* Notwendigkeit für das Strafen gibt, ist offen. Aber dass es zumindest ein emotionales *Rache-* und *Strafbedürfnis*[234] gibt, liegt nahe. Insofern erscheint die Strafe dann als deren *Zivilisierung* oder auch als deren Domestizierung.[235] *Innerhalb* aller Gewaltverhältnisse und in jeder Gemeinschaft gibt es Denkzettelstrafen, das Meiden und den Ausschluss von Mitgliedern, und zwar notfalls auch mit Gewalt. Die Gesellschaft reagiert dann -auch- stellvertretend für die Mitglieder, die ansonsten mit Binnengewalt reagieren würden.

*Hoffmann-Holland* erklärt dann zum Teil aber auch ähnlich:

*„In der sozialen Realität gleicht Strafe nicht Schuld aus. Mit Durkheim muss Strafe nach wie vor als leidenschaftliche Reaktion abgestufter Intensität begriffen werden. In der Abstufung kann zwar Proportionalität enthalten sein. Aber im Kern will die Gesellschaft ihre eigene Einheit und Ablehnung der Tat durch Strafe demonstrieren.“* [236]

Er setzt nach:

*„Ablehnung, so proportional sie auch sein mag, ist aber kein Schuldausgleich. Sie birgt vor allem die Gefahren der Stigmatisierung“.*

Diese Kritik am Schuldprinzip erweist sich als recht schlüssig. Denn zuvor hat er auch den Schuldausgleich vor allem mit *Köhler* (und *Hegel*) definiert, kurz als „Aufhebung des Verbrechens“, der mehr sein will als eine „bloß (vergeltenden) Übelzufügung“.[237]

Jedoch will die Grundidee des *gerechten Schuldausgleichs*, als goldene Regel der Reziprozität, also des „Wie Du mir, so ich dir, gerade *keinen Zweck, auch nicht* im Sinne von *Hegel* verfolgen. Sie will nur gerecht sein und ein *Übel* mit einem proportionalen *Übel* ausgeglichen wissen. Das Maß der Freiheitstrafe entspricht dem Freiheitgewinn des Täters. Zu dem Strafübel, der Einschränkung der Freiheit, gehört dann auch die *Stigmatisierung*. Als soziale Stigmatisierung kommt sie im öffentlichen Schuldspruch und im polizeilichen Führungszeugnis zu Ausdruck. Sie unterbindet Unterlassungsklagen und stellt auch keine üble

---

234 Kunz, Strafe, 2004, 71 ff., 71. Siehe auch Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 11, 8 („als verdeckte Aggressionsableitung“, Entladung der Triebenergie“), § 12, Rn 9 („Bestrafung als narzisstisches Bedürfnis zur Triebbefriedigung“).

235 Wohlers, Vergeltungsstrafe, GA 2019, 425 ff., 427 (Historisch: „Strafe als Domestizierung der Rache“).

236 Dazu Durkheim (Schmidts), Arbeitsteilung, 1893/1988 , 118 ff., 129, 146.

237 Hoffmann-Holland, Versprechen, 2018, 85 ff., 87.

Nachrede dar. Die Psyche reagiert aber auf verminderte Anerkennung häufig mit Verdrängung, Verzweiflung oder auch Trotz.

Die eigentliche Frage lautet im Sinne von *Hoffmann-Holland:* Können wir diese Art von sozialer Realität eigentlich als sogenannte gerechte Schuldstrafe wollen? Bisher lautet die *generalpräventive* Antwort: Ja, denn das Gewaltmonopol des Staates wäre anderenfalls gefährdet und wilde Selbstjustiz drohte.

4. *Fazit*. Die vor allem gesellschaftlich ausgerichteten Lehren unterwerfen logischer Weise das Recht zu Strafen den Bedürfnissen der Gesellschaft. Ihr dient das Strafrecht. Strafe ist für sie selbst, jedenfalls als letztes Mittel (ultima ratio), *notwendig*. Schädliche kurzfristige Freiheitstrafen werden deshalb auch in der Regel aus *individualpräventiven* Gründen nicht verhängt, § 47 StGB.

Die strengen Gerechtigkeitslehren begründen dagegen das Strafen vereinfacht mit der Idee des Rechts. Sie umfasst die goldene Regel, also den Ausgleich, um seiner selbst wegen zu betreiben. Will der *Einzelne* Gerechtigkeit für sich selbst, so muss er sie -kategorisch- auch als allgemeine Maxime und damit auch *an sich selbst wollen*. Anderenfalls gäbe es keine Gerechtigkeit. Strafe soll also sein, weil *Recht* und *Gerechtigkeit* an sich, als absolut gesetzt, schon *etwas Gutes* sind.

Wieder drängt es sich auf, die drei herkömmlichen Ansätze doch miteinander zu verbinden.

## V. Gesondertes Feindstrafrecht (*Jakobs*), défense sociale/difesa sociale (*Ancel, Gramatica*), us-liberales Bürgerkriegsmodell, Legitimation durch Verfahren (*Luhmann*)

1. Vorzustellen sind zudem und hier jeweils nur kurz die Grundidee eines Feindstrafrechts (*Jakobs*) und verwandte ausländische Ansätze

*Feindstrafrecht.* Mit der heftig diskutierten Idee des Feindstrafrechts hat *Jakobs* offenbar einen rechtsstaatlichen Nerv getroffen.[238] Er geht von der Existenz eines auch *sozialrealen* deutschen *Feindstrafrechts*, etwa in der Terrorismusabwehr, aus, das zugleich ein Freundstrafrecht als eigentliches

[238] Merkel, Feindstrafrecht, 2019, 327 ff., („Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störenfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts"). Siehe zudem den Sammelband „Kritik des Feindstrafrechts" und Vormbaum, Einleitung, 2009, VII ff., VII. ff („Einleitung: Das Feindstrafrecht und seine Kritik").

*Bürgerstrafrecht* impliziert.[239] Beides sei in reiner Form kaum sozialreal vorhanden. Aber *idealtypisch* betrachtend erklärt er:

*„Der prinzipiell Abweichende bietet keine Garantie personalen Verhaltens; deshalb kann er nicht als Bürger behandelt, sondern muß als Feind bekriegt werden*." [240]

Mit der Tat werde etwa der Terrorist zur *bürgerlichen Unperson*, er büße seine *Personalität* ein. *Jakobs* verwendet dazu einen *Personenbegriff*, den er aus der politischen Philosophie ableitet.

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, indem er eine Freiheitsstrafe erleidet und auf diese Weise zumindest große Teile seiner *sozialen Personalität* einbüßt. Dieses Denkmodell wäre insofern noch verfassungskonform, wenn ihm die Tür zur Rückkehr in die deutsche Gesellschaft offen gehalten bleibt. Anders würde sich seine Lehre lesen, wenn die *Personalität* auch die *Menschenwürde* (Art. 1 I GG) des Feindes mit umfassen sollte. Eigentlich folgt auch aus dem Feindgedanken die Anwendung der Regeln der *Kriegsgefangenschaft*.

Meines Erachtens lassen sich die sozialrealen Reste eines solchen „Feindstrafrecht" in Deutschland mit drei Elemente beschreiben:

- dem Einsatz des Verfassungsschutzes mit Geheimdienstmitteln und Vorfeldbeobachtungen,
- als strafrechtliche Terrorismusbekämpfung (ausländischer und inländischer Art in Deutschland), vgl. §§ 129a, b Bildung terroristischer Vereinigungen, die etwa die heimliche Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO eröffnet),
- der Norm des Hochverrates gegen den Bund, § 81 StGB („Wer es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt …. die auf dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhende verfassungsmäßige Ordnung zu ändern,").

---

239 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.

240 Unter dem Titel. „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", Jakobs, Bürgerstrafrecht, 2004, 88 ff., 90.

Im *weiteren Sinne*, und das betont auch *Jakobs*[241], zählt auch die *Sicherungsverwahrung* dazu, die wir aber mit dem gesamten Maßregelrecht ohnehin aus dem (Schuld-) Strafrecht ausgliedern.

2. Die Kriminologen *Eisenberg* und *Kölbel* sehen in der Praxis auch Anzeichen für eine *„feindstrafrechtliche Kriminalpolitik"*. Die „Devianz" werde danach nicht mehr moralisch als ein „Sünde" oder als eine „Folge individueller, gesellschaftliche usw., „Defektzustände" begriffen". Sie sei nur noch ein bloßes „*Risiko, das begrenzt, kanalisiert und verwaltet werden muss*" und beinhalte eine *Kriminalpolitik,* die auf „*harte Ausgrenzungs- und Vergeltungslinien setzt (und damit freilich primär auf den herrschaftsstabilisierenden Beifall der Bevölkerung zielt)*."[242]

Ähnlich deuten *Kunz* und *Singelnstein*[243] die gegenwärtige Kriminalpolitik. Auch *Brunhöber* sieht eine Entwicklung „*von der Unrechtsahndung zur Risikosteuerung durch Strafrecht*" und erörtert deren Schranken.[244]

Eine Law-and-Order-Politik kann (aber muss nicht) solche „amoralischen" und „asozialen" Züge tragen. Auch wird dabei die alte Krieger-Rolle des „Feindes" nicht weiter thematisiert. Vielmehr wird der Mensch bei (bloßen) Risikoanalysen zum *einfachen Gefährder* und zur *Nummer* in einer Statistik verobjektiviert und damit dehumanisiert. Aber als empirischer Teil der Strafverfolgung erscheint dieser Ansatz sinnvoll und mündet in ein funktionales *Präventiv- Strafrecht*.

3. Eine mit einem solchen Feindstrafrecht verwandte romanische Idee der Strafe besteht im eher empirischen Modell der legalen, *sanitären Sozialverteidigung,*

---

241 Jakobs, Bürgerstrafrecht, 2004, 88 ff., 89 („Sicherungsverwahrung" als „Gefahrbekämpfung statt Kommunikation, Feindstrafrecht (hier immerhin im weiteren Sinn Strafrecht…").

242 Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 43 Rn 2.

243 Zugleich zu kriminologischen Begriffen und Denken (Hervorhebungen nicht im Original) Singelnstein/Ostermeier, Diskursanalyse, 2013, 481 ff., 488 ("Als Gegenstand *sozialer Kontrolle* rückt im Zuge dieses Wissenswandels *an Stelle der Normverletzung* das *Risiko* als (scheinbar) berechenbare Größe ins Zentrum der Betrachtung. *Abweichendes Verhalten* stellt danach einen *empirisch normalen, statistisch berechenbaren Sachverhalt* dar – der nicht ursächlich angegangen muss, sondern beherrscht werden kann (...). Die Versuche, *Risiken berechnen- und damit beherrschbar* zu machen, führt neue Techniken der Herstellung des Wissens über „Kriminelle").

244 Brunhöber, Unrechtsahndung, 2015, 3 ff. .

der „défense sociale“ oder der „difesa sociale“, die mit dem Namen von *Ancel*[245] und *Gramatica*[246] verbunden ist und die auch in Deutschland diskutiert wird.

Der exekutiv-lastige französische Ansatz der Sozialverteidigung deutet die Strafe sozialpolitisch und setzt in generalpräventiver Weise auf den kollektiven gemeinen Willen.[247]

4. Die deutsche Art der Strafrechtsdogmatik wird in der Strafrechtspraxis der USA schon deshalb nicht verfolgt, weil deren Strafrecht vorrangig prozessual und auf die Jury ausgerichtet ist.[248]

Ein rein gedachter *angloamerikanische Liberalismus* der souveränen Persönlichkeiten setzt bei *Hobbes* und *Locke* an (ausführlicher Straftheorie III Kap. 1 II). 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“[249]. Aber auch sie verbleiben innerhalb des Systems. Der Angriff auf den bürgerlichen Wohlstand[250] 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

---

245 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“).

246 Gramatica, Principi, 1961 („Principi di difesa sociale“); Kaufmann, Hilde, System, 1982, 518 ff. . 418 ff.; Schulz, Hansjürgen, Alternativen, JA 1982, 518 ff. , 518 f. Zudem: Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014 329.

247 Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 9. Kap. I 1 („Deutscher Rechtstaat, angloamerikanische Vertragsidee, französisches Solidaritätsdenken”, 402 ff.).

248 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 Dezionismus der königlichen Richter regiert also nach innen. Der Vorzug aber besteht in der der unmittelbaren Wirksamkeit der Strafrechtspraxis als gelebte praktische Bürgerphilosophie.

249 Garland, Culture, 2001, 152; Kunz, Strafe, 2004, 71 ff., 71; herausgestellt auch von Jung, Garland, NK 2001, 16 ff., 16 ff.

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

benachteiligen muss, aber auch die persönliche und moralische Verantwortung der Wahlbürger einfordert.

Der Finne *Nuotio* spricht ausdrücklich davon, dass das Strafrecht der USA seit Anbeginn und seit der Sklaverei die Züge eines „*enemy criminal law*“ und des Out-law im Sinne von *Jakobs* in sich trage. Dazu verweist er zurecht auf *Dubber*, nach dem in (rein) liberalen Staaten die Frage der *Legitimation* der Strafe stets vermieden werde.[251] *Dubber* klagt zudem:

“*There was no American Beccaria, no American Bentham, no American Feuerbach*”.[252]

Danach fehlt also an einem Bürgerschutzstrafrecht. *Dubber* erklärt einleuchtend

*“the general paradox of power in a liberal state: the legitimacy of state sovereignty in the name of personal autonomy*”.

*Kritik.* Dieses undogmatische Machtdenken 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 als Grundrechtsubjekt getrennt und zugleich verallgemeinert. Auch der individualpräventive Gedanke von der *Unschädlichmachung* assoziiert -für sich betrachtet- eine ähnliche Sichtweise, die den Täter als Menschen „neutralisiert“.

*Dubber* spricht im Übrigen für die USA das sogenannte *Böckenförde-Dilemma* an:[253] „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“. Dabei lautet die deutsche Antwort auf *Dubber* (und auf *Böckenförde*): Wir haben nicht nur ein Bürgerstrafrecht mit *Feuerbach*.

---

251 Unter dem Titel: „The Dual Penal State. The Crisis of Criminal Law” Dubber, State, 2018. , 223 (USA. “..consistently continue to avoid facing up to the most awesome challenge to the legitimacy of state power: state”), aus dem abstract: “…the general paradox of power in a liberal state: the legitimacy of state sovereignty in the name of personal autonomy."

252 Dubber, Penal State, 2018, 179.

253 Böckenförde, Staat, 1976, 60 („Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Anderseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt, mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren versuchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zu-rückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen her-ausgeführt hat.“)

Vielmehr gilt zudem mit *Kant* und der Menschenwürdeidee eine Verfassungs-Metaphysik, der sich bei uns der Freie ebenso unterwirft wie auch der demokratische Verfassungsstaat. Das Credo der französischen Revolution hegt den reinen Liberalismus ebenfalls ein, und zwar mit der Gleichheit und der Solidarität. Die Solidarität greifen wir wiederum im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG mit auf und man findet sie auch in der Idee der Resozialisierung wieder.

Daran fehlt es offenbar in den USA. Ihr Rechts- und Verfassungssystem bieten dafür aber die *Machtethik* der „checks and balances". Für den Strafprozess sieht es die *Waffengleichheit* und ein „faires Verfahren" vor, über dessen Ausgang die Jury und nicht der Staat, also die lokalen Peers (die Nächsten und Gleichen) urteilen. Wer sich für einen solche Kampf nicht aufrüsten kann und wessen Ansehen gering ist, der ist im Nachteil. Dieses Denken steckt auch im „fair trial" Prinzip, das wir aus Art. 6 EMRK kennen und ins Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG übernommen haben.

Zu den Gerechtigkeitsformeln zählt das alte *Schädigungsverbot* (neminem laedere, im angloamerikanischen Recht das dort besonders bedeutsame zivile „*harm principle*")[254], das auch einen zivilrechtlichen *Strafschadensersatz* (punitive damages) kennt. Dagegen hängt das deutsche Strafrecht das zivile Schadensersatzrecht dem Strafverfahren (wenig genutzt) als sogenanntes Adhäsionsverfahren gemäß § 403 StPO an.

Diesen zivilen Aspekt werden wir also trotz erster verfassungsrechtlicher Bedenken schon deshalb mitverfolgen können und auch müssen, weil (und soweit) er in Deutschland in die anderen Strafbegründungen *eingebunden*, also nicht in seiner reinen Form vertreten wird und weil er somit auch nicht gegen die Menschenwürdeidee verstößt.

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

Auch erklärt das *Bundesverfassungsgericht* für den Tatbestand der Volksverhetzung immerhin den *öffentlichen Frieden* zum eigenständigen Rechtsgut: „§ 130 Abs. 3 StGB ist auf die Bewahrung des öffentlichen Friedens gerichtet.", um daraus dann aber eine restriktive Auslegung „im Lichte der Friedensstörung" abzuleiten, die sich auf konkrete *Rechtsgüter* bezieht.

---

254 Siehe auch: Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 12. Kap. 3. („Schädigungsverbot und das Recht zur Not- und Gefahrenabwehr").

6. *Legitimation durch Verfahren.* Die aus dem angloamerikanischen Denken stammende Prozessmaxime des „fair trial“ verfügt auch über eine eigene Legitimationskraft. Gleich welche Entscheidung sich ergibt. Sie erfolgt aufgrund eines fairen forensischen Verfahrens[255], in dem vor allem beide Seiten als Rechtsträger und mit Rechtsvertretern angehört worden sind, Art. 103 I GG, und zwar so, wie es schon das römische Parteiverfahrensrecht fordert (audiatur et altera pars).

Der große Rechtssoziologe und Rechtspositivist *Luhmann* spricht -insofern überzeugend- von der selbständigen „*Legitimation durch Verfahren*“.[256] Da die Soziologie und der liberale Rechtspositivismus auf *abstrakte werteethische* (moralische oder auch sittliche) Grundlegungen verzichten, setzen sie vor Gericht und im Parlament auf die *konkrete Macht-Ethik* des idealen Aus- und Ver-handelns und sie vertrauen auf nachfolgende Abstimmungen mit Mehrheit und im Namen des Volkes.

Aus der Sicht von Kläger und Beklagtem beinhaltet das dialogische Verfahren[257], das beide Parteien vor dem Recht als Personen achtet, bereits einen wesentlichen Teil der Streitauflösung und zielt auf eine ausgehandelte Gerechtigkeit.

Wer auf eine präventive Vereinigungstheorie bevorzugt und wer wie *Jakobs* und viele andere die rechtssoziologische Sicht der Rechtsgeltung in den Mittelpunkt rückt, wird in jeglicher Hinsicht die rationale *Methode* betonen, etwa in der Rechtstheorie auch als idealisierte *Diskursethik.*[258]

*Kritik.* Aber auch mit dem „gerechten Verfahren“ huldigen die Vertreter aller funktionalen Strafbegründungen auf ihre Weise dem *Ideal der Funktionalität*. Sie verfolgen deren System-Gerechtigkeit und betreiben auf der konkreten Verfahrensebene eine Art von hoch idealisierter *Verfahrensmetaphysik*.

Mehr noch, der *Verfahrensritus*, dessen ritueller Kern in der *öffentlichen, theaterartigen Wiederholung* besteht, bewirkt die Einordnung des Konfliktes in

---

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

256 Luhmann, Legitimation, 1983, etwa 87 oder 114 („unbezahlte zeremonielle Arbeit“).

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

258 Aus der Rechtstheorie: Alexy, Theorie, 2012, 273 ff.

das Leben der gesamten Schicksalsgemeinschaft und führt damit auch zu dessen Verfremdung und Ver-Sozialisierung.[259]

Sinnvoll ist aber in jedem Falle die *Verbindung* von formalem Verfahren und materiellem Recht, von Funktionalität und Wertethik oder auch von Vergeltung und Prävention zu pflegen.

6. *Fazit. Jakobs* Idee von der Existenz eines gesondertes Feindstrafrechts, die Lehre von der défense sociale/difesa sociale (*Ancel, Gramatica*) und das us-liberale Bürgerkriegsmodell beruhen alle auf demselben sozio-politischen Grundgedanken des *kriegerischen Angriffs* und auf dem einfachen sozialen In-Group und Out-Group-Denken. Dieser Ansatz wird nachfolgend auch immer wieder mit diskutiert werden, obwohl und auch weil er dem deutschen *Bürgerschutzstrafrecht* eigentlich widerspricht.

*Luhmanns* Idee von der „*Legitimation durch Verfahren*" gehört zu dieser Denkwelt und sein Diskursmodell regiert alle rationalen Verfahren.

## VI. Umfeld-Lehren: Abolitionismus und Vorrang der Mediation, Privatstrafrecht der Antidiskriminierung (*Bung*), „Strafe ohne Staat" (*Kubiciel, Meyer*), Einordnung

*1. Umfeld der Straftheorie*. Zudem zählen die folgenden Ansätze zumindest zum Umfeld der Strafrechtstheorie:

(1) *Staatskritischer Abolitionismus*. Die 70iger-Jahre-Bewegung des sogenannten *Abolitionismus*[260] verlangt zwar angeblich die „Abschaffung des

---

259 Luhmann, Systeme, 1994, 174 ff.; sowie: Luhmann, Positivität, 1988, 11 ff., 22 ff. Mit Ladeur lassen sich die Auswirkungen einer solchen Beziehungslehre als „postmoderne Rechtstheorie" prüfen. Sie wird auf soziologischer Ebene durch den Gedanken der „Selbstreferenz", der „Selbstorganisation" und der „Prozeduralisierung" der jeweiligen Gemeinschaft bestimmt. Dahinter verbirgt sich der alte prämoderne Gedanke, dass „alles mit allem zusammenhängt" und jede Veränderung durch Rückkoppelung zu anderen Veränderungen 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). Siehe auch: Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 4. Kap. II 2 („Legitimation durch rituellen Zwang").

Strafrechts“, wendet sich auf den zweiten Blick aber vorrangig gegen das *staatliche* Strafen und nicht gegen den Gedanken des Ausgleichs.

Es fordert, wie in *vorstaatlichen Zeiten*, stattdessen Alternativen im Sinne einer *ver-sühnenden Wiedergutmachung*[261] und setzt auf *Bußakte*, die in der Regel mit einer Art von *Mediation* verbunden sind. Das hoheitlich-staatliche Strafrecht greift dann nur noch *subsidiär*.[262]

Im gern staatsfernen angloamerikanischen Kulturkreis des zivilen Parteiverfahrens und seiner eher machtorientierten und soziologischen Ausrichtung werden konsequenterweise die *„Alternative Dispute Resolutions“* diskutiert.[263]

(2) *Versöhnungs-Mediation.* Des Zurückdängen des staatlichen Rechtszwangs steckt in allen Formen der modernen *Mediation*[264], deren verfahrensrechtliche Verankerung für das *Zivilrecht* europaweit gefördert wird. Die „*Restorative*

---

260 „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 zum Abolitionismus: Hassemer/Neumann StGB, 2017, Vor § 1 Rn 18 ff. Aus kriminologischer Sicht: Zur „Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle“: Frehsee, Schadenswiedergutmachung, 1987, 135 ff., 170 ff., 374 ff.

261 Lampe, Strafphilosophie, 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 weiter Akte, die den Täter vom Mal des Handlungsunrechts befreien“, dazu auch 181: „*Funktion der Entsühnung“, …*eine Strafleistung, die das Unrecht der Tat*handlung 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.

262 Dazu Seher, Strafrecht, 2006, 70 ff. („Kann Strafrecht subsidiär sein? Aporien eines „unbestrittenen“ Rechtsgrundsatzes“) im Sammelband „Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung“.

263 Dazu und zur „Streitbeilegung“ rechtsvergleichend Basedow, Rechtsdurchsetzung, JZ 2018, 1 ff, insbesondere 7.

264 Dazu im Verbund mit der zivilen Rechtsidee der Mediation: Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016,, Teilband I: „Ziviles Recht: Versöhnung, Mediation und demokratischer Humanismus“, insbesondere 2, Kap. II 1 („Versöhnung als Verfahren, Vertrag als Gewaltverzicht und Kommunikation“), 2. Kap, II 2 („“ Zivile“ Rechtspraxis: Mediation und sonstige streitbeendende Vereinbarungen“), 2. Kap, II 4 („Modell der juristischen Mediation, rechtspsychologische Verhandlungsvermittlung“).

*Justice*“ setzt dabei ebenfalls auf die Wiedergutmachung. Man kann auch von *Versöhnungsmediation* sprechen.

In diesem Falle entfällt für das Strafrecht das „öffentliche Interesse“ an der Strafverfolgung im Bereich der ansonsten zu erwartenden Geld- oder gelegentlich auch der Bewährungsstrafen, §§ 153, 153 a StGB. Es handelt sich um eine Art von anrechenbarer ziviler *Buße* und diese geht in der Regel mit einem Geständnis einher, das auch *Rechtsfrieden* schafft.

(3) *Täter-Opfer-Ausgleich.* Realisiert ist dieses Denkmodell im deutschen Strafrecht auch als *Täter-Opfer-Ausgleich* und betrifft vor allem den Bereich der mittleren und leichteren Kriminalität. Zu begründen ist es mit dem *Ultima-Ratio-Prinzip*.

Der Täter-Opfer-Ausgleich betrifft also vor allem Delikte, bei denen das deutsche Strafrecht schon heute die Geldstrafe vorsieht, die auch 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 darstellt, §§ 56 ff. StGB[265]. Das Institut des Täter-Opfer-Ausgleichs hat seine gesetzliche Verankerung im Sanktionenrecht erfahren, § 46 a StGB.

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

Sie nimmt, wie auch andere *Vereinbarungen* im Strafprozess gemäß § 257 c StPO den Angeklagten als Rechtsperson und *Partei* in den Blick. Sie enthält das Angebot, entweder notfalls auch als Unschuldiger den Ausgleich zu leisten, um den Prozess und dessen Öffentlichkeit zu vermeiden oder aber sich schlicht auf diese Weise wie bei den alten Sühneverträgen in vorstaatlicher Zeit mit Bußleistungen „frei“ zu kaufen.

Für sich allein betrachtet sprengt der *zivile Opferansatz* das deutsche Strafrecht des alten *Bürgerschutzrechts*, weil es dessen schuldgerechtes *Tatstrafecht* nicht braucht.[266] Deshalb vermindern die Vereinbarungen lediglich die Strafe, und

---

265 Pollähne, Alternativen, 2012 („Eröffnungsvortrag des 36. Strafverteidigertages, Hannover, 16. März 2012), unter: III. "Die Alternative zur Freiheitsstrafe ist: keine Freiheitsstrafe!"

266 Als Entwicklungstendenz geprüft von Zabel, Tat, 2017, 733 ff. („Von der Tat zum Konflikt? Zum Funktionswandel des Schuldstrafrechts“).

dies dann auch zu Recht, weil sie zumeist wenigstens mit einem Teilgeständnis verbunden sind und Rechtsfrieden schaffen.

2. *„Strafe ohne Staat“.* Zum Umfeld des staatlichen Strafens gehören auch die höchst unterschiedlichen Aspekte, die unter der Idee von „Strafe ohne Staat“ diskutiert werden.

Mit diesem Schlagwort erfassen *Kubiciel* und *Meyer*[267] vor allem drei neue Strafrechtsentwicklungen, die sich abzeichnen:

- Die „internationalisierte Strafgesetzgebung" überwölbt die Gesetzgebung des einzelnen Staates und geht mit einer Art von vereinbarten metastaatlichen, vor allem gesamteuropäischen *Straf- und Strafverfolgungsgründen* einher, die aber noch -mittelbar- von anderen Staaten mitgetragen wird. Bei der stellvertretenden Strafrechtspflege gemäß § 7 StGB wird ähnlich angesetzt.

- Die „*Verfolgung schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen*“ sollte aber der genuine Gegenstand des transstaatlichen Strafrechts sein.[268] Hier ergibt sich aus dem schweren Unrecht der moralische Druck auf die Staaten, mit Gesetzen für die Strafbarkeit zu sorgen oder die vorhandenen Gesetze zu nutzen.

- Die „Reprivatisierung“ *strafrechtlicher Ermittlungen*. *Kubiciel* betont, dass

*„die Aufklärung von Straftaten und die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs mit den für die reale Welt geschaffenen Mitteln des Strafverfahrensrechts im Internet schwer möglich ist“.* Dazu gehört „*die Vorhaltung eines Beschwerde-Management-Systems, das für eine zeitnahe Löschung strafrechtswidriger Inhalte sorgt, gemäß §3 NetzDG*“.[269]

Erst recht würden die derzeit erwogenen Anzeigepflichten dazu zählen.

Je nach Sichtweise straft der zwar private, aber *übermächtige* Netzbetreiber den Täter, indem dieser seine Meinung nicht mehr im gleichen Maße verbreiten kann, und zwar um seine eigene und die vom Staat erwartete Markt-Ethik zu wahren. Dann verwendet er eine Art von *Marktplatz*- oder *Hausordnungsstrafe*, oder aber er sorgt für zivile *Schadensminderung* aufgrund seiner Mitverantwortung als Betreiber des Markplatzes.

---

267 Kubiciel, Concepts, ZIS 2018, 60 ff. („Future Concepts of Law: Strafe ohne Staat“), Meyer, F., Strafe, ZIS 2018, 68 ff. („Strafe ohne Staat? Zukunftskonzepte für ein transnationales Strafrecht“).

268 Meyer, F., Strafe, ZIS 2018, 68 ff. , 71.

269 Kubiciel, Concepts, ZIS 2018, 60 ff., 62

- Eine andere Art der Reprivatisierung der staatlichen Ermittlungen gibt es bei den Anzeigeverpflichtungen beim Verdacht der *Geldwäsche*, auch im Verbund mit der *Terrorismusbekämpfung*. *Meyer* unterstreicht einerseits zu Recht:

*„Der Staat behält das Steuer auch in der Hand, wenn er sich auf Ko-Regulierungsmodelle mit der Privatwirtschaft einlässt, um sich deren größere Expertise und Sachnähe bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nutzbar zu machen*."[270]

Andererseits sorgen die Anzeigepflichten aber auch dafür, dass mutmaßliche Beihilfehandlungen Einzelner nicht mehr so leicht mangels eines nachweisbaren Vorsatzes ungeahndet bleiben.

3. *Privatstrafrecht der Antidiskriminierung*. Zum Umfeld des staatlichen Strafrechts zählen auch weitere *Privatisierungstendenzen*, an denen dann auch die Bedeutung eines staatlichen Strafrecht oder zumindest des Gebots staatlicher Kontrolle zu ermessen ist. So weist *Bung* auf die „Konturen eines *Privatstrafrechts der Antidiskriminierung"* hin. Wer andere diskriminiert, muss mit der Kündigung, etwa von Arbeitsverträgen oder von Bankkonten rechnen. Dabei sanktionieren zumeist *übermächtige Organisationen*, um der eigenen Ethik (auch als corporate Governance) willen.

Vereins- oder Parteiausschluss-Verfahren aufgrund diskriminierenden Verhaltens eines Mitglieds beruhen auf demselben Ansatz.

Es handelt sich mit *Bung* dann und deshalb um eine Strafe im materiellen Sinne, wenn und weil *„Strafe eine Übelszufügung ist, die durch ein sozialethisches Unwerturteil in Bezug auf individuell zu verantwortendes Fehlverhalten begründet ist*". Daran sollte sich auch nichts ändern, wenn das Eigeninteresse an der Imagepflege im Hintergrund der privaten Sanktion steht.

*Bung* fordert zu Recht, dass ein solches „privates Anti-diskriminierungsstrafrecht" berücksichtigen müsse, dass es

*„neben Vergeltung, Abschreckung und Normgeltungsbekräftigung darum geht, dem Bestraften eine Perspektive der Reintegration zu gewähren".* Und er fügt an. *„In dieser Hinsicht bleibt das neue Privatstrafrecht der Antidiskriminierung häufig hinter den Leistungen formeller strafrechtlicher Verhaltenskontrolle zurück*".[271]

---

270 Meyer, F., Strafe, ZIS 2018, 68 ff. , 69.

271 Bung, Concepts, ZIS 2018, 65 ff., 67 (alle Zitate).

Damit werden die Folgen dieser, wie jeder, privater Nebenstrafen offenkundig. Das private Meiden und das Ausschließen müssen staatlich nach dem Modell des Strafrechts dann korrigiert werden, wenn es sich um gravierende Eingriffe handelt.

*Insgesamt* ist das Strafen auch danach *nicht* grundsätzlich mit dem Staat und seinem Strafanspruch verbunden. Aber offenbar setzt es zumeist ein *Machtgefälle* und eine Art von *Binnenethik* voraus. (Das gilt auch für das elterliche Strafen). Gelegentlich muss auch der *überforderte* kleine Nationalstaat, sich mit andern zur Strafverfolgung verbinden oder die Mithilfe privater großer Unternehmen einfordern und er sucht auch deren Binnenethik zu stärken.

4. *Einordnung*. 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* erzwängen.

Insgesamt handelt es sich um zumindest zwei große, relativ geschlossene Denk-Systeme.

- Die Funktionalisten bewegen sich in einem Gebäude mit *liberalen, rechtspositivistischen, rechtsoziologischen, kommunikativen und funktionalistischen* Elementen, zu denen auch die *rechtstheoretisch-methodische* Art zählt. Auf die Straftheorie angewendet führen sie zu Präventionslehren.

- Die philosophische Moralität, die Menschenwürde und die Menschenrechte sowie die Rechtsgutslehre und die Schuldvergeltungsidee gehören zur zweiten Welt.

Diese Welt des Guten suchen die Nutzen-Funktionalisten zu vermeiden, weil sich jene auf ein bloße *Metaphysik* (der Sitten) stütze. Aber auch die strenge

Methoden-Rationalität, einschließlich der Rechts-Idee der „Legimation durch Verfahren“ setzt der Sache nach ihre Art der *Funktionalität* ebenfalls „absolut“.

Die deutsche Rechtstradition setzt jedenfalls auf den Vorrang der materiellen Gesetzbücher, im Strafrecht zudem auf die Rechtsgüter und im Verfassungsrecht auf die Grundwerte. Das Grundgesetz beginnt mit der Menschenwürde, den Menschenrechten und Gerechtigkeit und Frieden in der Welt. Art. 1 I II GG.

Am Ende aber kommen beide großen Ansätze nicht ohne die *Korrektur* durch den jeweils anderen aus. Die Aufgabe der Wissenschaft ist es dabei, neue Sichtweisen anzubieten und kritisch auf und hinter das jeweilige nationale Recht zu schauen. Das praktische Recht beharrt dagegen gern auf seiner eigenen Tradition.

Dennoch finden beide Sichtweisen ihren Platz im hochkomplexen deutschen Rechtsystem, und sie regieren dort eigene halbautonome Subsysteme. Dies zeigt etwa die Trennung in das abstrakte materielle Recht ohne Ansehung der Person und das Verfahrensrecht der individuellen Prozessbeteiligten oder auch die Trennung von präventiven Maßregeln und dem vorwerfbaren Unrecht des einzelnen Delikts etc. Aber dazu muss zuvor jede Sichtweisen möglichst rein zuende gedacht und dann auch selbst analysiert werden.

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

## 4. Kapitel

## Strafe-Tat-Täter-Mensch, analoge Handlungslehren und Großordnung

### I. Rückkoppelung mit Tatunrecht und Schuldidee

1. *Notwendige Rückkoppelung von Menschenstrafe und Tatunrecht.* Wer wegen einer Tat bestraft, der stellt schon mit seinem Grundverständnis von „Schuld, Handlung, Zurechnung und Täterschaft" die Weichen für eine der beiden großen straftheoretischen Ausrichtungen, dem Vorrang der Prävention oder der Schuldvergeltung. Aber jeder der das Strafen als „Reaktion" betrachtet, muss sich um das Verständnis der Aktion, also die Tat, kümmern.

Das gesamte Recht trennt zwar zwischen *Tatbestands*- und *Rechtsfolgenseite*; es weiß aber auch um die *Wechselwirkung* aufeinander. Beide Seiten gehören zum selben System im Sinne der systemischen Auslegung, und sie dienen immer auch gemeinsamen Zielen aus der teleologischen Sicht. Das gesamte materielle Recht aber bestimmt aus guten *rechtstaatlichen* Gründen vorrangig die *Bedingungen* der Rechtsfolgen. Das gilt noch einmal insbesondere für das Strafrecht, wie es sein Leitsatz in § 1 StGB und Art 103 II GG, Art. 7 EMRK, Art. 49 I EU-Grundrechtecharta es belegen.

Folglich beschäftigt sich auch die deutsche *Strafrechtswissenschaft* vor allem *sorgfältig* mit der gesamten Tatbestandsseite der Strafnormen im weiten rechtstheoretischen Sinne, also mit Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld. Deshalb ein Blick auf ihre Angebote zu werfen. Sie selbst blenden aber ihrerseits die Straftheorien gern aus, auch wenn auch jede Lehre zur Tatbestandseite aus „Sinn und Zweck des Strafens überhaupt" einen gewissen Nutzen ziehen und sie sich selbst daran erproben kann.[272]

„Schuld, Handlung, Zurechnung und Täterschaft" sind die üblichen Formen, mit denen wir die *Beziehung* zwischen der Tat und dem Täter beschreiben. Zwar

[272] Zur Notwendigkeit das Strafen umfassend und auch also systemisch und von der *Straftheorie her* zu betrachten, siehe Frisch, Straftheorie, 2015, 103 ff. („Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat") und auch Frisch, Straftheorie, GA 2019, 185 ff. („Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch"), etwa 204: das Grundverständnis der Straftat sollte „bruchlos" mit der Straftheorie *harmonisiert werden*, Allerdings ist ebenfalls zu beachten, dass Tatbestand und Rechtsfolge auch wichtige autonome Funktionen erfüllen. Keine gesamtsystemische und teleologische Auslegung, darf das Recht voll beherrschen. Aus den formalen und materiellen Gründen der *Rechtssicherheit* und des *Bürgerschutzes*, und insbesondere für das Strafrecht, sind vielmehr die Rechtsfolgen an *Tatbestände* gebunden. Aber eine Wechselwirkung bleibt und sie sollte bedacht werden.

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.

Aus der Sicht des Grundgesetzes geht es vor allem darum, die *verobjektivierte Tat* im Sinne des Strafgesetzbuches im Prozess zu konkretisieren und sie mit dem individuellen zu bestrafenden *Subjekt,* dem freien und würdigen Menschen im Sinne der Art. 1 I und 2 I GG, zu verbinden. Diese *Beziehung* stellt die Idee der *Schuld* her. Die harte Subjekt-Objekt-Trennung, vor allem zwischen dem *Taterfolg* und dem *Menschen*, müssen wir dabei lockern, aber nicht ganz auflösen.[273] Denn beides behält immer -auch- seine jeweilige Eigenständigkeit, wie die *Unrechtstat* mit ihren Folgen und der *bestrafte Mensch*.

Das Straf-Verfassungsrecht verbindet mit der Idee von der unantastbaren Menschenwürde (deren Achtungsanspruch nur verletzt werden kann) (a) die *Moralität* und die *subjektive Eigenverantwortung* des einzelnen Menschen, als Schuldidee (Art. 1 I) GG) und (b) die *Legalität*[274], vor allem die des Rechtsstaates (Art. 20 III, 103 II GG). Daraus entsteht die *Rechtsschuld*, die wir aber zumeist nur einfach Schuld nennen.

Hinzu tritt der weitere Verbund der Menschwürde mit der Sozialstaatsidee, etwa im Sinne der humanen Unterstützung der persönlichen Schuldverarbeitung im Sinne von *Resozialisierungsangeboten*.

Im Strafrecht schlagen die *personalen* Rechts- und Rollenbegriffe wie Täter und Beteiligter oder Beschuldigter, Verurteilter oder auch Rechtsperson die passenden Brücken zwischen dem Menschsein und der Strafe. Im Erkenntnisverfahren, dem Verfahren vor dem rechtskräftigen Urteil, wird der Mensch zur *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 ein verurteilter Mensch ist. Das Urteil enthält einen so genannten Schuldspruch, auf den sich der Strafausspruch (wegen) bezieht, § 260 IV StPO.

---

273 Mit den Worten von Hegel, Propädeutik, Einleitung, 1808, Einleitung § 4 („Im Bewußtsein ist also zweierlei vorhanden, Ich und der Gegenstand, Ich durch den Gegenstand oder der Gegenstand durch mich bestimmt").

274 Kreß, Schuldbegriff 2017, 75 ff. („Der Schuldbegriff zwischen Moralität und Legalität. Heutiger Klärungsbedarf in der Rechtsordnung und im Strafrecht“).

Mit den Zusätzen beschuldigt, angeklagt oder verurteilt signalisiert das Recht einerseits, dass es den *Rechtsstatus* des Betroffenen ergänzt. Zwar behält der jeweilige Mensch weiterhin seine Würde und seinen Grundstatus als Rechtssubjekt. Er wird also nicht bloß zum Objekt des Verfahrens, 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 Rechtspersonalität* (etwa im Sinne von Art. 2 I GG) jedenfalls abändert. 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 dem zu bestrafenden Menschen auf der Ebene 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 Straftheorie setzt erst später bei den Strafrechtsfolgen der „Freiheits- oder Geldstrafe" an, und wer von den Rechtsfolgen ausgeht, muss sich zu den *Rechtsfolgenvoraussetzungen* 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 zur Begründung der Strafe zählen.

Diese beiden Funktionen des Strafgesetzbuches, gesetzlicher Bürgerschutz und gesetzliche Strafbegründung, lassen sich nicht immer klar trennen.

Notwendig ist nach allem die *Rückkoppelung von Menschenstrafe* und dem *Tatunrecht,* das dem Täter als vermeidbar vorzuwerfen oder zuzurechnen ist.

2. *Schuldbegriffe*. Die Schuld ist ein vager *auslegungsbedürftiger Begriff*, der die Auseinandersetzung um Sinn und Zweck des Strafens in Deutschland beherrscht,[275] und der selbst auf die Strafidee des „gerechten

[275] 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.

Tatschuldausgleichs“ zielt. Der Schuld erwächst zudem mit dem Begriff der „subjektiven Zurechnung“ eine Konkurrenz. Die „Zurechnung“ lässt sich aber nicht im Gesetz selbst finden, sodass beide Begriffe gern vermengt werden.

*Stübinger* stellt -aus dem Blickwinkel der präventiven Strafbegründungen zu Recht- die Frage: *„Strafe als Umgang mit Schuld oder Umgehung der Schuld?“*[276], und zwar eine Umgehung mithilfe der Idee der *Zurechnung*, die wiederum von vor allem generalpräventiven Strafideen gespeist wird, etwa als soziale Schuld.

3. *Schuld im Gesetz*: Der Begriff der Schuld und ihr Verbund mit der Strafe sind deshalb 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 *Straf*rahmen für einen bestimmten *Unrechtstatbestand* und setzt voraus, dass der Täter ihn in der Regel *vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft* verwirklicht. Beim Schuldspruch des Gerichts, der sich auf die Angabe des Tatbestandes beschränkt, geht es also tatsächlich um die konkrete Schuld im weiteren Sinne des „*vorwerfbaren 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. 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).

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.[277]

---

[276] Stübinger, Strafe, 2016, 183 ff.: Strafe als Umgang mit Schuld oder Umgehung der Schuld? Zur Spannung zwischen Strafzweck und Schuldzurechnung“ im Sammelband: „Vom Umgang mit Schuld: Eine multidisziplinäre Annäherung“ - Schuldidee auch international, psychologisch, soziologisch, philosophische, theologisch und kulturwissenschaftlich betrachtet.

[277] Betont auch Stübinger, Strafe, 2016, 183 ff. , 188.

Insgesamt gibt es vier gesetzliche Schuldbegriffe.

- Schuld meint im Kern und zur Unterscheidung vom Unrecht: die bloße *Vorwerfbarkeit von Unrecht*, §§ 17 ff. StGB, aber eben nicht allein.

- 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 Tatunrecht".

- In einem noch weiteren Sinne, und zwar unter Einbeziehung auch der *Person* des Täters, verwendet der Gesetzgeber den Schuldbegriff bei der *Strafzumessung*, § 46 I StGB, als sogenannte *Strafzumessungsschuld*, bei der etwaigen Vorstrafen und Nachtatverhalten miteinzubeziehen sind.

- Die *Unschuldsvermutung* (Art. 6 II EMRK) betrifft die verfahrensrechtliche Seite[278]. Bis zur Rechtskraft des Urteils gilt der Angeklagte als unschuldig. Doch können und werden die Strafverfolgungsorgane in der Zwischenzeit Maßnahmen, wie die Untersuchungshaft anordnen, die sich bereits mit einem bestimmten Tatverdacht begnügen.[279] 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.

4. *Weitere Annäherungen an den Schuldbegriff.*

*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

---

278 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, 77 f. Kritisch zum Verhältnis von Tatverdacht und Unschuldsvermutung Bohnert, J., Abschlussentscheidung, 1992, 242 ff.

279 Statistisches Bundesamt, Bestand, 2018 (am Stichtag 31.August 2018, 5, in Haft insgesamt einschließlich Untersuchungshaft: *73 855*), 7 (davon in Untersuchungshaft: 13 598.

Schuld wird in der Tat umso dunkler, je mehr Erklärungsversuche man zur Kenntnis nimmt.[280]

*Maiwald* meint sogar, dass der Begriff der Schuld, ein „Zentralbegriff unseres Strafrechtssystems", inhaltlich überhaupt nicht geklärt sei[281]. Aber es handelt sich dabei zum Teil um das alte methodische Dilemma, das sich einstellt, 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. Also bedarf der Schuldbegriff der Auslegung.

*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.

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 *eigen*verantwortliche Tun, und nur dafür, haftet der Täter mit dem

---

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

281 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. .

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. Insofern steckt die *Vergeltung* bereits im Begriff der Strafe.[282]

*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?[283] So soll eine *Zufallshaftung* ausgeschlossen sein. Zudem wird die Idee des *Unrechts* eng mit der Schuld verbunden.[284]

5. Sonderbegriffe im Strafrecht:

*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.

*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 schuldhafte Verursachung eines Schadens insgesamt, wenn es vorsätzliche und fahrlässige Begehungsweisen gleichberechtigt nebeneinandersetzt. 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.

---

282 Wohlers, Vergeltungsstrafe, GA 2019, 425 ff. („Die Vergeltungsstrafe – mehr als ein weißer Schimmel?"), 427 („Strafe ist damit immer Reaktion auf etwas, und zwar eine Reaktion mit negativer Konnotation, die bis hier zur Stigmatisierung reichen kann").

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

284 Walter, T., Kern, 2006 („Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum"), insbesondere 81 ff, 84.

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 aus[285]. Bloßes Verursachen eines Schadens genügt nicht; der Täter muss im Strafrecht zumindest fahrlässig gehandelt haben (vgl. § 18 StGB).

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 Unrechts damit, weil auf den Menschen bezogen, bereits mit Schuldelementen aufgeladen.

*Strafbemessungsschuld*. Wichtig für dei *Strafideen* aber im konkreten schwieriger noch zu fassen, ist das, was Gesetzgeber und Rechtsprechung unter der Schuld im Sinne der *Strafzumessung* (§ 46 I StGB) verstehen. Die Schuld hat danach „die Grundlage“ für die Strafzumessung zu bilden.

So trennen *Achenbach* und die ihm folgenden Autoren *Strafbegründungsschuld, die* von der *Strafbemessungsschuld*[286] 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 dienen“ lassen und

---

285 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.

286 Achenbach, Grundlagen, 1974, u.a. 2 ff.; Fischer, StGB-Kommentar, 2019 , § 46 Rn. 53 f.; Radtke-MK StGB, 2017, Vor §§ 38 ff., 14 ff.; Horn/Wolters-SK-StGB, 2017 , § 46 Rn 44.

deshalb sein „Handlungsunrecht“ schwerer wiege.[287]. Das nachträgliche *Geständnis* stellt umgekehrt ein Indiz für eine weniger rechtsfeindliche Grundhaltung des Täters schon *bei Begehung* der Tat dar (sogenannte Indizkonstruktion).[288]

Zwar muss das Gericht zunächst feststellen, dass der Täter eine ihm vorwerfbare Straftat begangen hat. Doch legt der Gesetzgeber die Rechtsfolge, die Strafe, in aller Regel nur grob mit Hilfe eines weiten Strafrahmens fest. Dem *hochabstrakten* Tatbestand etwa des Raubes entspricht ein dazu passend *weitgefasster 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, wie etwa einem Raub mit schwerer Körperverletzung an mehreren Opfern, noch ausreichen muss, § 52 StGB). Innerhalb dieses Rahmens hat das Gericht eine nach *Monaten, Wochen* oder gar *Tagen* 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, die *besonderen* 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, § 52 StGB.

---

287 Sogar über Vorverurteilungen hinaus: BGH 4 StR 125/06 - Beschluss vom 25. April 2006 (LG Bielefeld (Hervorhebungen nicht im Original), Rn 7. „Allerdings kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein *früheres Strafverfahren* eine bei der Strafzumessung berücksichtigungstaugliche Warnfunktion auch dann entfalten, wenn es mit einer *Einstellung* nach § 170 Abs. 2, §§ 153 ff. oder § 260 Abs. 3 StPO oder - wie hier - gar mit einem *Freispruch* geendet hat (vgl. BGHSt 25, 64 m.w.N.; BGH MDR 1954, 151; MDR 1979, 635 m.w.N.; StV 1991, 64; NStZ-RR 2005, 72;…). Dies wird damit begründet, dass auch ein Verfahren, welches nicht mit einer Bestrafung endet, dem Täter die Folgen strafbaren Verhaltens vor Augen führe. *Sein Handlungsunrecht wiege deswegen schwerer, wenn er trotz dieser Warnung eine Straftat begeht* (vgl. BGHSt 25, 64 m.w.N.; ablehnend OLG Köln NJW 1960, 449…)“

288 Vgl. BGH NStZ 85, 545; Fischer, StGB-Kommentar, 2019, § 46, Rn 46 („soweit sich daraus Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters zur Tat oder deren Unrechtsgehalt ziehen lassen“).

Zudem 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 Nachtatverhalten unmittelbar mit der Tatschuld. Sie werfen dem Täter zum Beispiel einschlägige *Vorstrafen* damit vor, dass er sie sich nicht zur Warnung habe dienen lassen.[289] Nachtatverhalten, 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".

6. *Einige wissenschaftliche Sonderbegriffe*. Darüber hinaus benutzt die Strafrechtswissenschaft den Begriff der Schuld mit verschiedenen Zusätzen:

(1) 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 (auch) normative Schuldbegriff im Sinne der Vorwerfbarkeit der Tat.

(2) Den *sozialen* Schuldbegriff verwenden Autoren, die meinen, es sei nicht auf die Vorstellung des konkreten Täters abzustellen, sondern auf diejenige der Allgemeinheit.[290] 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

289 So schon BGH 24, 198; JR 1972, 470; MDR 1954, 18.

290 Vgl. Maiwald, Schuldbegriff, 1987, 147 ff..

Notwehrrechtes entschuldigt ist (§ 33 StGB), ist letztlich von den *Vorstellungen* der Gesellschaft, verkörpert durch Gesetzgeber und Gericht, abhängig. Insofern oder auch sogar grundsätzlich *konstruiert* die Gesellschaft die Schuld[291], weil und wie sie sie für ihre Zwecke benötigt. 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.

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.[292] 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. Unstreitig aber rekonstruiert das Gericht die Tat und über die auch die Tatschuld.

(3) *Rechtsschuld.* Diese Art der Schuld gilt auch als gesetzliche geregelte *Rechtschuld* und steht insofern der *sittlichen Schuld* gegenüber.[293] So muss der autonomen 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 ein geistig-sittlichen Wesen"* an.[294]

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 *Gewissen*[295] zeigt es ihm an. Danach wäre es

---

291 Siehe dazu auch Klimke, Wandel, 2017, 43 ff.. („Der Wandel gesellschaftlicher Konstruktionen von Schuld").

292 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.

293 Dazu etwa Lampe, Strafphilosophie, 1999, 228 (der „die Möglichkeit sittlicher Schuld des Menschen aufgrund seiner sittlichen Natur").

294 Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 364; vgl. auch: BVerfG 45, 187 ff., 227.

295 Zum "Gewissen" vgl. Henkel, Rechtsphilosophie, 1977, 331; Welzel, Naturrecht, 1960, 1980, 238; Hupperschwiller, Gewissen, 1970, 41 ff. Zudem: Gennerich/Strack, Sozialpsychologie, 2015, 417 ff. („Zur Sozialpsychologie des Gewissens. Persönliche

folgerichtig, demjenigen, der aufgrund einer abweichenden Überzeugung eine Straftat begeht, zum Beispiel dem Revolutionär, seine Tat nicht vorzuwerfen[296]. 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.[297] 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.[298]

(4) 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 Tätertyplehre 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 infolge seiner Lebensführung schlecht sozialisiertes Wesen. Er hat sich auf den falschen Weg begeben. Das allgemeine Schuldprinzip führt aber zur Forderung nach dem Vorwurf der Einzeltatschuld.

Dennoch spielt die Lebensführungsschuld der Sache nach weiterhin eine bedeutende, wenngleich nachrangige[299] Rolle, soweit die Person des Täters zu

---

und situationale Werte determinieren ethische Begründungsmuster") im umfangreichen Sammelband „Das Gewissen".

296 Dazu, dass ohne präzise Unterscheidung von rechtlicher und sittlicher Schuld die Strafbarkeit des Überzeugungstäters nicht begründbar ist, siehe Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 137 ff.

297 Vgl. Kaufmann, Arthur, Parallelwertung, 1982.

298 Zu "elementarer Sittlichkeit" etc. vgl. Montenbruck, In dubio, 1985, 44; Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976, 109, u. Hinw. auf Zimmermann, F., Unrechtsbewusstsein, NJW 1954, 908 ff., 908; Jescheck, Anm. zu BGH 10, 35, JZ 1967, 551; Roxin, Tatbestände, 1959, 117.

299 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.

berücksichtigen ist. So verlangt der Gesetzgeber für die Strafzumessung, „das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse" zu berücksichtigen (§ 46 II StGB) [300]. 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).

7. *Fazit*. Damit ist Vielfalt der Schuldbegriffe aufgezeigt, die ihren verschiedenen Aufgaben entsprechen. Im Kern geht es um die *Vorwerfbarkeit*. Wir prüfen, ob wir die Unrechtstat dem Täter vorhalten können: Du hättest anders handeln können und sollen, weil du bei der Tat über das Unrechtsbewusstsein verfügt hast. Deshalb können und werden wir ihn im Tatschuldstrafrecht auch bestrafen.

Damit werfen wir ihm aber auch ein *Handeln* vor, das wir ihm als seine Tat zurechnen.

## II. Rückbezug zu: Handlung, Zurechnung, Täterschaft und subsidiärer Gefährlichkeit

1. *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).

Die *Gesamtstrafe* wiederum erfasst die ebenfalls häufigen Fälle, dass der Täter *mehrere Taten* begangen hat. Auch der Gedanken des Tatstrafrechts 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

[300] Stadler, Lebensleistung, 2019, 289 ff. („Die Lebensleistung des Täters als Strafzumessungserwägung").

Bestimmung der Strafe im Sinne des *Strafausspruchs* in der Art eines *bunten Baukastens* verwendet.

Unstreitig ist in der Strafrechtswissenschaft nur, dass Handeln als „gewillkürtes Körperverhalten" zu begreifen ist.[301] *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".[302] 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".

2. *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

---

301 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).

302 Kargl, Handlung, 1991, 1.

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*[303]. 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)[304].

Der kausale Handlungsbegriff ist dem Einwand ausgesetzt, dass der Wille die menschliche Handlung zwar von bloßen Naturvorgängen unterscheide, die den 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

303 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.

304 So bereits Beling, Lehre, 1906, 9, 17.

Tod des s 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 Folge 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*[305], 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 Strafe[306].

(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”[307]. 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.[308] Denn die Personalität einer Person entsteht

---

305 Welzel, Strafrecht, 1969, 37.

306 Erklärungsversuche zum Ansatz Stratenwerths: Suppa, Mensch, 2003, 47 ff. sowie insbesondere 225 ff.

307 Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn 21 ff, 24; Bloy, Handlungsbegriff, ZStW 1978, 609 ff., 611 ff., insbes. 647; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 222 ff., zumindest dem 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.

308 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“).

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 j*ede 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*”.[309]

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 Strafrahmen) und die Rechtsfolgenvoraussetzung (hier der Tatbestand) untrennbar zusammen. Jede teleologische Deutung birgt ebenso die Gefahr verdeckter Zirkelschlüsse. Sie lassen sich bei *Höchstbegriffen*, wie „Schuld, Handlung, Zurechnung, Täterschaft“ nicht vermeiden. Man sollte dann aber auch *offen* 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.

3. *Objektiven Zurechenbarkeit*. Der soziale oder personale Handlungsbegriff[310] 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

---

Der Begriff der Person ist danach unklar, aber die *soziale Zuordnung* bestimmt letztlich über die Handlung.

309 So schon Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996 223, zum Merkmal der Freiheit u. Hinw. auf Lampe, Gleichstellung, ZStW 1967, 476 ff., 496 ff.

310 Roxin, Gedanken, 1970, 133 ff., 135 (Rückführung der objektiven Bezweckbarkeit auf das Risikoprinzip).

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*"[311] [312].

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.

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).

Bei *Vorsatzdelikten* tritt zwar die Vorhersehbarkeit, an sich in den Hintergrund, und wird nur für Grenzfälle bedeutsam, aber das grundsätzlich abstellen auf die soziale Handlung zwingt zur Verallgemeinerung der Zurechnungsidee, die Gesellschaft rechnet zu oder auch nicht.

Die Äquivalenztheorie, die zur Feststellung der Kausalität, jedenfalls bei den Vorsatzdelikten, zunächst *jede Bedingung* ausreichen lässt (conditio sine qua non), genügt jedoch bei den meisten 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

---

311 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, 2019, 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.

312 Siehe Seher, Bestimmung, 2013, 207 ff. („Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen"). Zur „Erfolgsgeschichte" der Lehre von der objektiven Zurechnung zusammenfassend Goeckenjan, Revision, 2017, 117 ff..

vorzunehmen ist.[313] Ihr folgt deshalb ebenfalls mit guten Gründen weitgehend die höchstrichterliche Rechtsprechung.[314]

Die Bedenken gegen die Lehre vom sozialen Handlungsbegriff sind ähnlich wie die gegen die Lehre von der objektiven Zurechenbarkeit: Beide zeigen einen Weg auf, der in einer feinsinnigen Rechtskultur so verführerisch naheliegt, Sachbeschreibung und Bewertung, weil sie ohnehin aufeinander bezogen sein müssen, auch schon begrifflich aufeinander zuzuschreiben. Der Begriff „sozial" ist aber, 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 soll[315]. 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, besser einen Menschen als den Verantwortlichen herausfiltern und sanktionieren will.

Mittelbar wird dem Betroffenen über die Handlung auch die Strafe von der Gesellschaft zugerechnet (oder auch nicht), und zwar grundsätzlich und nicht nur in zweifelhaften Grenzfällen.

4. Dogmatisch geht mit der Lehre von der objektiven Zurechnung zudem die Vorstellung von einer *subjektiven Zurechnung* einher.

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". *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?[316]

---

313 Mit ähnlicher Tendenz: Goeckenjan, Revision, 2017, 289 (Das an sich berechtigte -normative- Zurechnungskriterium habe bei den Vorsatzdelikte eine zu starke Eigendynamik entwickelt und Gesichtspunkte, die an anderer Stelle besser zu verorten sind, vereinnahmt).

314 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.

315 Vgl. Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 62; Kindhäuser, Handlung, 1980, 154; sowie schon insbes. Blei, Strafrecht AT, 1983, 74 f.

316 Koriath, Grundlagen, 1994, 17 ff, 98 ff.

Aus der Zurechnung folgt dann die persönliche Verantwortung, und gibt es neben der individuellen nicht auch eine kollektive Verantwortung?[317] Aus der *persönlichen* Verantwortung folgt dann die persönliche Strafe.

Die Schuld bildet dann etwa bei *Jakobs* eine Art von „Zuständigkeit“[318], die einem Mitglied der Gesellschaft zugeschrieben wird, um einen sozialen Konflikt auf eine bestimmte Weise lösen zu können.[319]

Diese Art von Zuständigkeit ist zwar an sich besser mit dem Begriff der (sozialen) *Scham* zu verbinden, etwa die „das Gesicht zu verlieren“, oder weil man mit der Tat die Familienehre in sozialen Misskredit gebracht hat oder weil man dabei entdeckt wurde, sich nicht an allgemeine sittliche *Anstandsregeln* gehalten zu haben. Aber unser Schuldbegriff umfasst -der Sache nach- die Scham mit, auch wenn wir die Schuldidee selten mit diesem Aspekt aufladen oder ihn gesondert diskutieren.[320]

Im Einzelnen ist herkömmlicher Weise wenigstens zwischen *objektiver* und *subjektiver* Zurechnung zu trennen.[321] Die objektive Zurechnung ist eng mit der Frage nach der einfachen Kausalität verwandt und setzt sie zunächst einmal

---

317 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, Metaphysik, 1797, AA VI , 223.; Weinberger, Norm, 1988, 148.

318 Jakobs, Strafrecht AT 1991, 7. Abschn. Rn 53.

319 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.)

320 Dazu Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 4 Kap. I 4 (152 ff.) „Schuld- und Schamgesellschaften, individuelles Gerechtigkeitsgefühl und kollektive Zuschreibung“. - Schuldempfinden und Schamgefühl gehören aber zusammen, auch wenn je nach Kultur der eine oder der andere Begriff überwiegt.

321 Koriath, Grundlagen, 1994, 98 ff.

voraus.[322] 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.

Bei der subjektiven Zurechnung spiegeln sich, wie bereits oben gezeigt, alle Probleme wider, die auch mit dem Verschulden und dem Verantwortlichmachen verbunden werden.

5. Methodisch können zudem sämtliche Elemente der *Strafbegründung* auch dazu dienen, den Grund und Gegenstand des Strafens zu beschreiben. Dazu die folgenden Beispiele:

*Kindhäuser*[323] 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“[324]. Es sei, setzt *Kindhäuser* folgerichtig nach, ein „*Kommunikationsakt mangelnder Normanerkennung*“[325].

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 oder sozialer Auswirkungen. Die Verletzung bestimmter Werte und nicht nur der intendierte Geltungsschaden begründet die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit einer menschlichen Handlung.

*Allwart*[326] 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

---

322 Zu „Zurechnung und Kausalität“: Gössel, Zurechnung, GA 2015, 18 ff.; zum „System der objektiven Zurechnung“: Puppe, System, GA 2015, 203 ff.

323 Kindhäuser, Handlung, 1980, etwa 16.

324 Jakobs, Handlungsbegriff, 1992, 44.

325 Kindhäuser, Grundfragen, 2001, 638

326 Allwart, Recht, 1987, u.a. 87, 126.

Bedeutung eines Wortes, so sei die Handlung nichts anderes als die Bedeutung eines Verhaltens.

Mit *Küpper*[327] 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*[328]: „Das Leben verlangt mehr als „Sprachspiele *wittgensteinscher* Art".[329]

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 anderen[330], ist ebenso zu bewerten wie die These, Strafe lasse sich nicht fassen, weil sie von ihren Voraussetzungen und Zielen abhänge. 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 vorrangig teleologisch von ihren Aufgaben her definiert. Sie erhebt eine Methode, die dazu dient, Grenzprobleme

---

327 Die intentionale Handlungslehre beruht, wie Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 68 ff. betont, etwa auch auf den Untersuchungen des Philosophen Wright, Erklären, 1984, u.a. 36, der seinerseits wiederum an das Werk von Anscombe (Anscombe, Causality, 1971) anknüpft.

328 Schneider, F., Philosophie, 1964, 127.

329 Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 71.

330 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.

einer Definition zu meistern, indem man Begriffe nach dem Normzweck auslegt, zum Hauptkriterium für deren Vorverständnis überhaupt[331]. 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.

6. *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* verknüpft, also der Machtseite des Unrechts, wie sie *Arndt Sinn* vorrangig *betont.*[332]

An die *Tatbestände* ist die Strafe allerdings nur in der Form der Strafrahmen 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 Rechtspersonalität.

Sozialpsychologisch beinhaltet der ethische Makel ein *Stigma* im Sinne eines Wunden- oder Brandmals.[333]

---

331 Vgl. auch Paliero, Selbstverständnis, 2000, 75 ff., 85: Es sei eine Auseinandersetzung mit der gesellschaftlich und typologisch vorformalisierten Handlung vonnöten.

332 Sinn, Freistellung, 2007, § 29 ("Strafrechtliches Unrecht als Machtmissbrauch"), § 36 ("Macht und die einzelnen Momente der strafrechtlichen Zurechnung"), als Parallelmodell zu der herkömmlichen vorrangigen Betonung der "Autonomie also Zurechnungs- und Freistellungsprinzip", § 5.

333 Aus sozialpsychologischer und religiöser Sicht grundlegend zu „Stigma und Charisma. Über soziales Grenzverhalten": Lipp, Stigma, 1985/2010, 76 ff. ("Schuld, Schuldzuschreibung, Schuldbewältigung"), darunter: 79 ff. ("defektive" und "kulpative" Stigmata als "Schuldphänomene"). 84 ff.: Zum Phänomen der Schuldbewältigung: "Kontrollprozesse (Stigmatisierung)", 91 ff. ("Entlastungsphänomene

Auf der Seite des Täters kann die Bemakelung statt zur künftigen Unterwerfung unter das demokratische Recht zu der (unerwünschten) Gegenstrategie der „Selbststigmatisierung“ führen: „Ich bin ein echter Gangsta“ (im Sinne des subkulturellen Gangsta-Raps). Diese Reaktion kann er mit passenden Tätowierungen kundtun. Sie zielt auf eigenes Charisma als Selbstverherrlichung und soll zugleich Minderwertigkeitsgefühle auszugleichen helfen. Im Vollzug wird dieses Selbstbild um vorstaatliche archaische Ehren-Riten ergänzt.[334])

7. *Subsidiäre Gefährlichkeit*. Wie immer ist auch die Frage nach der Alternative, hier zur Schuld in allen Formen, zu stellen. Zwar droht dem Täter dann keine Schildstrafe, aber das Strafgesetz sieht hilfeweise eine andere Art des *Freiheitsentzuges* vor. Aus der Sicht der subsidiären Sondernormen der Maßregeln der Besserung und Sicherung gilt der Täter ein *Gefährder*, der über *seine Gefährlichkeit* bestimmt wird.[335]

Dabei eröffnet die Leitidee des Strafens zur Prävention auch den Weg, die Maßregeln als die *eigentliche Grundnorm* zu betrachten, die nur von Regelform der *humaneren* Schuldidee überwölbt (und verdrängt) wird. Der Nachweis der Tat gilt dann als Nachweis für die Gefährlichkeit des Täters.

8. *Fazit*. Das Begriffsviereck lautet also „Strafe-Tat-Täter-Mensch“. Um die Beziehung von Tatunrecht und Menschenstrafe zu umreißen, waren nicht nur die vielfältigen Schuldbegriffe aufzuzeigen, sondern zudem Handlung, Zurechnung, Täterschaft auszufächern.

Die gesamten *Voraussetzungen* der Straf-Rechtsfolgen (Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld) stellen also *mittelbar* einen wesentlichen Teil der jeweiligen *straftheoretischen* Ausrichtung dar. Umgekehrt kann auch jede Lehre zu diesen vier Tat-Elementen aus den *teleologischen Erwägungen* über die

---

(Destigmatisierung), 100 ff., insbes. 100 (als "Gegenstrategie“ die "Selbststigmatisierung"). 167 ff ("Selbststigmatisierung - Funktionen und Folgen"), unter anderem: 172 ff. ("Selbststigmatisierung als Redefinierung der Situation"). Dazu: Strafrechtswissenschaftlich: Fischer, Natur, 2017, 33 ff. („Natur, Moral, Stigma – Bemerkungen zur Frage, wie Schuld in die Welt kam“).

334 Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 37, Rn 4 („informelle Normensysteme“ als „inmate codes“, die Rache und Selbstjustiz als gerechtfertigt ansehen“, vgl. zur hohen Zahl von vollzugsinternen Aggressionsdelikten auch Rn. 14), vgl. auch Rn. 10 (zum internen „Integrationszwang“ und dem „Aushandeln“ der jeweiligen Positionen beim Vollzugsbeginn).

335 Zur Paarung von „Schuld und Gefährlichkeit“: Zabel, Schuld, 2017, 201 ff. („Schuld und Gefährlichkeit. Über Freiheitsängste und Täterhybride“).

Folgen ihrer Lehre für „Sinn und Zweck des Strafens überhaupt“ ihren Nutzen ziehen und sie daran erproben.

Eine soziale Ausrichtung oder Einfärbung von Schuld, Handlung, Zurechnung, Täterschaft führt, so lautet schon einmal eine erste Annahme, zu einer vorrangig *präventiven Straftheorie*, die aber immer noch mit der sozialen Schuld als der rechtspersönlichen Zurechnung arbeitet.

Die Zurückdrängung der Präventionsidee liegt einer jeden *schuldvergeltenden* Straftheorie zugrunde, die präventive Gedanken zwar nachrangig, aber auch und vor allem für die Frage nach der Vollstreckung der Strafe im Strafvollzug verwendet.

Vereinfacht sind danach zwei Blickwinkel im Angebot, von denen jeweils einer den Vorrang genießt:

- Von *außen* betrachtet die *Verfassungsgesellschaft* im Sinne des Art 20 I GG die Tat und den Täter. Sie rechnet einem Menschen die Taten als die Seinen zu und etikettiert ihn mit personalen Rollen.
-
- Von *innen* betrachtet ist der *Täter* universell ein „freier und würdiger Mensch“ im Sinne der Art 1 I, 2 I GG, der die Tat mit seinem Unrechtsbewusstsein zunächst einmal vor sich verantwortet und der sich frei für die Unrechtstat entschieden hat.

## III. Sonderbegriffe: Strafzumessungsperson und prozessualer Tatbegriff; Oberbegriffe: Bewertungsnorm und Verbrechen

1. Weitere Ausformungen, die dem jeweiligen Sinn und Zweck geschuldet sind, bilden die Strafzumessungsperson und der prozessualen Tatbegriff sowie die beiden Oberbegriffe Bewertungsnorm und Verbrechen.

*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, die zwar auch, aber nicht nur Täterelemente enthält. Denn Strafen erleiden (würdige und freie) Menschen und nicht ihre Taten, auch wenn sie „wegen“ ihrer Delikte bestraft werden. Je stärker aber auf Individualprävention gesetzt wird, desto mehr gewinnt der Charakter des Täters an Bedeutung. Dafür bietet das individualpräventive Jugendstrafrecht ein gutes Beispiel, dessen Strafzumessung mit *Streng* zwischen „Tat und Täterstrafrecht“ angesiedelt ist. [336]

Insofern ist zu differenzieren. Die Personenidee ist *unterhalb* der unantastbaren *Menschenwürde* gemäß Art. 1 I in Verbindung mit Art. 79 III GG 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 Mordtäters 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.

---

336 Zur „Jugendstrafrechtliche Strafzumessung zwischen Tat- und Täterprinzip“ Streng, Strafzumessung, GA 2017, 80 ff. .

Wer auf die „Person“ abstellt, beschreibt damit den Menschen in seiner *Täterrolle*, wählt einen, wie sich zeigen, einer auch *präventiv* sinnvollen Begriff, Er vermag auf diese Weise allerdings auch den (weiterhin würdigen) Menschen von der unwertigen Tat, die jenen als Täterperson begangen hat, klug zu *trennen*. Der Täterperson wird die Freiheiten entzogen (Art. 2 GG), aber nicht der Anspruch auf die Achtung seiner Menschenwürde (Art. 1 I GG), Der Gegenbegriff des Menschen im Sinne der Menschwürde im Sinne des Art. 1 I GG nutzt das *Bundesverfassungsgericht* vor allem für die Strafvollzug und bei seiner Definition der *Schuldstrafe* (dazu später).

2. *Strafverfahrensrecht*. Der notwenige *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 ausgerichteter.

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.[337]

Der (vorherrschende) prozessuale Tatbegriff verzichtet weitgehend auf eine normative-soziale Seite. Er passt im materiellen Strafecht also eher zu einer kausalen Handlungslehre.

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, vorbestimmt, die ihrerseits jeweils auf materiellen *Bewertungsnormen*[338] beruhen, die vorrangig an intendierten *Rechtsgutsverletzungen* ausgerichtet sind.

Typische gesetzliche Handlungsbeschreibungen, wie Töten, Brandstiften, Nötigen, Wegnahme, falsch Aussagen, Fälschen oder auch Führen eines

337 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.

338 Sinn, Freistellung, 2007, § 28 ("Bewertungsnorm vs. Bestimmungsnorm").

Kraftfahrzeugs beweisen die Berechtigung dieses Ansatzes. Sie zielen auf die Verletzung eines *Rechtsgutes*, das dann die Bewertung von *Art und Gewicht* des *Unrechtsgehaltes* in erheblichem Umfange mitbestimmt. Schon die gesetzlichen Strafrahmen ergeben sich aus einer solchen gesetzgeberischen *Vorwertung*.

Die Rechtsgutslehre geht von objektiv gedachten „Werten" aus und führt zur vergeltenden Vereinigungstheorie. Wer dagegen vorrangig auf den *Sozialschaden* abstellt, der unterstützt die präventive Sicht. Er sieht die *Gesellschaft insgesamt* als Hauptrechtsgut an.

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*[339] darauf hin, dass bereits *Beling* am Anfang dieses Jahrhunderts einen vollentwickelten Verbrechensbegriff gebildet habe, der laute:

"*Verbrechen ist die tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhafte, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellte und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung*".[340]

Das Verbrechen in diesem Sinne ist Gegenstand des *Schuldspruchs*. Er kann aber ebenso noch einmal von einem gesellschaftlichen Denkgebäude überwölbt und ausgeformt werden.

Dass also schließlich der Handlungs-, aber auch der Verbrechensbegriff durch die Brille einer jeden Straftheorie anders erscheint, ist mit *Kargl* noch einmal zu betonen.[341]

5. *Fazit*: Welchen Leitbegriff man auch im Strafrecht verwendet und wie man ihn definieren will, hängt immer -auch- mit der abstrakten Über-Frage nach Sinn und Zweck des Strafens zusammen. Zugleich prägen diese Begriffe selbst wiederum (induktiv) das Grundverständnis des Strafens.

339 Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 201 f.

340 Beling, Lehre, 1906, 7.

341 Kargl, Handlung, 1991, 526 ff. (zur Handlung), 529 ff. (zum Verbrechensbegriff), 545 ff.

## IV. Nachbetrachtungen: Drei Straf-, drei Handlungslehren; Menschen-Strafrecht; Täter und „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“

1. *Rückblick und Ausblick.* An dieser Stelle ist der Blick auf die Feinheiten des deutschen Strafrechtssystems und seine Begrifflichkeiten abzubrechen. Wegen deren Vielfalt und Komplexität sind einige Nachbetrachtungen anzustellen.

Die Schwierigkeiten, die eine jede Fachwissenschaft mit der exakten *Definition,* der von ihr verwendeten Grundbegriffe hat, sind bekannt, aber intrasystematisch in Kauf zu nehmen und sinnvoll, weil sie die Wissenschaftsfreiheit widerspiegeln.

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 dann, wenn auch nicht gänzlich, auf den *allgemeinen Sprachgebrauch* entweder umsteigen, oder ihn jedoch zumindest 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 oder als notwendige Voraussetzung der Strafe ansieht, ist genötigt, einen für sie *passenden* Begriff von Schuld, Handlung, Zurechnung und Täterschaft zu entwickeln, der sich an ihrem eigentlichen Schutzzweck oder auch Strafsinn ausrichtet. Er bietet, wenngleich einerseits *teleologisch* angelegt, andererseits auch nicht tautologisch zu verstehen, auch an den Folgen orientierte Aussagen über den Charakter der jeweilige *Strafbegründung*.

2. *Drei Strafideen 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 Strafideen zu den *drei großen Handlungslehren*.[342]

(1) Die eher naturwissenschaftlich orientierte *Individualprävention*[343] 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 in der Regel *letzte fremde* Akteur (im Sinne eines allgemeinen Regressverbotes). Insofern jedenfalls trägt auch der Begriff von der

342 Vgl. statt vieler: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 9 Rn 1 – 27.

343 Die kausale Handlungslehre genügt also auch: Liszt, Lehrbuch, 1919, § 28, 116.

„Akteurskausalität“[344]. 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 zusätzlich besondere *sozialreale Erfahrungssätze,* wie die 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. Der Urtypus der Handlung stellt aber die äußere und *miterlebbare* Verursachung eines Erfolges durch einen Menschen dar, und zwar ebenfalls erfahrungsgemäß sichtbar willkürlich. A erschlägt B. Aus dieser Erfahrung ergibt sich Wiederholungsgefahr.

(2) Die *ethische* Idee des Tatschuldausgleiches passt zur finalen 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“. Ich hätte die Tat aber auch *unterlassen* können. Die freie Absicht und auch das ethische pflichtwidrige Nicht-Unterlassen stehen im Mittelpunkt.

Die Fahrlässigkeitsdelikte beinhalten dagegen eine echte *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.

---

344 Renzikowski, Akteurskausalität, 2019, 379 ff., als Ergänzung zur Ereigniskausalität.

Die Unterlassungs- und die Fahrlässigkeitsdelikt beinhalten danach keine Sonderfälle, sondern sie verkörpern vielmehr den eigentlichen Kern und das Wesen sozialer Handlungen.

Selbst der einzelne Strafakt 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).[345]

(4) Die *Vereinigungstheorie* verlangt danach, diese drei Handlungslehren, mit welchem der drei Schwerpunkte 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-vorhersehen-können-und-müssen"-Konstruktion der Fahrlässigkeit erweitert.

3. *Diskussion*. Auch regiert offenbar ein jeweiliger *Zeitgeist* den 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*

345 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.

*Liszt*) aufgebrochen, die in scheinbar objektiver Weise rein beim äußeren *Erfolg* ansetzt und die Bewertung der gesonderten 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 *Eigen*verantwortung 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 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-säkularen" Gedanken *Habermas* und der Idee der von der „Rückkehr der Religionen" [346] zunächst einmal entspricht.[347] *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.

Dennoch: 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

---

346 Aufgegriffen von der Rechtsphilosophie: Hofmann, H., Recht, JZ 2003, 377 ff. („Recht, Politik und Religion") - „zur „Rückkehr des Religiösen".

347 Habermas, Bewußtsein 2007, 47 ff. („Ein Bewußtsein von dem, was fehlt. Über Glauben und Wissen und den Defätismus der modernen Vernunft"), 50 (Zu den „religiöse und metaphysische Weltbilder die ähnliche Lernprozesse in Gang gesetzt haben, gehören beide Modi, Glauben und Wissen, mit ihren in Jerusalem und Athen basierten Überlieferungen zur Entstehungsgeschichte der säkularen Vernunft. Diese moderne Vernunft wird sich selbst nur verstehen lernen, wenn sie ihre Stellung zum zeitgenössischen, reflexiv gewordenen religiösen Bewußtsein klärt, indem sie den gemeinsamen Ursprung der beiden komplementären Gestalten des Geistes aus jenem Schub der Achsenzeit begreift.").

*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.

4. *Menschen-Strafrecht*. Zu überlegen ist, ob wir unser Strafrecht zukünftig nicht auf der ethischen Ebene der „Tatschuld" weiter und im Sinne der Menschenrechte 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 stellt eine große Errungenschaft der deutschen Tradition des Rechtsidealismus dar.

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 unrechtsmäßigen 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 erleiden aber kein Ausgestoßener, sondern ein freier Bürger und 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 vertypten Tat von ebenso großer Bedeutung. Demgemäß ist die Schuld und nicht etwa der Tatbestand von so großem 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 sie 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 Menschs*ein* und den *unwertigen Taten* des Menschen trennen, erschient auch die weit griffigere Kurzfassung als *Menschenstrafrecht* noch als sachgerecht.[348]

Allerdings muss für die straf- und die verfassungsrechtliche Relevanz dieser Einsicht dem Verurteilen, 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*.

5. *Täterschaft und „Freiheit, Gleichheit und Solidarität".* Während das deutsche Verfassungssystem zuvorderst auf die Menschenwürde abstellt und Freiheit und die Gleichheit ihr nachfolgen lässt, ist der gesamte Westen vom Motto der französischen Revolution „Freiheit, Gleichheit und Solidarität" vor geprägt, wobei Solidarität auch die Humanität oder Mitmenschlichkeit miterfasst und also insofern Elemente der Menschenwürde mit abdeckt, wenngleich eher als

348 Zur verwandten Idee der „Menschenrechtsstrafe" aus rechtphilosophischer Sicht: Montenbruck, Strafrechtsphilosophie, 2010, 125 ff. („Zwölf Thesen zur Menschenrechtsstrafe").

zuteilende Fürsorge. Die Grundrechtecharta fasst im Übrigen beides in ihrer Präambel und in ihrer Abschnittsgliederung zusammen: „Menschenwürde“ (mit Lebensschutz) und danach „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“. Damit ist allerdings die Freiheit, wie in Art. 2 GG, enger auszulegen.

Aus der Sicht des alten Dreiklanges von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ lassen sich „Täter und Strafe“ wie folgt erklären: -
- Mit der Tat legt der Täter sich „Freiheit“ in verbotener Weise aus, er erfährt unberechtigter Weise seine Tatherrschaft.
- Diese -unberechtigt- genommene Freiheit ist mit Strafe auszugleichen, damit alle Menschen vor dem Recht „gleich“ sind.
- Aber die Strafe erfolgt auch in humaner Weise, und zwar aufgrund des „Solidaritäts- und Mitgefühls -auch- mit dem Täter, als einem Mitmenschen, der er bleibt.

6. *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 nahezulegen 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 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 *Kriegs*modell 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 säkularen Höchstwert erhält. Er kann auch noch religiös überwölbt 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.

7. *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 zudem nachdrücklich vom Menschsein und der Menschenwürde zu trennen. Vier außerrechtliche und laienhafte Straferwägungen drängen sich ferner auf und waren anzusprechen: die Paarung von actio und reactio, der Egoismus, die Strafe als semireligiöses Widergutmachungsopfer. Der Ausblick auf das Schuldprinzip, die Prävention und die Person des Täters sollte den Blick dann nach innen und auf den strafrechtswissenschaftlichen Kern der Straftheorie lenken.

## V. Zwei präventive, zwei vergeltende, zwei erkenntnistheoretische Strafideen; Sonderpaarung: verfassungsschützendes Feind- und versöhnendes Nächstenstrafrecht

1. Zurückblickend auf den *Allgemeinen Teil* und schon vorausschauend zum *Besonderen Teil* bietet es sich zudem an, über die grobe *Ordnung* der vielen einzelnen Ideen nachzudenken.

*Vier statt drei Theorien*. Im Kleinen ist zunächst nur eine Ergänzung vorzuschlagen. Die üblichen drei großen Strafbegründungen der Vereinigungstheorie sind besser gleich auf *vier* zu erweitern.

Sie lauten dann:

- Generalprävention,
- Individualprävention,

- Gerechtigkeitsstrafe (oder Tatausgleichs- oder Vergeltungsstrafe) und
- Schuldstrafe im Sinne von höchstpersönlicher oder auch Menschen-Schuld.

Die Ausgleichs- (Gerechtigkeits- oder Vergeltungs-) Strafe stellt *ohne Ansehung* der Person vor allem auf die *Tat* ab. Es regiert sie der blinde Grundsatz von actio und reactio.

Die Schuldstrafe ergibt sich dagegen aus dem höchstpersönlichen Ausmaß der Verantwortung eines ganz bestimmten *Menschen*, also in „Ansehung der Person" des Täters. Die Personenidee aber wird verfassungsrechtlich überwölbt und durchdrungen vom Menschsein im Sinne des Art. 1 I GG. Um diese Ausprägung des Höchstpersönlichen zu verdeutlichen, ist von „Menschenschuld" zu sprechen.

Dem entspricht auch die *Strafvollstreckung* im menschenwürdigen Behandlungsvollzug.[349]

Auf diese Weise gliedert auch der Gesetzgeber die Tatbestände des Strafrechts. Diese verbindet er mit einem groben *Strafrahmen*, der halbabstrakt pauschal den Grad des Unwertes angibt. Dagegen bildet die höchstpersönliche oder auch Menschen-Schuld die Grundlage der konkreten Strafbemessung. Die Strafrahmen können zwar auch noch aufgrund von Schuldmilderungsgründen abgesenkt werden. Diese Aufgabe überlässt das Gesetz aber dem *Gericht*.

2. *Zwei Paarungen*. Auch lassen diese vier Strafbegründungen sich auf die alte *Zweiteilung* zurückführen: *Vorbeugen* und *Vergelten*.

Insofern formen die vier Strafidee nicht nur zwei Paare. Ein Paar regiert, wenn man es denn so deuten will, auch gleichberechtigt und *gemeinsam* die *Prävention* und das andere Paar beherrscht die *Restauration*.

Die Begriffs- und Ideenpaare *ergänzen* und/oder sie *widersprechen* einander. Und zumeist erklären sie auch einander. In der Regel treten sie deshalb gemeinsam auf. Selbst der einzelne Begriff lebt und erklärt sich erst wirklich durch die Paarung mit seiner *Negation*, und er verlangt nach der Trennung von

---

349 BVerfG Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Mai 2018 - 2 BvR 287/17 - Rn. (1-46), Rn 30: „Androhung und Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe finden ihre verfassungsrechtlich notwendige Ergänzung in einem sinnvollen Behandlungsvollzug (vgl. BVerfGE 45, 187 <238>; 64, 261 <272 f.>; 109, 133 <150 f.>)".

seinen engsten Verwandten. Insofern benötigen und haben wir für die grobe Bestimmung des Wesens des Strafens eine Art von Begriffs- und Ideenfamilie.

So kann man diese beiden Paarungen aus guten Gründen auch als *komplementäre* oder *dialektische Paarungen* einordnen. Dementsprechend bildet die „Erschütterung der Rechtstreue der Allgemeinheit" den Kern der (sozialen) *Generalprävention*. Diese Art von Ruf der Allgemeinheit nach Strafe, der befriedigt werden soll, um Selbstjustiz zu unterdrücken, ist von hoch emotionaler Art. Mit diesem Ansatz sind *Überreaktionen* zu befürchten, und zwar auch solche eines demokratischen Gesetzgebers, der diesem populistischen Gedanken folgt.

Will er diesem Druck entgehen, so benötigt er dafür gute Gründe. Diese liefert ihm die *rationale* Idee und der *empirische* Grundansatz der Individualprävention: Der Strafvollzug, derjenige vor allem der kurzfristigen Strafen befördere den Rückfall. Dasselbe gelte für einen bloßen Verwahrvollzug ohne Resozialisierungsangebote und ohne die Aussicht auf vorzeitige Entlassung, allerdings nur auf Bewährung.

So hat auch aus historischer Sicht *von Liszt* mit seiner progressiven Schule für generelle Strafmilderung gesorgt. Ihr Widerpart war zwar formal eine Gerechtigkeits- und Vergeltungslehre. Aber im Hintergrund ging es um eine konservative Rechtspolitik. Die verletzte *Rechtstreue* dürfte eine erhebliche Rolle gespielt haben und der Straftäter als einzelner Mensch ohnehin ausgeblendet gewesen sein.

Auch passen jedenfalls aus dialektischer Sicht die Betonung *emotionale* Seite der Generalprävention und die Hervorhebung der *rationale* Grundausrichtung der Individualprävention gut zueinander.

Die zweite Paarung lässt sich analog dazu ausformen: Die *blinde* mechanische Vergeltungs- als Gerechtigkeitsidee, die eigentlich für den Warenverkehr gedacht ist, führt zur *Strafschärfung*. Der Gerechtigkeitsansatz gewinnt aber dann an kluger Vernunft, wenn man ihn mit der höchstpersönlichen oder auch Menschen-Schuldidee zu einer Paarung verbindet. Denn diese Sichtweise „in Ansehung der Person", deren „sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse, oder gar auch die Gesamtwürdigung als Mit-Mensch, führt in der Regel zur *Strafmilderung*.

3. *Zwei weitere Paarungen.* Auf einer höheren Ebene lassen sich noch zwei weitere Paarungen erkennen, die auch für die Frage nach der *Willensfreiheit* von erheblicher Bedeutung sind.

Diese Paarung bilden wiederum vereinfacht der *objektive Naturalismus* und der *subjektive Idealismus* einerseits und das Methodenpaar mit der Suche nach dem *absoluten Sinn*, hier der Strafe, und dem *relativen Zweck*. Man könnte auch fragen: Soll abstrakt oder konkret gedacht werden? Die praktische Frucht solche biopolarer Ansätze gleicht den verschiedenen Kindern einer Elternpaares. Sie entwickeln die elterliche Anlagen auf ihre Weise fort und formen sie zu einem eigenen lebendigen System. Aber die Eltern und manchmal auch die vier Großeltern sind in ihnen noch gut erkennbar und die Aufgaben, die sie zu leisten haben, sind ebenfalls von ähnlicher Art.

Diese theoretischen Paarungen stehen je nach Ansatz *dualistisch* scharf nebeneinander oder sie befruchten einander komplementär oder sie verfügen über eine dialektische Beziehung. Darüber wird im „Fundamentalen Teil“ und im „Komplementären Teil“ weiter nachzudenken sein.

Offenkundig ist aber schon einmal, dass diese Objekt-Subjekt-Paarungen sich ebenfalls in eine der beiden Familien einordnen lässt: Der objektive Naturalismus (deterministisch, kausal, wertfrei und relativistisch oder auch funktionalistisch) passt zur *Prävention* und verobjektiviert (auch) den Menschen.

Der subjektive Idealismus geht von der *inneren Autonomie* des Menschen aus. Er bejaht das absolut gesetzte Dogma der Willensfreiheit, er betont die Gerechtigkeitsethik mit einem binären Wert- und Unwert-Denken und er befürwortet die höchstpersönliche Schuld des würdigen Menschen.

4. *Zwei weitere Sonderlehren*. Diesen vier Paarungen sind noch zwei konträre Sonderlehren anzufügen:

- das *verfassungsschützende Feindstrafrecht*, insbesondere als Terrorismusabwehr und dem Einsatz des Verfassungsschutzes sowie
- das Freundstrafrecht, oder besser: das *versöhnende Nächstenstrafrecht* als Fortentwicklung des Bürgerstrafrechts.

Die Idee des Feindstrafrechts knüpft an die Lehre von *Jakobs* an. Der Zusatz *„die Verfassung schützend“* stellt m. E. den Staatschutz- und Notstandskern passend heraus.

Die Idee vom *versöhnenden Nächsten-Strafrecht* beruht dabei auf der Menschwürde-Idee des Art. 1 I GG und dem Sozialstaatsprinzip, Art 20 I GG.

Danach ist jeder Mensch ein Mitmensch und gilt nicht nur als ein solcher. Der Versöhnung dient das Strafrecht danach insofern als individualpräventiver

Gesichtspunkt der *Strafaussetzung zur Bewährung* und der *Resozialisierung im Vollzug*, die in Anlehnung an das *Bundesverfassungsgericht* ebenfalls aus der Menschenwürde abgeleitet werden. Diese Institute dienen dann dem idealen *Endzweck*, den verurteilten Mitmenschen zu *versöhnen*, und zwar mit seinem eigenen Gewissen und mit seiner (autonomen) Vernunft, die den kategorischen Imperativ beachtet. Dann wird er -deshalb- künftig nicht mehr straffällig. Zugleich versöhnt er sich auf diese Weise auch mit den anderen Menschen und der Gesellschaft, die ihm die Resozialisierungsangebote *durchgehend* wiederholend unterbreiten, weil er ihr Nächster und einer der Ihren ist.

*Sühneleistungen* zur Buße bilden dabei die mit ihm abgestimmten Auflagen, etwa eine Geldbuße an gemeinnützige Vereine zu leisten oder auch die Teilvollstreckung einer Freiheitsstrafe weitgehend im offenen Vollzug.

Gestärkt wird die *allgemeine* Idee vom *Nächstenstrafrecht* durch den Prozess: Der Täter steht als Angeklagter in die *öffentliche*n Hauptverhandlungen -als *individuelle Rechtsperson* und *räumlich nahe*- vor uns. Wir erleben ihn in dieser Rolle und er gilt uns zudem bis zur Rechtskraft des Urteils als *unschuldig*. Zudem *individualisieren* wir auch öffentlich die Tat und suchen nach möglichen Bewegründen. Von der Tatbegehung überzeugt, misst das Gericht dann, das in etwas schwereren Fällen auch mit Laienrichtern besetzt ist, „im Namen des Volkes“, also unserem Namen, dem überführten Täter eine konkrete Strafe zu, die es auf diesen Täter und diese Tat bezieht.

5. *Fazit*. So lässt sich der *gesamte Diskussionsraum der Strafideen* (zumindest) mit vier *Dualismen* grob abstecken und zugleich die Komplexität der Aufgabe offenlegen:

- emotionale General- und rationale Individualprävention,
- blinder Tatausgleich und höchstpersönliche oder Menschenschuld,
- objektiver Naturalismus und subjektiver Idealismus,
- absoluter Sinn und relativer Zweck.

Diese ersten zwei Paare gilt es im Besonderen Teil, so gut es im Rahmen der vorherrschenden Vereinigungstheorie überhaupt wissenschaftlich möglich ist, *gesondert* auszuleuchten.

## 5. Kapitel

## Grundkonsens und Widersprüchlichkeit der Vereinigungstheorie

### I. Konsens über Dogma und Evidenz der Notwendigkeit zu strafen, Freiheit zu Gewalt und Ethik, Antinomie der drei Strafbegründungen

1. Die Betrachtung der Diskussion der Strafidee erlaubt einen vorherrschenden, wenn auch nicht ganz unstrittigen *Grundkonsens* in drei Fragen 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 fast *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 willkürliches Strafen gilt uns offenbar noch als ein Strafen. Das Strafrecht dient insofern vor allem dem Ziel, das allgemein verbreitete Strafen mithilfe des Rechts zu *zivilisieren*. Insofern erweist das Strafen sich, jedenfalls für unsere Rechtkultur, 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 er, 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 tragender Begründungen der Strafe offenlässt.

2. *Freiheit zu Gewalt und Ethik*. Dennoch kann man versuchen, diese Evidenz mit rechtsanthropologischen Gedanken[350] zu untermauern: Die *Grundfähigkeit des Menschen* zu

- Gewalt,
- List und
- Treubruch

stellt offenkundig den negativen Ausdruck seiner *Handlungsfreiheit* dar. Seine positive Gegenfähigkeit besteht darin, sich mit

- Ethik,
- Recht und
- Prozessen

selbst zu zivilisieren, das heißt, *sich selbst zu beherrschen*.

Auf diese Weise vermögen wir in demokratischer Weise für uns selbst eine einigermaßen geregelte *Kooperation und Kommunikation* zu sichern. Wir können gesamte technische Welten aufzubauen, ohne aber, wie die staatenbildenden 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 angemaßter Macht über fremde Güter ruft. Abmildert wird der strenge Ausgleich durch empathische *Solidarität*. „Freiheit, Gleichheit und Solidarität" bestimmen also 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 „sind", folgt nicht, dass sie auch wirklich vernünftig sind, aber sie „sollten" es sein.

*Konsens auch über die Standartkritik*. Die *Einwände* gegen die sogenannte Vereinigungstheorie sind im Wesentlichen ebenfalls bekannt. Viele Autoren

350 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.).

haben sie schon aufgelistet.[351] 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, naturwissenschaftliche Individualprävention und ethischer Tatschuldausgleich, kann man auch zugespitzt von einem letztlich unauflöslichen *Trilemma* der drei großen einzelnen Strafideen 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.[352] Der kulturellen Welt sind die sozialen Sichtweisen der *Allgemeinheit* sowie auch das lebendige Recht als solches zuzurechnen.

---

351 Vgl. etwa Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 41; Heinrich, Strafrecht AT, 2019, § 2 I bis III, Rn 19; Rengier, Strafrecht AT, 2019 § 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, 2019, Rn 21 ff.; Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2017, § 2 Rn 9 ff.; Krey/Esser, Strafrecht AT, 2016, Rn 132 – 154; Frister, Strafrecht AT, 2019, 2. Kap. 1 ff.

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.

352 Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932/2003, 31 (25). Neumann, Methodendualismus, 2015, 25 ff. , („„Methodendualismus“ in der Rechtsphilosophie des Neukantianismus. Positionen zum Verhältnis von Sein und Sollen bei Gustav Radbruch“.) Ausführlicher aus der Sicht des Verfassers: Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 3. Kap. III, insbes. 133, zudem: 6. Kap. II („Drei Welten: Humanismus, Naturalismus und kultureller Pragmatismus“, 256 ff).

Aus kritischer wissenschaftstheoretischer Sicht lautet der Einwand also: Die Vereinigungstheorie erfüllt nicht die Voraussetzung der Widerspruchsfreiheit.[353] 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 Probleme einzufordern. Die Logik-Kritiker werden 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 diese 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, soweit sie nicht doch aufgelöst werden können, in der Demokratie auch von den Strafenden zumindest *auszuhalten* und sie sollten ihr Gewissen drücken.

4. *Standartbeispiele für die Widersprüchlichkeit.* Die typischen Beispiele für die Widersprüchlichkeit lauten:

- *Exemplarische Härte bei Massenkriminalität*. Bei *Massenkriminalitä*t 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.

353 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").

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 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.

- *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*)[354], so spricht viel dafür, dass er nicht wieder in ähnlicher Weise mit dem Gesetz in Konflikt geraten wird. Eine angemessen hoher Tatschuldausleich muss dennoch sein und die Allgemeinheit muss erkennen können, dass solche Taten der Selbstjustiz grundsätzlich verboten sind

- *Sozial integrierte Ausschwitztäter*. Entsprechendes gilt auch für einen seit Jahren voll integrierten *Auschwitz-Täter* (oder DDR-Mauerschützen). Mit dem 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.[355]

Hinter der Antinomie der Strafidee steht ein janusköpfiges Menschenbild. Die Strafe zu Präventionszwecken sieht den Menschen entweder als tatgeneigt, labil und durch Strafe beeinflussbar an[356] oder unterstellt, er neige emotional aufgeladen zur blinden Selbstjustiz. In beiden Fällen erscheint er *determiniert*. Das Verantwortungsprinzip begreift ihn hingegen als autonomen (und

---

354 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.

355 Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017, § 9 Rn 6 (zur Antinomie der Strafzwecke und zum Haustyrannenfall).

356 Zur entsprechenden Kritik insbesondere der Generalprävention siehe zunächst Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff. , 64 f.

souveränen) Herrn[357] 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. *Rechtspragmatik*. 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 auszusetzen hat (§ 56 StGB). Für diesen zweiten Akt ist die günstige Sozialprognose, also die *individualpräventive* Sicht und nicht die Tatschuld maßgebend.[358] 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.[359]

Ein Vorschlag des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages, auch Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren zur Bewährung aussetzbar zu machen, fand keine Mehrheit. Denn 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

---

357 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.

358 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/Heger, StGB, 2018 , § 56, Rn 2; BGH 29, 319; NStZ 1988, 309.

359 Vgl. BGH StV 1986, 529, NStZ 1987, 21, StV 1993, 243.

zwei Jahren davon auszugehen, dass eine recht gewichtige Tat vorliegt.[360] Kurz: Die Erhaltung der Rechtstreue nötigt offenbar zur zu vollstreckenden Freiheitsstrafe.

Die fachwissenschaftlich gestützte Begründung für den Vorschlag zur gemäßigten Ausdehnung des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung lautet dagegen, 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 Gegenausnahme 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). [361]

Was der Gedanke der Individualprävention nahelegt, hemmt die Idee der Generalprävention. Bei schwereren Delikten 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

---

360 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.).

361 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. 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.

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 Element[362], 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 Sicherungsinteresse das Prinzip des Tatschuldausgleichs.

(5) Schließlich, und in der Literatur wenig beachtet, ist das Strafgericht 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*[363] 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 stellen[364].

Damit jedoch stellt er sich zumindest gegen die Annahmen des Gesetzgebers. Der Bundesgesetzgeber 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

362 Küpper, Grenzen, 1990, 57

363 Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, 349 ff., 364 f.

364 Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, 349 ff., 366.

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* beträfen. 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 führen[365].

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 strengem 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 schon frühzeitig 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 Erklärungsnöte. Er muss insbesondere erläutern, gegen welches so außerordentlich wichtige Rechtsgut der Drogenhandel verstößt. Erklärungen wie, die „Volksgesundheit" sei gefährdet[366], befriedigen nicht.

7. *Forderung nach Einheitslehre*. *Küpper* wiederum mahnt eine Begründung dafür an, dass das Strafrecht überhaupt auf einem einzigen Strafzweck beruhen

---

365 Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983, 60 f. Auch der BGH will diesen Begriff nicht nur im Sinne spezieller Generalprävention verstehen, BGH 24, 40, 43 ff.

366 Zur entsprechenden Begründung vgl. Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 2019 , § 1, Rn 6, § 29, Rn 141.

müsse. Es sei auch daran zu denken, die Strafbarkeit bestimmter *Täter- und Tatgruppen* auf jeweils spezielle Strafzwecke zu stützen.[367]

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 Freiheits- und in sie umrechenbare Geldstrafe, zum Verzicht auf Vielfalt. Zudem sind sie auch gemeinsam im Hinblick auf die verbrieften Grund- und Verfassungsrechte zu rechtfertigen, insbesondere in Bezug auf die Fortbewegungsfreiheit gemäß Art. 2 II GG.

Die gewünschte 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, beinhalten 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 üblichen, wenn auch recht einseitigen *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 Deliktsgruppen einzelne Lehren anzubieten, überzeugt nicht recht. Denn die Rechtsfolge Strafe sieht das auch sogenannte Strafgesetzbuch *gleichermaßen* für alle Delikte vor.

Allerdings liegt es nahe, einen *Kernbereich* herauszuschälen. So ist vorrangig (aber nicht nur) auf die *vollstreckte Freiheitsstrafe* wegen *schwerer*

[367] Küpper, Grenzen, 1990, 59.

*Gewaltdelikte* zu blicken, und zwar hier im weiten kriminologischen Sinne *einschließlich der Tötungsdelikte*[368] und auf die vollsteckten Freiheitsstrafen für die *hartnäckigen Wiederholungstäter* bei den sonstigen Delikten. Der *Strafvollzug* prägt unser Bild von der Strafe, und er stellt aus verfassungsrechtlicher Sicht den schwersten Eingriff in die Grundrechte in Friedenzeiten dar.

## II. Trennung von Strafgrund und Strafzweck oder zwischen Rechtfertigung, Wesen und Zweck der Strafe

1. Zudem bietet die Strafrechtswissenschaft kluge Versuche, das Antinomie-Problem durch andere Unterscheidungen zumindest abzuschwächen. Methodisch erscheint dies zumindest für eine rationale und nicht rein emotionale Strafbegründung auch ein naheliegender Weg.

*Trennung von Strafgrund und Strafzweck.* 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* und *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*“.[369] Auf „Strafe“ antworte man meist „Wofür?“ und nicht in erster Linie „Wozu?“ Denn Strafe sei für uns in erste Linie „*Retribution*“ und die „*Sprachregeln…spiegeln die Strukturen der sozialen Institutionen*“.

Dem ist zwar zuzustimmen, aber die Straftheorie fragt anders, nicht nach dem Wesen 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 betrachtet 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.

368 Siehe Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 45 Rn 12.

369 Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 102 f.

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 herausschälen, sie aber auch dann 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, wenngleich sie unterschiedlich zu gewichten sind. Eine solche rechtsmethodische ausgeführte dann aber mit systemischen *Gesamtabwägung* abgeschlossen Auslegung erzwingt, rückwärts gelesen und abstrahiert, immer einer Art von bunter *Vereinigungslehre*.

Die Rechtsmethodik, die auf konkrete Fälle und Gesetze zugeschnitten ist, lebt also ohnehin mit Verbundansätzen. Diese gehen zudem mit einer Willensentscheidung der jeweiligen Entscheider (Gesetzgeber, Gerichte, Vollzugsbeamte) einher. Eine solche argumentative Art des Denkens spiegeln auch die Strafrechtswissenschaft mit ihren Theorieangeboten, und auch die Entscheidung der einzelnen Autoren für ihren Ansatz.

Andere Autoren[370] erklären mit ähnlicher Intention, 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.

2. *Dreifaltige Trennung. Jescheck*[371] 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*" sei[372]. Ohne sie würde die Strafgewalt sich selbst aufgeben (*staatspolitische* Rechtfertigung). Ohne sie entstünden Lynchjustiz und Privatstrafe. Deshalb habe die Gemeinschaft ein

---

370 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.

371 Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 66.

372 Unter Hinweis auf Schmidhäuser, Sinn, 1971, 74 ff.; Maurach, Wesen, 1960, 26 ff.; Lenckner, Strafe, 1972, 3 ff., 21.

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, sozialethischen Unwerturteil über den Täter wegen der von ihm schuldhaft begangenen Rechtsverletzung*"[373]. Sie finde ihren Ausdruck darin, dass sie den Schuldigen in seiner Rechtsstellung als ein Übel treffe, seine Freiheit, Vermögen, Freizeit, soziales Ansehen beeinträchtige.

Der *Sinn* der Strafe, den *Jescheck* auch als „Zweck" des Bestrafungsaktes beschreibt, 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.*

*Vergangenheit und Zukunft. Jescheck*[374] trennt zudem unter Hinweis auf den Naturrechtler *Grotius*[375] zwischen zwei Grundgedanken, aus denen *seit jeher* der Sinn der Strafe entwickelt wird: *Vergeltung* und *Vorbeugung*. Damit neigt auch er Trennung in Strafgrund und Strafzweck zu:

Blicke man auf die *Vergangenheit*, wolle man durch die gewollte Zufügung des mit ihr verbundenen Übels einen Ausgleich der geschehenen Rechtsverletzung herbeiführen.[376] 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 Übel[377].

Allerdings differenziert auch er, und zwar sachgerecht. Anknüpfungspunkt für die Vergeltung sei die *Tatschuld*. Die Vorbeugung sei an die *Gefährlichkeit* des Täters gebunden. Sie sei sogar, so fügt *Jescheck* hinzu, „i*n einem weiteren Sinne (an) die in jedem Menschen angelegte Bereitschaft zur Begehung strafbarer Handlungen*" geknüpft. Auch ließen sich Vorbeugung und Vergeltung

---

373 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.

374 Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 66 f.

375 Grotius, De Jure, 1631/1950, Cap. XX, § 1, 1: *Malum passionis propter malum actionis*.

376 Grotius, De Jure, 1631/1950, § 4, 1.

377 Zu den strafrechtlichen Erwägungen von Grotius siehe Simson, Grotius, 1985, 651 ff.

miteinander *verbinden*[378] 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 dient, also „Generalprävention durch Schuldausgleich".

*Jescheck* betont zudem eine weitere wichtige Erkenntnis. Vergangenheit und Zukunft sind über die *Gegenwart* (etwa des Urteils) miteinander verknüpft. Ohne die *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 auch 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 sozialethisches 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 sozialethischen 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 vorstaatlichen Buße abstellen kann.

4. *Vierfache Strafgründe*. *Gössel*[379] will zunächst unter Hinweis auf *Schopenhauer*[380] in ähnlicher Weise zwischen dem Real- und Erkenntnisgrund,

---

378 Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 69.

379 Gössel, Wesen, 1988, 3 ff.; siehe auch Schild, W., Ende, ARSP 1984, 71 ff., 72.

dem Final- oder Zweckgrund und dem Sollens- und Rechtsgrund[381] unterscheiden:

Als *Realgrund* sei die wirklich existierende Straftat zu sehen, letztlich aber auch die künftige Gefährlichkeit des Täters, denn die entsprechende Prognose beruhe auf realen Tatsachen.

Der *Erkenntnisgrund*[382] 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)[383].

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* an[384] und vertritt andererseits die Überzeugung, der Streit der Straftheorien sei mit Hilfe des Satzes vom Grunde zu schlichten[385]:

*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

---

380 Schopenhauer, Wurzel, 1891, 8. Kap., § 49; zum Realgrund verweist Gössel auf die entsprechenden Überlegungen von Hartmann, Möglichkeit, 1966, 37.

381 Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 8 f. Zudem verweist Gössel auf dieselbe Differenzierung bei Laun, Satz, 1956; sowie Spendel, 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.

382 Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 11 f.

383 Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 13.

384 Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 22.

385 Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 25.

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.

*Gössel* meint hingegen, eine Antinomie der Strafzwecke bestehe somit nur noch *innerhalb* der Art der Prävention: durch Sicherung oder durch Besserung[386]. Über den „sinnvollen Einsatz" dieser beiden Strafzwecke wolle er nichts Abschließendes sagen[387].

5. *Diskussion.* 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 methodische 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

386 Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 23.

387 Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 24.

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 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 Vernunftgründe, die wir suchen, können vielfältig sein, aber sie müssen demselben methodischen Zweck dienen, das offenbar evidente Strafbedürfnis zu rechtfertigen.

Einerseits stellt also „die Strafe" eine Einheit dar und diese Sanktion 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 deshalb Folgendes:

Die Widersprüche sind zunächst zwar einzeln zu betrachten, wie oben geschehen. Aber sie sind als solche 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.

6. *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 Rückfalltäten §§ 66 ff. StGB umrankt die eigentliche Strafe.

Zwar kommt neben der *liberalen* Begründung der bedingten Entlassung auch die Idee einer Art des *Versöhnungsvertrags* 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.[388] Historisch gelesen stammt die Aussetzung zur Bewährung jedenfalls aus der *empirischen* Gedankenwelt der Individualprävention.

7. *Zwischenbemerkungen*. Es bleibt also die Frage nach der möglichst positiven Rechtsfertigung von „Strafe überhaupt“, und deren Hauptgegenstand sollte die *reale Strafgefangenschaft* bilden. So sieht das Strafrecht allen Tatbeständen die Androhung von Freiheitsstrafe als den *gesetzlichen Regelfall* an.

388 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).

Die Freiheitstrafe ist allerdings - eigentlich, und was in der Straftheorie *wenig beachtet* wird- auch noch einmal auf die deutsche „*Zwei-Drittel"-Freiheitsstrafe* zu beschränken. Denn deren letztes Drittel ist -nach weit vorherrschender- Sicht von *präventiven* Erwägungen beherrscht, vgl. § 57 StGB.

Bei der Geldstrafe überwölbt übrigens die präventive Idee der symbolischen Denkzettelstrafe (und zumindest für die bürgerliche Mittelklasse) die tatsächlich geringen Einschnitten in die Freiheitsrechte und den Lebensstandard der Verurteilten.

Im Mittelpunkt sollte die Frage nach der Strafe als Zufügung eines Übels stehen. Gute Gründe dafür und die interne Diskussion von deren Art und Vielfalt sollten diese Realität nicht vollends überdecken.

## III. Trennung nach Gesetz, Urteil und Vollzug; drei Sichtweisen auf die Vereinigungstheorie, Methode der Subsysteme

1. *Aufteilung nach drei Phasen: Gesetz, Urteil und Vollzug.* Einem klugen schon älteren Vorschlag zufolge lassen sich die drei Elemente der Vereinigungstheorie verschiedenen Phasen des Strafens zuordnen.

Die Grundidee lautet:
- Das *Gesetz* habe vorrangig generalpräventive Aufgaben;
- das *Urteil* diene insbesondere dem gerechten Tatschuldausgleich;
- der *Vollzug* ermögliche die individualpräventive Besserung und Sicherung des Täters.

Auf diese Weise lässt sich dann auch das Trilemma der inneren Widersprüchlichkeit der Vereinigungstheorie an sich, je nach Sichtwiese 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. Diese Auffächerung erscheint also zumindest auf den ersten Blick recht sinnvoll und sie entspricht auch dem Blickwinkel der *drei Staatsgewalten*.

Bereits *Max Ernst Mayer* hat eine solche Trennung angeregt.[389] *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.[390] 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 Resozialisierung[391].

*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 auch nach seiner Auffassung auf der höheren Ebene noch nicht ausdiskutiert.[392]

2. *Diskussion*. *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 schon einmal offenbar die Widersprüchlichkeiten der Vereinigungstheorie bestehen.

Zudem sollte es uns aus dem übergeordneten Blickwinkel des demokratischen Gesamtstaates mit seinem Gewaltmonopol sollte es möglich sein, den Demokraten und auch dem Täter eine *einheitliche Begründung* zu geben. Die Ausgestaltung der staatlichen Strafe und ihre Verteilung auf die drei Gewalten sind eher von *demokratietechnischer* Art und der Arbeitsteilung geschuldet. Den die „Strafe", die wir üblicherweise mit diesem Begriff meinen, bildet die *vollstreckte Strafe.* Strafidee, Gesetz, Urteil bereiten sie nur vor.

Gesetz und öffentliche Verurteilungen können zwar vielleicht Menschen von Taten abhalten und für sie samt den Unrechtstaten auch Strafen vermeiden. Aber zu rechtfertigen ist vorrangig die *vollstreckte Strafe*.

Dafür kann es vielleicht zwar genügen, dass wir als demokratische Gesetzgeber meinen, wir benötigten die Vollstreckung vor allem, um der Allgemeinheit

389 Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 20 f., erinnert an Mayer, M. E., Strafrecht, 1915, 419.

390 Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 387.

391 Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 383, 386; Triffterer, Strafrecht, 1985, 12.

392 Vgl. Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 387.

ständig Beispiele vor Augen führen zu können und dass wir es mit den Strafdrohung auch ernst meint. Nur sollten wir mit dieser Aufspaltung in drei Phasen nicht übersehen, 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 *Strafgesetz*e 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 die Strafgesetze damals erlassen -und meint die Normen heute noch weiter bestehen lassen zu dürfen-, und zwar solche die die Grundlagen dafür bilden, Menschen lange Zeit einzusperren?

Die drei Phasen des Strafvorganges lassen sich zwar intern trennen, sie stellen immerhin, aber dennoch nur drei *Untersysteme* derselben Oberidee dar. Jede allein wäre wenig sinnvoll. Sie gehören zum „Strafrecht“ und die Hauptaufgabe, rechtliche *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 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, etc.

*Fazit*. 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: generalpräventives Strafgesetz der legislativen, gerechtes Strafurteil der judikativen und individualpräventiver Strafvollzug der exekutiven Staatsgewalt.

3. *Drei-Blickwinkel-Lehre.* Es handelt sich um *dieselben* drei Positionen, von denen aus die Vereinigungstheorie zu betrachten ist. In diese *Drei-Blickwinkel-Lehre* lässt sich auch die Unterscheidung von

- (generalpräventiven) *Strafziel*,
- (vergeltendem) *Strafgrund* und
- (individualpräventiver) *Strafart*

integrieren.

Wer wie die deutsche Strafrechtswissenschaft vor allem vom Strafgesetz ausgeht, der wird die Vereinigungstheorie vorrangig *generalpräventiv* deuten (Strafziel).

Das *Urteil*, das in seinen Urteilsgründen die (konkrete) Tatschuld beschreibt, bildet zwar der unmittelbare „Strafgrund" für den konkreten Strafausspruch („wegen"). Er tritt aber hinter dem Strafgesetz, das das Urteil nennt ("wegen Raubes") zurück in eine dienende Funktion. Insofern dient es der Bekräftigung der Normgeltung. Aus der menschlichen Schuld wird konsequent die rechtliche Schuld.

Der Freiheitsentzug, vor allem im *Strafvollzug* und das Einwirken auf den Täter, um ihn individuell zu resozialisieren (Strafart), befriedigt, weil das Resozialisieren auf die Gesellschaft ausgerichtet ist, zugleich auch auf generalpräventiven Bedürfnissen, aber sie muss auch die Vorgaben der Verfassung und damit die Leitideen unserer Gesellschaft umzusetzen.

Wer also eine bestimmte Straftheorie 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.

Aber auf der großen Ebene des Strafens und der Suche nach dessen guten Gründen gehören Gesetz, Urteil und Vollzug *gleichberechtigt* zusammen. (Vor ihnen steht allerdings dann auch noch die allererste Stufe der Strafidee). Aller

drei sozialrealen Institutionen verfügen dabei auch über eine eigene *Binnenethik*, die sie aber wiederum in die allgemeine Strafidee einpassen müssen.

Wer aus der Sicht der demokratischen Herrscher fragt, warum wir denn überhaupt Mitmenschen bestrafen dürfen und sollten, der wird am besten dreistufig vorgehen.

- Er wird *zunächst* am besten die drei (oder mehr) Gesichtspunkte einzeln und jeweils positiv als kluge Strafideen werten und sie *additiv* heranziehen. Das ist die erste Antwort an die Demokraten und die Täter.

- Wer weiter nachfragt, der wird sich auf die Notwendigkeit der *Akzeptanz der Widersprüche* im Einzelnen einlassen müssen, auf die auch schon *Roxin* verweist.

- Aber in Grenzfällen wird auch er *entscheiden* müssen, welchem Ansatz er den *Vorrang* vor den anderen beiden einräumt.

Aber die beiden anderen Strafideen sollten ihm dann ihrerseits *gemeinsam* dazu dienen, die unvermeidliche *Einseitigkeit* der jeweils vorherrschenden Straftheorie zu korrigieren.

4. *Pragmatische Methode des Rechts*. Der Theoretiker, der nur auf einen *einzelnen* Standpunkt setzt, der kann einen *dogmatisch klaren* Ansatz anbieten. 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 lebensnahen Art von Vereinigungstheorie suchen, aber auch erst, nachdem er sich zuvor mit den einzelnen Strafideen beschäftigt hat.

Die *Abspaltung* von strafrechtlichen *Subsystemen*, wie dem Maßregelrecht und der Jungendstrafrecht oder von *Rückausnahmen*, wie der Verhängung von Freiheitsstrafe und der gesonderten der Bewährung, etc. bieten dafür einen üblichen *rechtsmethodischen* Weg.

Auf dieser Art gelingt es, für einzelne Leitgedanken eine *eigene Form* zu finden, in der sie dominieren können. Dazu zählt auch die Aufgliederung in das Verfassungsrecht und Strafrecht.

Alle Rechtsgebiete haben zudem auch die Ansätze zu einer *eigenen Sprache* entwickelt, 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. Die Grundrechte stehen neben den Rechtgütern.

Nötig ist aber beides, den Sinn und den Zweck dogmatisch (wissenschaftlich) zu erarbeiten und sie dennoch, und zwar über sich zum Teil selbst organisierende, also halbautonome Rechts-Subkulturen, in die gewachsene und im Grundsatz auch immer konsentierte Rechtstradition einzupassen, die durch große und altbewährte Gesetzbücher vorgeformt ist.

Die Über-Lehre der bloß additiven Vereinigungstheorie bildet einen Ausdruck dafür, wie sich die vielfältige Ideenwelt der Wissenschaft und eine gewachsene hoch aufgefächerte Rechtskultur verbinden lassen. Dabei hätten unsere Rechtssysteme ohne die Mithilfe der Wissenschaft nicht ihre abstrakte Gesetzesform erlangen und wir sie auch nicht lebendig erhalten können.

5. *Fazit.* Die jeweilige Gewichtung und die Ordnung der drei Elemente wird jeder Betrachter zumindest auch von seinem jeweiligen persönlichen 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 Straftheorie“ 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. Jede Denkschule kann sie entweder noch weiter ausprägen oder man muss das Denken abbrechen und sich mit ihrem Wesen, nur eine vage Dreifaltigkeitsidee zu bieten, abfinden.

Wer *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, die er zudem in bestimmten *strafrechtlichen Rechtsinstituten* vorrangig verankert sehen kann. Aber ohne „gute Gründe“ kann es kein aufgeklärtes Strafen geben und keine hinreichende Kontrolle der staatlichen Strafmacht.

# *Deutsche Straftheorie II*

# Besonderer Teil: Prävention und Schuldausgleich

## 1. Kapitel

## Allgemeine Generalprävention I: Darstellung und Kommentierung

### I. *Bundesverfassungsgericht*: Verbund von Sozialschadens- und Rechtsgutslehre; Strafprozessidee: Effektivität, Rechtsfriedenssicherung und *rechts*-staatlicher Strafanspruch

1. Der „Besonderer Teil" beschäftigt sich mit den verschiedenen straftheoretischen Angeboten zu „Prävention und Schuldausgleich". Um sie geordnet vorzustellen, zu kommentieren und womöglich und nötig zu ergänzen, ist der Gliederung zu folgen, die das *Bundesverfassungsgericht* in seinem berühmten Urteil zur lebenslangen Freiheitsstrafe verwendet hat.

Zu beginnen ist deshalb mit der „allgemeine Generalprävention" und auch mit dessen Erklärung mit den Worten des *Bundesverfassungsgerichts*.

*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 *Rechtsgüter*[393] betreiben. Das *Bundesverfassungsgericht*, das diesen Gedanken in seiner großen Leitentscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe aufgreift, erläutert,

*„oberstes Ziel des Strafens"* sei es, *„die Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu bewahren und die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen"*.[394]

---

393 So etwa als 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 sozialethischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu."); herausgestellt auch von Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 13.

394 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*

In der Inzest-Entscheidung hat das Gericht sich ebenfalls am *Rechtsgutsgedanken* und an der *Gesellschaft* orientiert. Es erklärt:

„*Das Strafrecht wird als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein 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 sozialethischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung.“* [395]

Ob nun das *Bundesverfassungsgericht* grundsätzlich festlegt, was Rechtgüter sind, wie es in dieser Entscheidung anklingt[396], oder es nur in Grenzfällen darüber entscheidet, es sich also wie ansonsten, wenn vorhanden, an den *kulturellen Konsens* zurückbindet, ist nicht weiter zu vertiefen.

Aus *strafrechtlicher* Sicht erscheint es die *Regel* und *sinnvoll*, aber für deren Legitimität nicht *zwingend*, dass alle Strafnormen bestimmten *Rechtsgüter* schützen müssen. Es genügen auch sonstige „*wesentlich überwiegende Interessen*“, wie es der Gesetzgeber im rechtfertigenden Notstand gemäß 34 StGB für ein legitimes Einwirken des Bürgers ausreichen lässt. [397]

Jedenfalls muss dem demokratischen Gesetzgeber zwar einerseits noch ein *Gestaltungspielraum* bleiben. Das betrifft auch die „ultima ratio“-Regel.[398] Aber gute Gründe muss er danach stets vorlegen. Auch steigen die Ansprüche im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips an die rationalen Gründe, etwa wenn er neue Delikte formuliert und oder alte mit erhöhten Mindest-Freiheitstrafen versieht. Dabei muss der Gesetzgeber innerhalb einer (Grund-) *Werteordnung*

---

*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: Kinzig-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. §§ 38 ff, 1. Dem seien „die einzelnen Zwecke … unterzuordnen“. Zudem Feltes, Strafanspruch, 2007, 144.

395 BVerfG 120, 224, 242 -dazu das kritische Sondervotum von Hassemer, 255 ff.

396 BVerfG 45, 187, 254.

397 BVerfG 45, 187, 254.

398 Gärditz, Demokratizität, JZ, 2016, 641 ff. („Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz“).

auch deren *Werte-Angebote* zumindest *mit erwägen*. Aus systemischer Sicht hat der Gesetzgeber ferner für das Strafrecht, wie auch sonst in allen Rechtsgebieten mit alten Gesetzbüchern, auch dessen besondere *Tradition*, hier insbesondere die der Werte als strafrechtliche Rechtsgüter, mitzubedenken.[399]

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 auch eine Person, hier auch eine kollektive oder Wir-Person, die Allgemeinheit, „*vor Schaden zu bewahren*" und damit zu „*schützen*". Erwartet werden vom Gesetzgeber dabei exakt die schädigenden Handlungen und Rechtsverletzungen, die das Strafgesetzbuch kodifiziert. Sie lassen zugleich die vom Staat zu achtenden und zu schützenden Grund- und Menschenrechte -mittelbar- erkennen.

Damit sind auch die beiden potentiellen *Angreifer* benannt: „Wer", also jeder einzelne Mensch im Strafgesetzbuch und der Staat in den Grund- und Menschenrechten.

„Generalprävention" heißt jedoch, dass Vorbeugung auf die „Allgemeinheit" hin ausgerichtet ist. Der vage Begriff der Allgemeinheit wird dazu vom Bundesverfassungsgericht gleich konkretisiert. Gemeint sind die *Gesellschaft* und das *Gemeinschaftsleben*.

Die Strafe soll das *Mittel* darstellen, das diesen *beiden Zielen*, dem Gesellschafts- und dem Rechtsgüterschutz, dient.

Zweierlei ist dabei schon zu erkennen:

- Einwirken kann das Strafrecht auf die Allgemeinheit nur *kommunikativ*, also vor allem durch die Sprache, gemeinsame Riten[400] und sonstige symbolische Akte. Denn die Allgemeinheit existiert nur auf dieser Ebene.

- Ebenso dient die *General*prävention dem, was sie schützen soll, also dem Erhalt dieser „Allgemeinheit". Deren *Form* besteht in der Gesellschaft und deren *Inhalt* in den gemeinsamen Werten.

---

399 Modellhaft schon das Abtreibungsurteil; BVerfG 39, 1 ff.

400 Rappaport, Ritual, 1999, 24 ff. („Ritual defined" as „to denote the performance of more or less invariant sequences of formal acts and utterances not entirely encoded by the performers").

2. Das *Gesamtkonzept* des Strafens besteht aus Gesetz, Urteil und Vollzug („Androhung, Verhängung und Vollziehung“). Einmal von der *Generalprävention her ausgeformt* weitergedacht, lautet es etwa:

- 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 *Rechtgüter* 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 groben 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. Denn es nutzt alle drei Säulen der *Vereinigungstheorie,* es 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 auch nicht 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 (a) dem *Gesellschaftsschutz* und (b) dem *Werteschutz*. Es beginnt dabei wiederum mit dem Gesellschaftsschutz und unterwirft zudem die „elementaren Werte" der vagen Idee des „Gemeinschaftslebens". Darunter kann man wohl das Leben der *Einzelnen* in der *Gemeinschaft* verstehen. Der leichte Vorrang gebührt also der *sozialen* und damit auch der politischen Sicht, der die Verfassung insgesamt dient.

Dennoch 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, kennzeichnet einerseits den Gegenstand, um dessen *sozialethische* Rechtfertigung es geht. Andererseits eröffnet sich damit die dritte *empirische* 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 der Idee des *Tatschuldausgleichs* und vor allem über die *Individualprävention*. Der generalpräventive Doppelansatz als „höchstes Ziel" *überwölbt* und *überdeckt* diese beiden Sichtweisen zwangsläufig. Denn er ist auf die Kommunikation mit der Allgemeinheit ausgelegt.

3. *Prozessidee: Effektivität, Strafanspruch und Rechtsfriedenssicherung*. Das Strafprozessrecht wird zwar im deutschen Strafrechtssystem vom materiellen Strafrecht dominiert. Es *dient* der Durchsetzung der Strafe (anders in der

angloamerikanischen Rechtskultur, in der vorrangig der Prozess die Gerechtigkeitsidee des fair trial verkörpert).

Dennoch verfügt der Strafprozess, als ein großes halbeigenständiges *Subsystem* der Strafrechtspflege, über eine *eigene Funktion*, die mit einer eigenen *Prozessidee* verbunden ist. Hier soll es genügen, erneut auf den verfassungsrechtlichen Blickwinkel des *Bundesverfassungsgerichts* zuzugreifen.

So erklärt das *Bundesverfassungsgericht* für die Zwangsmaßnahmen im Strafprozessrecht[401],

*"Bei der insoweit gebotenen Abwägung ist auf der einen Seite das staatliche Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung zu berücksichtigen. Die Sicherung des Rechtsfriedens durch Strafrecht ist seit jeher eine wichtige Aufgabe staatlicher Gewalt.“*

Im *Strafprozessrecht* sind also für die *Zwangsmaßnahmen* unmittelbar verfassungsrechtliche Abwägungen vorzunehmen. Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz greift unmittelbar.

Der „Rechtsfrieden“ bildet aus der Sicht der *Rechtsgüterlehre* eine Art von prozessualem Rechtsgut. In den *Rechtspflegedelikten, vgl. §§ 153 ff., 257 ff. StGB* erlangt es noch einmal einen gesonderte *Strafrechtsschutz*.

Zugleich aber gehört die Idee des *Rechtsfrieden* zur sozialen Konfliktforschung und beschäftigt die *politische Philosophie* vor dem Hintergrund des *Kriegsbegriffs*.

Auch wird deutlich, dass es das *Verfassungsprinzip* der „wirksamen Strafverfolgung“ gibt (auch *Effektivität der Strafrechtspflege* genannt), das nicht nur dazu auffordert, Strafprozesse zu *konzentrieren,* sondern dass auch die Strafprozessidee mit bedient. Deshalb erläutert das *Bundesverfassungsgericht* zu den „Aufgaben der Strafrechtspflege“ knapp und treffend Folgendes:

*„Die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld und seine Bestrafung wie auch der Freispruch des Unschuldigen sind die wesentlichen Aufgaben der Strafrechtspflege, die zum Schutz der Bürger den staatlichen Strafanspruch in einem justizförmigen und auf die*

401 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Juni 2018 - 2 BvR 1405/17 - Rn. (1-113) (Prozessuale Zwangsmaßnahmen), Rn 68. Mit angehängten Selbstzitaten „(vgl. BVerfGE 107, 104 <118 f.>; 113, 29 <54>).“

*Ermittlung der Wahrheit ausgerichteten Verfahren in gleichförmiger Weise durchsetzen soll …".*

4. *Rechtstaatlicher Strafanspruch.* Damit begründet das *Bundesverfassungs-gericht* den „staatlichen Strafanspruch“ unter anderem, mithilfe des *Bürgerschutz*es. Schon insofern bietet es sich an, von einem (*bürger*-) „*rechts*staatlichen Strafanspruch“ zusprechen.

Ohnehin ist zu differenzieren.

(1) Mit dem einfachen „*staatlichen Strafanspruch“* ist zunächst einmal das *demokratisches Herrscher-Recht* zur *„Androhung, Verhängung, und Vollstreckung“* der eben deshalb hoheitlichen Strafe gemeint. Dieser Anspruch steht in enger Verbindung mit dem Gewaltmonopol des Staates, der an sich ein *absolutistischen* Staat assoziiert, und der Gewaltenteilung, die den Staat zum (demokratischen) Rechtstaat werden läßt.

Obwohl man es bei einem Anspruch erwarten würden, kann auch der demokratische Staat über das Strafen nicht frei verfügen. Aus der *Rechtsidee* ergibt sich die den Gesetzgeber die ihn einschränkende Pflicht, den *Strafrechtsschutz* zu gewähren und auch *„Strafgerechtigkeit“* zu betreiben (Abtreibungsurteil, Mauerschützenfälle, Prozess-Absprachen, Europäischer Haftbefehl). Zudem reguliert das von Gesetzgeber unabänderbare „Recht“ auf Achtung der Menschenwürde den Vollzug.

(2) Auch hat den „Rechtsanspruch“ üblicher Weise ein Verletzter inne. Er muss im Klagefalle auch beschwert sein. Mit diesem zivilrechtlichen Grundmodell gilt deshalb ebenfalls es umzugehen.

- Der bürgerliche Rechtsstaat beruht auf der Rechtsidee (Art 20 III GG in Verbindung mit Art 1 I und II GG, sowie den nachfolgenden subjektiven Grundrechten). Insofern steht der Rechtstaat für das *Recht*, das der Täter verletzt. Insofern darf er sich tatsächlich als dessen *Opfer* begreifen.
- Zudem übt der Rechtsstaat auch den *Rechtschutz* als eigenen Anspruch und Pflicht aus.
- Auch soweit es um den Schutz der Rechtsgüter geht, verkörpert der Rechtsstaat auch dessen *Rechtselement*, und er ist insofern mit verletzt.
- Außerdem vertritt der bürgerliche Rechtstaat auch die Rechtsgüter des Staates, wie die Staatsschutz- und Rechtspflegedelikte als eigene. Als

Verkörperung der Verfassungs*gesellschaft* im Sinne von Art 20 I GG kann er zudem noch die *Gemeinschaftswerte* noch als eigene ansehen.[402]

- Aber alle *individuellen* Güter oder Werte, die der Täter verletzt, wie etwa Leben und Gesundheit, Freiheit, Ehre und Eigentum, sind vorrangig und auch nach der Laien-Ansicht der demokratischen Allgemeinheit des Art 20 I GG, solche der betroffenen Bürger. Beim Mord und den Gewaltdelikten ist *nicht* vorrangig der Staat geschädigt, auch dann nicht, wenn der Täter einen seiner Bürger tötet oder nötigt.
- Insofern agiert der Rechtstaat vorrangig nur *stellvertretend* für die Opfer.[403] Er verschafft ihnen mit der *Straf-Gerechtigkeit* die „Genugtuung“[404] und den höchstpersönlichen Rechtsfrieden. Der Rechtsstaat *ersetzt* die Privatjustiz der vorstaatlichen Zeit. Er ist insofern der Diener des Strafbedürfnisses oder auch der Straf-Gerechtigkeit, und nicht der Herr eines eigenen Anspruchs.
- Der bürgerliche Rechtsstaat inkorporiert dann aber wieder die *Verallgemeinerung* der individuellen Rechtsgüter zum allgemeinen Rechtsgut. Es sind solche der Allgemeinheit, und diese Allgemeinheit ist dann, allerdings vielfach nur weit nachrangig, mitverletzt

(3) Da der bürgerliche Rechtstaat auch mit der allgemeinen Rechtsidee -auch nach Ansicht des *Bundesverfassungsgericht*- die Über-Idee der *materiellen Gerechtigkeit* mit verkörpert, zu der auch etwa die Sorge um die „Genugtuung“ für die verletzte Bürger zählt, bietet sich also eine wichtige *begriffliche Ergänzung* an. Statt lediglich, vielleicht unbedacht und zumeist nur nebenher vom „staatliche Strafanspruch“ zureden, sollte zumindest das *Bundesverfassungsgericht* besser den Begriff des „rechtstaatlichen Strafanspruch“ verwenden.

5. *Fazit.* Aus diesen Anmerkungen und so zusammengestellt lässt sich -mittelbar- das Gesamtkonzept des *Bundesverfassungsgerichts* zur „Allgemeinen Generalprävention ableiten:

Es besteht ein Verbund von *Sozialschadens*- und der *Rechtsgutslehre*.

Hinzu tritt der diesem materiellem Doppelziel dienenden formale *Strafprozess.* Er schafft und verkörpert Gerechtigkeit durch Verfahren und liberale Fairness (fair trial).

---

402 Ausführlicher und kritisch aus der Sicht der (vereinfacht: vorstaatlichen) Strafe auch Feltes, Strafanspruch, 2007, etwa Teil 9. 1.

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

404 Dazu: Weigend, Strafe, RW 2010, 39 ff. („Die Strafe für das Opfer?“ - Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht“ siehe etwa 57).

Der Strafprozess bindet sich selbst zudem
- an die Idee der Effektivität der Strafrechtspflege, legt
- den (besser rechts-) „staatlichen Strafanspruch“ zugrunde und nimmt
- die Funktion der Sicherung des „Rechtsfriedens“ wahr.

Der Vollzug ist dann für die humane Umsetzung und für Blick auf den Täter zuständig.

Die „Allgemeine Generalprävention“ betrachtet aber vor allem das materielle Strafrecht im Sinne des Strafgesetzbuches.

## II. Sozialliberaler Ansatz: Sozialschadenslehre, Alternativentwurf, Präventionsstrafe mit Schuldobergrenze (*Roxin*) und Feindstrafrecht (*Jakobs*)

1. *Sozialschadenslehre*. Vom *Bundesverfassungsgericht* ist nunmehr auf die Strafrechtslehre überzuwechseln.

Sieht man in der Strafe *vorrangig* eine Reaktion, die das Ziel verfolgt, *Sozialschäden* zu vermeiden[405], dann verfolgt man sozialschädliche Handlungen, wie es aus der Sicht der *sozialen Handlungslehre* naheliegt.

Die Tat und die Strafe unterliegen dabei vor allem in Grenz- und in Konfliktfällen der Teleologie der Gesellschaft und ihrem Gemeinwohl. Ziel des Strafens, so heißt es denn auch, sei es, *das gedeihliche Zusammenleben in der Gemeinschaft zu sichern.*[406]

---

405 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 zurück. Siehe auch Otto, Grundkurs, 2004, § 7 Rn. 51 (aber 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 Rechtgenossen, 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 Verbrechensverhütung“ im Verbund mit: „Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung“ – dazu siehe auch die Strafzumessungsreglungen der §§ 46, 46 a StGB ).

406 Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984, 20 Rn 23.

Jede *präventiv* ausgerichtete Vereinigungstheorie ist vorrangig, offen oder verkappt auf den *Schutz der staatlichen Gesellschaft* im Sinne des Art. 20 I GG hin ausgerichtet. Auch *Feuerbach* und *Liszt* haben beide vorrangig auf die Rechtsgemeinschaft geblickt. Das Recht „als solches", das der Täter mit seinem Normbruch mit angreift, stellt, wie über die Idee vom Rechtsstaatsprinzip erkennbar ist (Art. 20 III GG), einen wesentlichen Teil der nationalen Gesellschaftsordnung dar. Auch *Hegel* sieht vorrangig den Staat als die tragende Institution für Recht und Freiheit an. Vereinfacht hebt sich aber *Kant* von diesem Denkmuster ab.

Über die *nationale* Gesellschaft hinaus sind in den vagen Gesellschaftsbegriff auch die *Europäische Gemeinschaft* mit einzubeziehen und auch Art. 1 Satz 2 GG. Er verweist erklärt die „M*enschenrechte 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*. Sie sind, so gelesen, der Gemeinschaftsidee also nachgeordnet.

*Kritik*. Man kann zwar 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.

Aber die Rechtfertigung von *Folter*, grausamer Strafen und der Todesstrafe hängt danach dennoch nur vom *Gesamtnutzen* für die Gemeinschaft ab. Die Idee der Menschenwürde ist oder wäre von der Gnade des Volkes, als dem Kern der Gesellschaft abhängig. Nur eine *gleichberechtigte selbständige Werte-Ethik* bewahrt vor einer solchen Unterwerfung unter die Gemeinwohlidee.

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.

Für sich *allein* betrachtet erweist sich der Gedanke, vorrangig auf den Sozialschaden abzustellen, also 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.

2. *Sozialliberale Alternative*. Auch die wichtige inter-subjektive Sicht ist damit verbunden. Sie folgt einem *liberal-sozialen* Grundansatz, der auch aller *Kommunikation* zu Grunde liegt. Ihm geht es um du-wechselseitige und wir-allgemeine *Anerkennung* von *Rechtspersonalität* und damit auch um deren strafweise *Aberkennung*. Der „nackte" Mensch wird danach mit Rechten und Pflichten eingekleidet. Er mag zwar von Natur frei geboren sein, aber den Schutz seiner Freiheit garantieren ihm erst die anderen oder die Gesellschaft. Diese Gesellschaft entsteht aus rein liberaler (angloamerikanischer) Sicht auch erst durch eine Art von gesellschaftlichem Schutzvertrag der Freiem, dem Sozialvertrag. Ebenso sind sie es die Anderen und die Gesellschaft, die dem Täter die Tat zurechnen. Die gesamte Zurechnungslehre gründet im Übrigen auch auf diesem Anerkennungs-Ansatz.

Die Lösung einer *präventiven Vereinigungstheorie* muss deshalb darin bestehen, zwar den *Vorrang* der Gesellschaftsidee einzuräumen. Insofern ist sie ein relative Strafrechtslehre. Aber neben der (liberal-personalen) Freiheit als solcher wird auch die *verobjektivierte Werte-Ethik* mit zu nutzen. Gemeint ist damit der Verbund von *Rechtsgütern, der Schuldidee und absoluten Gerechtigkeitsvorstellungen*. Sie lassen sich sowohl als ideelles *Mittel* zur Förderung des Gemeinwohls einsetzen als auch als dessen *Gegenpol* verwenden, um mit ihm den Schutz des einzelnen Bürgers zu betreiben.

So sind der Herrschaft der Präventionsidee die ethische Schuldelemente 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 solchen 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,[407] bietet ein solches Konzept, nach dem die Strafe ausschließlich mit der Prävention begründet wird

[407] So schon Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 377 ff., vgl. auch 387 und auch heute nachdrücklich: Roxin, Bestrafungsnotwendigkeit, 2017, 467 ff. („Die präventive Bestrafungsnotwendigkeit als Voraussetzung strafrechtlicher Verantwortlichkeit").

und die Schuldidee nur der Strafmilderung dient, aber es bezieht zugleich die „liberalen Garantien" des Bürgerschutzes[408] mit ein.

*Roxins* Leitsätze lauten in seinem Lehrbuch:

„*Die Strafe dient den Zwecken der Spezial- und der Generalprävention. Sie wird in ihrer Höhe durch das Maß der Schuld begrenzt, darf dieses Maß aber auch unterschreiten*."[409]

Dabei will er auch die Schuld zu einer „Kategorie der Verantwortlichkeit" erweitern, „*in dem zur Schuld als der unerlässlichen Bedingung jeder Strafe, immer auch noch die (spezial- oder general-)präventive Notwendigkeit der Strafsanktion hinzukommen muss*".[410]

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*."[411]

*Roxin* sieht sich dabei mit vielen anderen als Vertreter eines „*etwa seit 1970 vieldiskutierten… zweckrationalen (funktionalen) Strafrechtssystems*".[412]

*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 außerdem von der Notwendigkeit der Prävention abhängig.[413]

Hinter dem „Zweck" verbirgt sich die Funktion *zugunsten des Systems*, also der Gesellschaft. Auf die Ethik übertragen besteht selbst in einer *Gesellschaft, die die Menschenwürde als unantastbar* begreift, die Neigung im Zweifel der utilitaristischen Idee vom Vorrang des *Gemeinwohles* den Vorrang einzuräumen.

---

408 Roxin, Überlegungen, MoKrim, 1973, 316 ff., 320 f.

409 Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 3 Rn 59.

410 Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 7 Rn 29,

411 Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 19 Rn 9.

412 Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 3 Rn 59.

413 Siehe auch Streng, Schuldausgleich, 2015, 827 ff. („Schuldausgleich im Zweckstrafrecht? – Befunde und Überlegungen zu Schuld, Vergeltung und Generalprävention").

Auch kann man die Menschenwürde für Konfliktfälle entsprechend *enger auslegen*, etwa wenn und weil die Würde der Täter mit der Menschenwürde der Opfer kollidiert. Dann könnte man der Opferwürde den Vorrang geben und hätte auf die Weise den absoluten Schutz der Menschenwürde einschränkt.

Logisch unbestechlich und 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.“*[414]

Allerdings spricht anderseits einiges tatsächlich 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 *Tatbestands*strafrecht, § 1 StGB, Art. 103 StGB. Es ist auch ein *Recht*, unterliegt somit der Rechtsidee. Wie immer Recht auch zu begreifen sein mag, ist es mit einer Art von *Gerechtigkeit* oder auch *Verhältnismäßigkeit* verbunden.

Jedenfalls gehören zur *Tradition* des deutschen Strafrechts die rechtsethischen Begriffe 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 umgesetzte Idee einer „sozialen Schuld“ einerseits und die ethische Aufladung vor allem der Generalprävention andererseits, etwa durch das Beachten des *Gerechtigkeitsgefühl*[415] *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.

---

414 Jakobs, Schuld, 1976, 6, Zitat auch im Original kursiv hervorgehoben.

415 Dazu aus kulturanthropologischer Sicht (zugleich mit Fallstudien): Bens/Zenker, Gerechtigkeitsgefühle, 2017, 11 ff. im Sammelband „Gerechtigkeitsgefühle. Zur affektiven und emotionalen Legitimität von Normen“.

*Erstes 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. Gemeinwohlformeln für sich allein bedrohen allerdings die Grundrechte.

4. Das besonderes Modell vom *Feindstrafrecht*, das ebenfalls dem Gesellschaftsschutz dient, hat *Jakobs*[416] 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.

An dieser Stelle ist nur auf die Folgerungen zu blicken: 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. Denn dem feindlichen Angriff auf die Normgeltung muss man mit exemplarischen und öffentlich kommunizierten Strafakten begegnen, die der Bekräftigung der Normgeltung dienen. Dies geschieht dadurch, dass man ihnen ihren *Status als Rechtsperson* nimmt.

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.

Dem ist zwar mit *Jäger* entgegenzuhalten[417], die daraus folgende „*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

---

416 Zur Trennung von Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht: Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff., 51 ff. Zudem aus seinen vielen Schriften: Jakobs, Norm, 1997, 23.

417 Jäger-SK-StGB, 2017 , Vor § 1, Rn 29, 16.

Er fordert individualpräventiv die Unschädlichmachung des Rechtfeindes und wird ihn generalpräventiv öffentlich opfern, um den Normschaden mit einem Gegenakt auszugleichen.

5. *Diskussion*. Wichtig ist es also, im Sinne von *Jäger* 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 zuzuerkennen. 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 umgekehrt auch der strafrechtlich-ethische Grundgedanke vom Rechtsgüterschutz ohnehin mit dem *Schutz*aspekt ein soziales Element auf. Der *Verbund* von beidem ist also wichtig.

So enthält auch die weitergeführte Idee, vor allem für den *Erhalt der Rechtsgüterordnung insgesamt* zu strafen, also die Strafe nicht vorrangig zum Schutz einzelner Rechtsgüter,[418] ein *soziologisches* Element. Denn der Begriff der Ordnung, der wiederum mit *Herrschaft* verbunden ist, gehört zum alten Kern des soziologischen Rechtsdenkens. Heute spricht man eher vom weicheren „System", meint aber in etwa dasselbe wie Ordnung. Wer also das *Strafgesetzbuch* insgesamt als ein in etwa *geschlossenes System* sieht, der wird die einzelnen Rechtsgüter auch noch einmal derart verbinden und überwölben.

Die Frage nach dem Vorrang, entweder der einzelnen Rechtsgüter analog zu den einzelnen Grundrechten oder der Werteordnung[419] als solcher, kann im Rahmen einer vagen Vereinigungstheorie offenbleiben. Die Antwort darauf hängt dann davon ab, welches Gewicht man der Idee der Generalprävention innerhalb eines

---

418 Dazu: Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14-Europäischer Haftbefehl Abs. Nr. 57, auch hier mit etlichen Selbstzitaten, (Hervorbungen 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."

419 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 *„zweifellos 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.

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 *Gesellschaf*t 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 also auch deshalb an, die verschiedenen 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 *Rechts*gutes auch von sozialer Art. Schließlich aber schützen wir mit dem *allgemeinen* Wert bei den Individualrechtsgütern auch die *Allgemeinheit der Menschen* und seine Gesellschaft mit.

6. *Zweites Fazit.* Die Generalprävention ist auf Gemeinwohl hinausgerichtet, Schon aus grundrechtliche Sicht darf sie also nicht allein regieren.

Deshalb bietet sich *Ausfüllen* des Sozialschadensgedankens mit der Werteethik der Rechtsgüter und der Grundrechte als pragmatische Lösung an.

Aber ein dann notwendiges grobes Hierarchisieren von „elementaren Werten des Gemeinschaftslebens“ nach dem Gewicht für das Gemeinwohl schmälert die Ideenkraft der *einzelnen* Rechtsgüter erheblich.

Auch die Schuldidee, 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.

Das Dilemma, Gemeinwohl oder Individualwohl, tritt deutlich zu Tage. Das Verfassungsrecht erklärt schon einmal, die Todesstrafe, erniedrigen Strafe etc. sind jedenfalls, und zwar auch für schuldige Mordtäter verboten. Aber ein langjähriger Freiheitentzug entspricht weiterhin unserer *Strafrechtstradition*.

## III. *Strafrechtswissenschaft*: „Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz"

1. *Allgemeines.* Dem Rechtsgutsgedanken misst die *Strafrechtswissenschaft* für den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches herausragende Bedeutung zu. Vielfach heißt es schlicht, „*das Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz"*[420]. Hinzu gefügt wird meist der Zusatz, dass das Strafen sei nur die „ultima ratio" des Rechtsgüterschutzes.

Beim „Rechtsgut" handelt sich um einen Begriff, den vor allem das *Strafrecht* verwendet, der aber offenkundig eng mit denselben ethischen „Grundwerten" verbunden ist, die die *Grundrechte* schützen.[421]

Eine gängige Definition des Begriffs des Rechtsgutes lautet: Ein Rechtsgut ist der „*rechtlich geschützte, abstrakte Wert der Sozialordnung*"[422]. Dabei werden die Werte zwar als Teil der „Sozialordnung" begriffen und ihr damit scheinbar untergeordnet. Aber gemeint sind zum einen vorrangig die *einzelnen* Rechtsgüter. Sie stehen als *absolute Werte* selbständig neben einander. Zum anderen ergeben sich aus den einzelnen Rechtsgütern umgekehrt auch erst die vage „Gesamtheit der Rechtsgüterordnung". Die einzelnen Werte bestimmen dann erst die gemeinte Sozialordnung näher und ebnen den Weg zur Idee der Wertegemeinschaft. Analog dazu verwenden wir auch den Begriff der *Grund-* oder der *Freiheitsrechte* in der Mehrzahl.

Der eigenständige ethische Kern des Rechtsgutsbegriffs besteht im Teil-Begriff *„Gut",* und zwar als ein einzelner idealisierter und damit *abstrakten* Wert, den das Recht anerkannt hat. Dass das „Recht" Werte schützt, erscheint danach zunächst eher als die bloße *Folge* des ethischen Gewichts der Werte. Die *Rechts*idee spielt danach für das Rechtsgut, aus der vorherrschenden strafrechtlichen Rechtsgutsdeutung, eine zwar mächtige, aber dennoch *dienende* Rolle.

Das ethische Recht will danach und herkömmlicher Weise „das Gute" sichern, was immer auch damit gemeint sein mag. Außerdem sichert das Recht materiell

---

420 So etwa Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2017, § 2 Rn 5. Vgl. auch Satzger SSW-StGB, 2017, Einleitung, Rn. 5.

421 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 1. Vorsichtiger noch etwa Hecker-Schönke/Schröder, 2019, Vor § 1, Rn 30 („eigenständige mediatisierte Rechtsgüter, die der grundgesetzliche Werteordnung zumindest nicht zuwiderlaufen").

422 Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 257 f.; sinngemäß ebenso Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992, 268; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn 6 ff:; 6 („sozialethische Werteordnung unserer Verfassung", „„elementare Werte des Gemeinschaftslebens").

betrachtet, und schon mit *Kant*s berühmter Definition[423], die *Freiheit*.[424]. So beinhalten die Rechtsgüter *bestimmte Freiheiten*, die des Einzelnen des Staates oder der Allgemeinheit. Die Freiheit bildet einen vagen *Oberbegriff für die Rechtsgüter*, den diese dann überhaupt erst konkret ausfüllen.

Aber zu dieser Über-Idee der Freiheit passt bereits die Strafrechtsfolge der *Freiheitstrafe*. Sie reagiert auf den Eingriff des Täters in bestimmte fremde Freiheiten und gleicht sie strafweise aus.

§ 34 StGB nennt Beispiele für Rechtsgüter 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, verfestige *Bilder*. Sie stellen aus der Sicht der Zwecklehre jeweils *Endzwecke*[425] 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 man, wenn man sie gegeneinander *abwägen* muss, dennoch weiß, dass man mit der Abwägung einen oder auch beide Werte verletzt.

2. *Idee der minimalen Werteethik*. Das Gute steht dabei *über* dem Recht oder auch *über* dem Herrscher, sodass es beide in ihrer meist verwobenen *Gestaltungsmacht* einhegt. Dies ist auch die historische Aufgabe der Rechtsethik. In der Regel geht es zudem um *Individualrechtsgüter* nach dem Modell des Eigentums, die *alle anerkannten Rechtssubjektive* gleichermaßen

---

423 Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 230. („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." dabei meint Willkür dasselbe wie Freiheit").

424 Mit Bezug auf Kant und Hegel: Köhler, Strafrecht AT, 1997, 25 („Inbegriff der auf ein besonderes … Freiheitsdasein und dessen Existenzbedingungen bezogenes rechtliches Verhältnis"). Vogel, B., Rechtsgüterschutz, ZStW 2017, 629 ff. (unter dem Doppeltitel; „Rechtsgüterschutz und Normgeltung – Zur Funktion des Rechtsguts im Schuldstrafrecht", 636 f. (" Freiheit als übergeordnete Zwecksetzung des Rechts"), 638 f. ("Rechtsgüter als Realbedingungen von Freiheit"), 642 f. ("Normgeltung und Selbstwertgefühl als Voraussetzung von Freiheit").

425 Röhl, Rechtslehre, 1995, 235.

innehaben können. Insofern stehen im Hintergrund auch der Gleichheits- und der Gerechtigkeitsgedanke.

Im Einzelnen trennen wir im *Strafrecht* zwar bekanntlich zwischen den *Individualrechtsgütern* und den *Gemeinschaftswerten.*[426] Letztere bezeichnen wir auch als überindividuelle Rechtsgüter. Schon damit wird aber deutlich, dass die Rechtsgüterlehre vor allem an den *individuellen* Rechtsgütern ausgerichtet ist. Die überindividuellen Rechtsgüter (oder Gemeinschaftswerte) erhalten ihre Eigenständigkeit erst dadurch, dass es die Individualrechtsgüter gibt.

Die Bedeutung der Idee des Rechtsgutes selbst hängt insofern auch davon ab, ob oder inwieweit man sich zu einer „absoluten" *Minimalethik* im *Verfassungsrecht* und über das Grundgesetz dann zur Rolle der „elementaren Sittlichkeit" im Strafrecht bekennt.

Die Bedeutung und das Gewicht der „Minimalethik im Recht" gibt uns das deutsche Verfassungsrecht vor. Sie wird vor allem in der Idee von der unantastbaren und universellen Menschenwürde und deren Bezug zu den allgemeinen *Menschenrechten* sichtbar, Art.1 I, II GG.

Für das „althergebrachte" Strafrecht wird das *Rechtsgutsdenken* samt seiner Kritik schon seit der Zeit um 1830 gepflegt.[427] Sie also vor der der Verfassung entstanden und enthält deshalb auch für ihren Zweck des Bürgerschutzstrafrechts eigene Grundrechtselemente.

Aber diese Art der Rechtsethik war und ist immer -auch umgekehrt- von *gesellschaftlichen* Wandlungen[428] mit abhängig, die wiederum mit der Diskussion der Rechtsgüter[429] einher gehen (Umwelt als Teil des

---

426 So auch in der allgemeinen Rechtsethik: Pfordten, Rechtsethik, 2011, 65 ff. („Rechtsethik, Individualethik, Sozialethik").

427 Vgl. zur dieser Frage nach der Herkunft: Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 6.

428 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).

429 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

Kernstrafrechts, Inzest, Homosexualität, Drogendelikte, aber auch die Frage nach der Höhe der Strafe sowie die Menschenwürde, auch die des Mörders).

Daneben verfügt der einfache Gesetzgeber über einen *beachtlichen Gestaltungsrahmen*, ob und wie er Rechtsgüter mit den Mitteln des Strafrechts schützt oder auch Rechtsgüter, wie die Volksgesundheit, für das Betäubungsmittelstrafrecht anerkennt.[430] Diese Gestaltungsfreiheit wird zum Teil aus der Sicht des halbselbstständigen Strafrechts als kritisch angesehen, zumal dann, wenn es genügt, das *gesetzte Recht*, und nicht zugleich auch ein *Rechtsgut*, zu verletzen.[431] *Recht* und Gut (oder Wert) stehen danach in einem Spannungsverhältnis, ebenso wie schon die rein gesellschaftliche Idee der Sozialschädlichkeit in Bezug auf die zumindest sozialethischen „elementaren Werte des Gemeinschaftslebens".

Für den ethischen Kern des Strafrechts und erst recht für die „*Parallelwertung in der Laiensphäre*" aber *überlappen* sich Recht und Wert und sind dort zum idealen Rechtsgut geronnen.[432]

---

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 Staatrecht 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.

430 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.; Frisch, Voraussetzungen, NStZ 2016, 16 ff. ("Voraussetzungen, und Grenzen staatlichen Strafens", nur sozial unerträgliche, die elementaren Grundanforderungen des Gemeinschaftslebens verletzende und deshalb besonders verwerfliche Verhaltensweisen).

431 Dazu: Kubiciel, Flexibilisierung, 2018, § 24, Rn 42 ff, "Deaktivierung des Strafrechts durch die Rechtsverletzungslehre", Rn 42, die schon bei Feuerbach gegenüber der Vernunftlehre Kants stattfinde (ausführlicher. Kubiciel, Dunkel, 2014, 1 ff., 9), zudem: Rn 49: damit geht der "systematische und systemkritische Anspruch verloren".

432 Vereinfachungen würden also die Kernnormen und ihre Rechtsgüter betonen, vgl. Hoffmann-Holland/Koranyi, Rechtsgüterschutz, ZStW 2015, 913 ff. („Rechtsgüterschutz durch Strafrechtsvereinfachung – Zu den Auswirkungen einer Streichung der §§ 113f. StGB")..

Auch hier liegt die Vernunft in der Mitte: Der strafrechtliche Begriff des Rechtsgutes, dessen verschuldete Verletzung die Strafe ausgleicht, lässt sich - auch und zunächst einmal - als *wertungsoffener* Ausdruck von „Recht“ und auch „Gut“ (Wert oder auch als Art der Freiheit) lesen. Recht meint dabei das demokratische *Recht im* Sinne der Rechtsstaatlichkeit. Dieses Recht bedroht die Tat stets auch. Und der ethische *Wert* im Sinne einer Minimalethik des Rechts und dessen Geltung sind mit der Tat auch gefährdet. Erst wieder der *Verbund*, also auch hier die Vereinigung, erbringt zusätzlichen Sinn und Zweck für beide Ideen, und zwar stellt das Recht den Rechtsschutz und die formale Ausformung für den vagen Wert zu Verfügung. Die Wertethik bewirkt dabei die materielle Wertigkeit auch des demokratischen *Rechts* der gesamten an sich formal-positivistischen *Rechtsordnung* eines souveränen Gesetzgebers.

3. Die *Vorzüge* des rechtsethischen Denkens in Rechtsgütern liegen in einem anderen strafrechtlichen Teilbereich. Aus der Aufgabe des Strafrechts, Rechtsgüter zu schützen, sind drei ethische 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*“.[433]

Aber dazu gehören vor allem die „elementaren Werte des Gemeinschaftslebens“. Anderenfalls aber 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*, um die allgemeinen Ideen der Freiheitsrecht (Art, 2 I GG) oder der Menschenwürde(Art 1 I GG) mit Leben zu füllen.

Die angedrohte Strafsanktion muss zum Rechtsgüterschutz *geeignet* sein. Denn das Strafrecht greift auch in Rechtsgüter des Täters ein. Dazu zählt wiederum die Effektivitätsfrage, ob die Kriminalisierung einer Handlung und die Bestrafung des Täters nicht mehr Schaden als Nutzen bewirkt. So stellt die Schaffung einer Strafnorm stets nur eine ”ultima ratio” dar. Strafrecht erweist

[433] Vgl. auch die entsprechende Definition des Rechtsgutsbegriffs bei Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992, § 13 Rn 9 ff.

sich als *subsidiär* gegenüber anderen Mitteln der *sozialen Steuerung*. Auch diese Forderungen stellen eine Folge des ethischen Ansatzes im Strafrecht dar.

Das Arbeiten mit Hilfe von einzelnen Rechtsgütern prägt dennoch das Strafrecht. Dass es *mittelbar* auch denjenigen gilt, denen die Rechtsgüter ihrerseits dienen sollen, also den einzelnen *Menschen* (Art. 1 I, 2 I GG) und der *Verfassungsgemeinschaft* (Art. 20 GG) ist unbestreitbar.

4. Diese Vorzüge des Gedankens des Rechtsgüterschutzes werden im Strafrecht durchgehend genutzt. So zieht es die einzelnen verobjektivierten und *mediatisierten* oder auch *Zwischenrechtsgüter* durchgehend für eine Reihe an sich wichtiger Aufgaben heran:

- für ein *staatsfreies* und damit auch rechtsethische *Grundverständni*s der Tatbestände,
- 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. Und er untermauert die Sichtweise, das Strafen zumindest auch von der Werteebene aus zu deuten.

5. *Fazit.* Damit ist allgemein erklärt, was mit dem Satz, dass das Strafrecht, dem von Schutz der Rechtsgüter diene, gemeint ist.

## IV. Einzelnes zum Rechtsgüterschutz und dessen Grenzen als Strafidee

1. Die Gedankenwelt um den Begriff des Rechtsgüterschutzes selbst und um dessen Nutzen und auch dessen Grenzen als Strafidee ist noch weiter gefächert.

*Bewertungsnorm*. Rechtsgüter dienen im Strafrecht zudem der *Bewertung* der *objektiven* Erfolgsseite der Tat. Sie stellen somit das Gegenstück zur subjektiven Seite im Sinne des subjektiven Tatbestandes und der Schuld dar.

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 Individualrechtsgut[434] 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 Angriffsobjekt[435], das der Täter bedroht. Sie formen dessen Wesen einerseits aus. Ein (abstrakter) Wert, etwa das Prinzip "Eigentum" (vgl. auch Art. 14 GG), wird als Rechtsgut geschützt. Die konkrete Sache hingegen, die einem Eigentümer gehört, bildet das Angriffs- oder *Tatobjekt*, zum Beispiel des Diebstahls. Man kann auch kurz von *konkreten Rechtsgütern* sprechen.

Insofern handelt es sich einerseits um die Konkretisierung von Rechtswerten oder Rechtsgütern. Anderseits 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 ermitteln 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 in Bezug auf die 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. Ihr Gegenstand ist ein Etwas.

2. *Recht und Rechtsgüter*. Die Geflechte von Recht und Rechtsgütern ist noch umfassender. Einerseits handelt es sich also um an sich *außerrechtliche elementare Werte des Gemeinschaftslebens*. Diese stellt das „Recht" unter seinen Schutz und formt sie 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 sozialethisch 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.

---

434 BVerfG 45, 187, 254.

435 BVerfG 45, 187, 254.

Die Reichweite der Pflicht zum Rechtsgüterschutz durch das 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.[436] Strafe erweist sich auch insofern nur als *„ultima ratio"* des Werteschutzes.

Zur Rechtsidee zählt dabei auch die *Effektivität der Strafrechtspflege*.[437] Sie steht dem Gesetzlichkeitsprinzip gegenüber, das grundsätzlich die Bestrafung aller Taten nach den Gesetzen des Besonderen Teils verlangt. Dabei geht auch 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*. Dahinter steckt zum einen das staatsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip. 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* kollidiert[438] 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 trennen[439] und bloße *Ordnungswidrigkeiten* aus dem Strafrecht herauszuhalten. Diese Lehre bietet zumindest einen *rechtsethischen* Anhalt dafür, unter welchen Voraussetzungen der Einsatz von Strafe

---

436 Vgl. nur BVerfG 39, 1 ff. sowie zum Leben BVerfG 45, 187, 254.

437 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.

438 Dazu Zaczyk, Notwendigkeit, ZStW 2011, 701 ff. , 701 ff.

439 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?").

unverhältnismäßig[440] ist. Auf den Streit, ob oder inwieweit der demokratische Gesetzgeber daran *gebunden* ist, Rechtsgutserwägungen 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 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.

3. *Einige Thesen.* So bietet es sich an, die folgenden Thesen zum Rechtsgüterschutz aufzureihen und dann auch ihre Grenzen zu erkennen.

(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, Rechtgüter 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 *Allgemeinheit*.

(3) Rechtsgüter sind halbeigenständig. Sie stellen einerseits *eigenständige Werte* „an sich“ oder „Endzwecke“ dar. Andererseits liegt der Vorstellung vom Rechtsgüterschutz auch eine grobe *Werteordnung* zugrunde, die eine interne *Abwägung von einzelnen Gütern* erlaubt. Dies verdeutlichen der rechtsfertigende Notstand und die Strafrahmengruppen 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)

---

440 Siehe bereits BVerfG 45, 187, 259 f.; zu diesem verfassungsrechtlichen Begriff, der mit dem der Schuldangemessen 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.

(4) Sinnvoll zur Begründung von Strafe ist die Rechtsgüterlehre nur dann, wenn auch insofern eine Abwägung erfolgt. Sie drückt ethische Gedanken aus, die auf der Verfassungsebene die Grundrechtseingriffe mit dem *Schutzgedanken* rechtfertigen. Mit strafrechtlichen Begriffen gefasst, lauten sie:

Das Strafen ist aufgrund von latenten *Notstandlagen* zu rechtfertigen. Denn Strafen ist – grundsätzlich - zur Abwehr von Gefahren für die Rechtsgüter geeignet und als ultima ratio auch notwendig.

Diese Abwägung trifft die Legislative dann für einzelne Fallgruppen. 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 irreal. 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 schützenwert sind. Er hilft, das Unrecht über den Unwert mit zu bestimmen.

(7) Die Vorstellung, das Strafen mit dem Rechtsgüterschutz zu rechtfertigen schlägt eine *Brückenidee* zwischen Prävention und Ethik. Dabei ist offenkundig, dass der Schutz von Rechtswerte etwas Rechtmäßiges und Gutes ist und der Verletzung von Rechtsgütern etwas Unrechtmäßiges und Unwertiges. Mit ihnen lässt sich auch eine Güterabwägung betreiben, die das Gute des Strafens aufzeigt.

4. *Zur Verfassungswidrigkeit.* Aber für sich allein betrachtet erscheint die Idee vom Strafen, um Rechtsgüterschutz zu betreiben, dennoch 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 aber 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 auch im Prozess und dem Strafgefangenen auch noch im Vollzug seine Stellung als *Rechtsubjekt* 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 *Strafgesetze 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 Freiheitstrafen werden für eine Tat bestimmt, die eigentlich eine bloße Ordnungswidrigkeit darstellt, Strafhaft für eine Satire verhängt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht dient sie der Konkretisierung des *Willkürverbots* im staatlichen Strafrecht.

Rechtsgutserwägungen bilden also die Einbruchstellen für die *Ethik* in das Strafrecht. Allerdings auch der Rückgriff auf den Utilitarismus zählt dazu.

5. *Kritik.* Auch ist nachzuarbeiten. So ist mit *Kindhäuser*[441] zunächst darauf hinzuweisen, dass die Forderung nach Rechtsgüterschutz selbst noch *keine Begründung* für den Einsatz des Übels der Strafe darstellt. Einzelwerte und ihre Werteordnung sagen selbst nur etwas über *Verletzungsakte* aus, also dass diese ein *unwertiges Verhalten* darstellen.

441 Kindhäuser, Personalität, GA 1989, 493 ff., 506 f.

Um auf die Wertverletzung, wie auch immer, zu *reagieren*, bedarf zudem des großen nächsten Schrittes. Er besteht in der Regel darin, nach der *ausgleichenden Gerechtigkeit* zu suchen. Deshalb ist die Rechtsgüterlehre kaum trennbar mit der *Gerechtigkeitslehre* verbunden.

Für den gerechten Ausgleich aber sind die einzelne *Werte* noch zu *relativieren* und in eine *Güterabwägung* einzubringen. Der *Rechtsgutseingriff* der Strafe ist mit der Rechtsgutsverletzung in das Verhältnis der Gleichwertigkeit zu bringen.

Zudem muss die Reaktion auch den *Schutzzweck* erfüllen (können). Er muss also auch eine „ratio", wenn auch nur eine „ultima ratio" darstellen (können).

Zudem würde auch eine und damit *jede einzelne* Verletzung für sich betrachtet der Sicherung des allgemeinen Achtungsanspruchs der Rechtsgüter *nicht* (hinreichend) schaden. Deshalb handelt es sich letztlich doch auch um eine *besondere* Art der *Sozialschadenslehre*.

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 konkreten 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 Strafrahmenabsenkung 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 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 erweist sich insoweit als 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.

6. *Fazit*. Das deutsche Strafrecht kennt und nutzt ethische Rechtsgutsbetrachtungen und diese sind kaum trennbar mit der *Gerechtigkeitslehre* verbunden. Das Verfassungsrecht betreibt sie in ähnlicher Weise als *Grundwerte* und sucht nach „praktischer Konkordanz".

Die Idee vom Schutz einzelner elementarer Werte stellt den ethischen Kern des gesamten deutschen Rechts dar 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 auch jeder *präventive* Ansatz eine Güter- als Interessenabwägung betreiben, bei der dann auch das Recht als Teil des Gemeinwohls und die Idee der Humanität mitzuberücksichtigen sind.

Jede *rationale Abwägung*, also auch der Kern der richterlichen Aufgabe, verlangt nach einer Gewichtung, also einer *Bewertung* von Vernunftgründen, und zwar als „gut" und/oder „nützlich". Dafür einigen wir uns im Vorwege auf wenige *Hauptwerte*. Nach und nach entwickeln, erproben und reformieren wir gesamte grobe *Werteordnungen*. Aber bei einer *einzelnen* Abwägung liegen auf den beiden Seiten der Waage vor allem einzelne *besonders* gewichtige Werte.

Trifft nun ein vernünftiger Gesetzgeber *allgemeine gesetzliche* Vorwertungen, so wird auch er diese an einer groben Werte- oder dann auch *Rechts*güterordnung ausrichten (müssen), die dann ein Bündeln von einzelnen Werten umfasst. Selbst *Emotionen*, wie ein allgemeines Strafbedürfnis oder die

Rechtstreue der Allgemeinheit, kann und wird der vernünftige Gesetzgeber zu einer Art von abstrakten Gütern umformen. Kurz: keine Abwägung ohne eine Art von Werten.

## V. 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*. Die Rechtsgüterlehre ist 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 den *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* relativiert. Damit schwächt diese Lehre allerdings die Frage nach der Bewertung und somit die Kraft der Bewertungsnormen in nicht unerheblichem Maße.

Die methodische Alternative zu *objektiven* Werten nach dem Modell des Eigentums bilden die *personalisierten* Freiheitsrechte, und zwar dann, wenn man die Idee der Freiheit also solche oder ihre vielen Ableitung, wie auch Fortbewegungsfreiheit oder die Handlungsfreiheit, der Idee der Person unterwirft. Sie allerdings wird wiederum auch erst dadurch zur *Rechtsperson*, dass sie sich mit einem Bündel von einzelnen Freiheits*rechten* ausgestatten weiß.

*Einzelne* derartige *Freiheitsrechte* sind ohnehin von *vornherein* von den Rechten *der anderen* begrenzt. Die Freiheits*rechte* des Einen werden am Ende durch die Freiheits*rechte* des „Anderen" begrenzt, so wie es auch Art. 2 I GG mit dem Satzteil andeutet „*soweit er nicht die Rechte anderer verletzt*".

Freiheitsrechte erweisen sich also per se als *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) per kommunikativer *Anerkennung geben* und auch *nehmen*. Freiheitsrechte erkennt man sich gegen- oder allseitig mit einem *vertragsähnlichen Konsens* zu und

kodifiziert sie dann. So gibt es zwar das Recht auf die (fast) vollständige Herrschaft über das Eigentum, aber nicht auf die volle Freiheit, etwa diejenige jemanden zu beleidigen, zu verletzen oder zu töten. Die einzelnen Freiheitsrechte sind also vor allem über die *Rechts*seite definiert.

*Roxin* und grundsätzlich auch die Vertreter einer *personalen* Handlungslehre unterwerfen somit die Rechtsgüter einer diese *überwölbenden* Sicht. Aus sozialer und auch aus personaler Sicht erläutert *Roxin* die Rechtsgüter deshalb nur 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.*"[442]

Ihm geht es also um den Nutzen für die freie Entfaltung (a) des *Einzelnen* und (b) das Funktionieren des Systems *Gemeinschaft* insgesamt. Danach aber werden die *einzelnen* Güter wie Leben, Leib, Freiheit oder Ehre *nicht* um ihrer selbst willen geschützt.

2. *Kritik.* Andererseits setzt das Strafrecht des Besonderen Teils zumindest vielfach auf die einzelne 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, dass durch das Recht allgemein, aber nicht unter allen Umständen, geschützt wird. Zudem gilt auch umgekehrt, dass erst die Summe der *einzelnen* Rechtgüter (und die der verfassungsrechtlich die Grundwerte) als dessen Elemente das „Gemeinschaftsleben" erklären oder erst ihre Bündelung den Rechtsstatus des Einzelnen erläutern.

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 oder aber auch die strafweise Aberkennung von Teilen bloßer *Rechtspersonalität*. Freiheitsrechte werden durch gemeinsame *Rechtsetzung* gegeben und, wie es das Strafrecht zeigt, auch durch Rechtsetzung genommen. Strafe bildet danach vorrangig einen „Rechtsnachteil", Art. 5 EGStGB.

---

442 Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 9.

Das Menschsein ist zwar auch in Art. 1 I GG verrechtlicht, es stellt die Grundlage der Rechtssubjektivität dar. Aber die Würde erweist sich als *unantastbar*. Sie muss nicht erst intersubjektiv durch deren Anerkennung geschaffen werden, sie kann deshalb nicht aberkannt werden. Denn sie ist, wie die Seele, *konstitutiv* mit dem *Sein* des Menschen 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 insofern sozial-liberale 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. Anderseits könne Menschen etwa als Sklaven oder Feinde zu „Unpersonen" degradiert und damit auch die *Todesstrafe* begründet werden.

Insofern bietet es sich allerdings an, von einem festen Verbund von Art. 1 I GG und Art. 2 I GG auszugehen,[443] bei dem die personale Freiheitsidee, der Würdeidee *unterworfen* ist.

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.

3. Das pragmatische *deutsche Rechts- und Verfassungssystem* verfügt über *beide* Ansätze, aber wohl auch über eine Rangfolge, der sich auch das Strafrecht unterwerfen sollte.

Die Personenidee und Güterordnung lassen sich verbinden, wie beim Rechtsgut Leben und dem Bestand der Bundrepublik, § 81 StGB. 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 einzelnem Menschen, als Rechtsperson mit unantastbarer Würde und mit individuellen Werten ausgestattet und

[443] Vgl. etwa BVerfG, Volkszählung, 65,1 (im Leitsatz: "allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG").

- demokratischem Bundesstaat, souveräne kollektive Person mit kollektive Werten und zu schützenden Institutionen.

Beide begreifen wir als freie, souveräne und autonome *Rechtssubjekte*. Als solche sind sie auch fähig, sich ihre Gesetze selbst zu geben und sich zudem an die Minimalethik der Verfassung, der Sittengesetze oder die „elementaren Werte der Gemeinschaft" oder auch an die „Vernunft" zurückzubinden (es zumindest zu können und sollen).

Als höchste Selbstwerte dieser beiden Personen (oder besser Subjekte) gelten ihr *Dasein* und ihre grundsätzliche Handlungsfähigkeit, also ihre reale und ihre soziale *Existenz*.

Im Einzelnen:

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 noch 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.[444] 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 „körperlich" existieren (der Staat über das Staatsgebiet und das Staatsvolk). Aber das Maß der verrechtlichten Freiheiten handeln die autonom gedachten Subjekte immer *untereinander* aus, in privaten und in internationalen

444 Vgl. erneut BVerfG 45, 187 ff. (schon im Leitsatz).

Verträgen oder auch in ihren Verfassungen, 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.

4. *Demokratischer Bundesstaat*. Dieser Begriff vereint den sozialen Aspekt des Volkes mit dem rechtlichen des Bundstaates. 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*.

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*, denn die *Allgemeinheit*, die er meint, bildet vor allem diejenige des deutschen Volks-Staates.

Die vage Gesellschafts- oder auch Volksidee lässt sich zwar auch anders, und zwar bipolar (wie in den USA) 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) formt dann ein weiteres, im Zweifelsfalle *höher*rangiges 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.

Geschützt werden sollen 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.

5. *Zwei personale Höchstwerte und eine vage Werteordnung.* 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 zudem alle *Einzelwerte* eigentlich jeweils *Endzwecke* dar. Dennoch lassen sie sich, zumal unter dem Begriff der Rechts*güter*, 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.

Insgesamt gilt also:

- Die beiden *Höchstwerte* stellen 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 dar.

- Sie sind bei auch, aber nachrangig Rechtspersonen, denen Freiheitsrechte in einem gewissen Maße zu und aberkannt werden können, vgl. das Widerstandsrecht des Art 20 IV GG. [445]

- 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.*

- *Methodisch* betrachtet sind allerdings Höchstwerte *Letztbegründungen* von *substanzieller* Art. Sie liegen als tiefster Grund zugrunde. Das heißt, sie liegen sich selbst zugrunde. Deshalb sind sie selbst mit dem Dilemma verbunden, dass sie ihrerseits nicht weiter ableitbar sind. Auch sind sie von *transzendenter* Art, denn sie bilden Überschreitung der endlichen Erfahrungswelt von säkular-religiösen Art. Auf diese Weise beschreibt erst die *Summe* der *halbkonkreten 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 Rechtsguts*träger*, denen in aller Regel eine *Verfügungsbefugnis* über diese Güter zusteht.[446]

---

445 Zu „Ungerechten Recht“: Müßig, Summum ius, 2013, 23 ff., 23 ff. Pfordten, Rechtsethik, 2011, 195 ff.

446 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.

6. *Friedens- und Kriegslagen*. Wiederum benötigen wir beides, die Idee von *bunten* einzelnen *absoluten* Werten und ein grobes Gesamtkonzept einer vagen Werteordnung. So ist nach vorherrschender -und damit rechtskultureller- Ansicht das Leben eines 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.

7. *Fazit.* Nahe liegt es, die verfassungsrechtliche und die strafrechtliche Ansicht zusammenzufassen und wie folgt zu ordnen:

- Das *personale Hauptrechtsgut* stellt auch aus verfassungsrechtlicher Sicht der *Mensch*, Art. 1 I GG, dar. 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 Individualrechtsgüter ab, anderseits *verdeutlichen* sie überhaupt erst das konkrete Wesen des Menschseins.

- Daneben steht Art. 20 I GG mit seinem Schutz des demokratischen Bundesstaats (vgl. Art. 79 III GG). Er kennzeichnet ein in der Regel gleichrangiges weiteres *personales Oberrechtsgut*. Zu dessen Einzelwerten zählen 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).

- 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, bietet insofern eine *Brücke* zwischen Mensch und Gemeinschaft. Dazu gehören auch die gemeinsame Rechtspersonalität 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 minimalethischen Grundsätzen als Teil der Vernunft - oder aber auch die gemeinsame (strafbare) Fähigkeit zur willkürliche Selbstbefreiung von der Geltung des Rechts.

- In Friedenszeiten zumindest genießt die Menschenwürde *absoluten* Vorrang, in Kriegszeiten fordert der demokratische Staat notfalls auch Menschenopfer.

## 2. Kapitel

## Allgemeine Generalprävention II: Sonderlehren und Fortentwicklung

### I. Verletzung des Achtungsanspruchs von Normen, gesellschaftliche Kommunikation und Normgeltungsschaden (*Jakobs*, *Kindhäuser*), Tabubruch (*Hörnle*)

1. *Verletzung des Achtungsanspruchs.* Rein normativ lässt sich die Strafen als die Antwort auf die Verletzung des *Achtungsanspruchs* von Normen begreifen, die dann zur normativen Aberkennung von personalen Rechten führt. Dieser personale Ansatz verzichtet dabei auf Werte und Rechtsgüter. Er stellt auf die Sozialschädlichkeit ab und sieht in einem Schaden an der *sozialrealen Rechtsgeltung* der strafrechtlichen Verbotsnormen.

Zu diesem Anspruchsdenken passt auch der Begriff vom (rechts-) *staatlichen Strafanspruch*, der sich aus der *Verletzung* des Achtungsanspruchs durch den Täter ergibt. Aus dieser Sicht geht also -zumindest vorrangig- um den *Achtungsanspruch*, den der Täter mit seiner Tat verletzt.

Zur Verdeutlichung lassen sich die Begrifflichkeiten der *Zurechnungslehre*, die *Jakobs*, *Kindhäuser* und andere verwenden, um die Schuldhaftigkeit der Tathandlung zu beschreiben (oder auch um sie zu ersetzen), auf die Strafe ummünzen.

So erklärt Kindhäuser, wie oben schon zitiert, mit Jakobs sie die Handlung das „Sich-schuldhaft-zuständig-Machens für einen Normgeltungsschaden“[447]. Es sei, setzt Kindhäuser folgerichtig nach, ein „Kommunikationsakt mangelnder Normanerkennung“.[448]

Sobald und soweit die Strafe auf die *Allgemeinheit* ausgerichtet ist, hat sie in der Tat *vorrangig* einen expressiven, also kommunikativen Charakter. Denn eine Allgemeinheit entsteht überhaupt erst durch und mit Kommunikation (und zudem mit festen Riten), Die Strafe soll danach etwas ausdrücken und ein recht komplexes, zudem rituelles Signal an „alle“ setzen. Die Strafe besagt: *Diese Straftat soll nicht sein! Das verletzte Recht soll insofern weiter gelten! Die*

447 Jakobs, Handlungsbegriff, 1992, 44.

448 Kindhäuser, Grundfragen, 2001, 638.

*Gefahr ist gebannt! Tatgeneigte sollen sich vorsehen! Man kann dem Rechtsstaat wieder vertrauen!*

Das Strafen ist Teil der Kommunikation untereinander und der Täter gilt nur als einem Mitglied unter vielen und nicht als autonomem Individuum.

*Jakobs*[449] 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"*.[450]

Den Hintergrund gestaltet zwar vor allem *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. Auch jeder antike Gesetzgeber wählt mit seinen Gesetzestafeln diesen Weg. Selbst jede öffentliche Hinrichtung dient der Kommunikation mit der Öffentlichkeit. Der Urteils*spruch* umfasst ebenfalls diesen Teil des kommunikativen Rechts. Bei dem Stichwort vom expressiven Charakter des Strafens geht es also darum, dieser Seite des Strafens ein *besonderes Gewicht* zu verleihen.

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.[451]

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. Mitbetroffen ist überdies immer auch, wenn man die *Gemeinschaftswerte* so weit fassen will, die Idee der *Rechtssicherheit*, also der Wert von *Recht* als solchem. Auch die „*Bewährung der Rechtsordnung*" lässt sich als *Gemeinschaftswert* begreifen. Die Rechtsseite der Rechtsgüter wird dabei selbst zum Wert, obwohl *Jakobs* und die Vertreter einer rein normativen Lehre Werte verzichten und von Erwartungen und deren Enttäuschung sprechen.

---

449 Kindhäuser, Personalität, GA 1989, 493 ff., 506 f.

450 Jakobs, System, 2012, 13 f.

451 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").

Zur Strafe wird also nicht vorrangig im Konkreten Gleiches mit Wertgleichem vergolten, sondern vorrangig die allgemeine *Fortgeltung* eines allgemeinen Rechts durch einen *symbolischen und öffentlichen* Akt bekräftigt.

*Kritik*. Diese Sichtweise setzt in schlüssiger Weise das Normative des Rechts *absolut*. Es dient also den große Idee des Recht und des Staates als Rechtstaates. Aber auch das Recht und der Rechtsstaat dienen ihrerseits bestimmten (Bürgerschutz-) Aufgaben. Sie bilden zumindest für sich *allein* keinen hinreichende *Grundnorm*.

Rechtsgüter beinhalten sinnvoller Weise *beides*, das Rechts- und das Wertedenke; die Grundrechte beruhen auf Grundwerte, die Teil einer vage Werteordnung sind. Das normative Rechtsdenken bedarf zumindest zu seiner *Ergänzung* einer Minimalethik.

2. *Tabu und Recht.*[452] 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 Unverletzlichkeitsanspruch 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 Menschenwürde. Der Tabubegriff ist typischer Weise an die 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 Menschenwürde, verweist oder etwa den Ruf nach „Freiheit, Gleichheit und

---

452 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.

.

Solidarität“ zu einem *Credo* erhebt, das die politische Aufklärung mantrahaft verwendet, um es in die Tiefe des Gewissens einzupflanzen. Jetzt bestimmt dieses semireligiöse Credo auch die Präambel, die Gliederung und den Inhalt der Europäischen *Grundrechtecharta* mit.

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 sozialethischer Verhaltensvorschriften. Von diesen unterscheiden sie sich durch den Anerkennungsgrad, da sie per definitionem nahezu allgemein nicht hinterfragt werden.“*[453]

In der Verbindung mit Gesellschaft 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 *Lebens-Schutztabu* darstellt. An die Stelle der Rechtsgutsverletzung tritt das psychologische Element der Straftaten als Tabubruch, das letztlich aber *anlog* dazu zu sehen ist. Subjektive Grundwerte verweltlichen das Heiligkeitselement des Tabus. Art. 1 I GG verbindet auf dieses Weise „Würde“ und „Unantastbarkeit“.

4. *Kritik*. Damit sind zwei bedeutende Sonderlehren aufgezeigt, die mit dem Normbruch als Normgeltungsschaden und dem Tabubruch arbeiten.

Ihnen ist gemein, dass sie auf das materielle Element der *Werte* weitgehend 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 danach allerdings -aus rein normativer Sicht und in Bezug auf den Täter - vor allem als eine Art von Ungehorsamsstrafe. Auch mag die Strafe

453 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.

selbst ein Übel, sogar selbst einen Tabubruch und ein kleines Menschenopfer darstellen.

Die Verantwortung dafür trägt jedoch 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.

Aus dem Blickwinkel dieser Lehren erweist sich wichtiger als die Bestrafung des einzelnen Täters die Bedeutung des *Strafverfahrens* für die „Bewährung der Rechtsordnung" oder die „Geltungskraft des Rechts", beziehungswiese für die Aufrechthaltung von *Handlungstabus* in der Gesellschaft. Der Täter ist also *nicht* der vorrangige Adressat, und so steht auch die konkrete Strafvollstreckung 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.

5. *Fazit*. Der hoch *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.

## II. Tadel als expressiver Charakter des liberalen Strafens (*K. Günther, Hörnle*), Eigenverantwortung als innere Kommunikation und Selbstwiderpruch

1. *Tadelnde Missbilligung*. Der Gedanke vom Widerspruch gegen den Normbruch im Hinblick auf die prägnante Formel vom „*expressiver Charakter des Strafens*" ist noch weiter zu *vertiefen*, zumal er auch eine *dritte* Sicht neben Vergeltung und Prävention zu bieten verspricht.

Der angloamerikanische Straftheoretiker *Feinberg* hat 1965 einen Essay über „The Expressive Function of Punishment“ verfasst.[454] 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 sozialethische Bemakelung kennen und ihn mit dem *Strafausspruch* verbunden wissen.

Dieser Ansatz, der von *Tadel* ausgeht, setzt in besonderer Weise kommunikativ an. Das Gericht spricht den Tadel öffentlich aus, wendet sich also auch an die Gemeinschaft und es redet den Täter auf der *intersubjektiven* Du-Ebene an. Zudem agiert es symbolisch und nimmt die hoheitliche Position und Rolle eines Entscheiders ein, der den Tadel für die Gemeinschaft „im Namen des Volkes“ erklärt und mit ihm auf seinen sozialen Status im Volke einwirkt.

Gelegentlich wird auch der „*Sinn*“ des Strafens, also der erschöpfende Selbstzweck, im rechtlichen Tadel oder in der staatlichen Missbilligung gesehen.[455] Besser sollte aber der „Sinn“ des Strafens im Selbstzweck der Idee des gesamten *„gerechten Tatschuldausgleich“* begriffen werden, zu dem dann *auch* der Tadel im Schuldspruch gehört.[456]

*Klaus Günther* hebt *„Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe“* heraus und fragt, ob sie allein nicht *„Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention“* bieten könnte. Sie würde auch *ohne* nachträgliche Übelzufügung auskommen.[457]

*Hörnle* will ähnlich, die „*nicht-präventionsorientierten Ansätze als expressive oder kommunikationsorientierte Straftheorien*“ bezeichnen, und damit auch die herkömmliche Trennung von absoluten und relativen Straftheorien *ersetzen*.[458]

---

454 Feinberg, Function, 1965, 397 ff., 354 ff, 397 (Er trennt aber sofort zwischen der harten Strafe und deren expressiver Funktion), allerdings je härter die Strafe ausfällt, desto nachdrücklicher ist auch die Funktion erfüllt.

455 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019, Rn 620; vgl. auch Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2018 § 46 Rn 1.

456 So dann Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2018 § 46 Rn 2.

457 Günther, K., Bedeutung, 2002, 205 ff. , 205 ff.

458 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, Strafen, 2009 , 64 (zur sprachtheoretischen Analyse der Strafe). Siehe auch Bruckmann, Sinn, KriPoZ, 2019/03/25, (aus dem abstract: "Ein

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 zudem 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*".[459]

*2. Diskussion.* Gegen *Günthers* Rückzug auf das Expressiv-Symbolische spricht die Erfahrung, dass das Strafen zumindest *herkömmlicher* Weise immer auch mit einem *Realakt* verbunden war und ist. So geht es bei Strafen um *mehr* als um ein kommunikatives Signal der *Missbilligung*, das durch die Ankündigung und den Vollzug der Strafe *verstärkt* wird.[460]

Es geht auch um einen Realakt mit *eigenem* Gewicht, und zwar vor allem bei der zu *vollstreckenden Freiheitsstrafe*. Denn Geldbußen mag man noch vorrangig als symbolische Denkzettelstrafen begreifen. Die symbolische Deutung ist für den Strafvollzug jedoch unangemessen. Der Täter soll mit ihm vielmehr -retributiv gedeutet- vor allem „*erfahren*“, er soll also spüren, was denn seine Tat wert ist. Die Mitteilung seiner Bestrafung beinhaltet vielmehr eine Botschaft, die die Adressaten, die Allgemeinheit, die Opfer und nur im Idealfalle auch den Täter selbst *befriedigen* soll. Sie lautet, es geschieht sozialreale *Buße,* die der Versöhnung dient oder zumindest dienen soll.[461]

Insofern geht es nur, aber immerhin um das *Gewicht* der Idee des Tadels und die Deutung des dazu gehörenden Realaktes. Die normative Missbilligung, also der Tadel, und das faktische Übel es Freiheitsentzuges gehören *insgesamt* betrachtet *gleichgewichtig* zusammen.[462]

Wie jede einzelne Straftheorie übergewichtet auch diese Lehre den eigenen Ansatz zulasten der anderen. Diese Methode sorgt zwar dafür, dass das

---

Verständnis retributiver Theorien als „absolut“ im Gegensatz zu „relativen“ Alternativen erweist sich dabei als irreführend. Überzeugender erscheint die Ersetzung dieser Dichotomie durch „expressiv“ und „präventiv““).

459 Hörnle, Straftheorien, 2011, 58, 24 f.

460 Hörnle, Straftheorien, 2011, 45, Strafsanktion als "Verstärkung und Ausdifferenzierung des kommunikativen Aktes."

461 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 („Übelzufügung als Buße“), 216 ff („Versöhnungsgedanke - eine Illusion?“).

462 Satzger SSW-StGB, 2017, Einleitung, Rn 2, spricht schlicht und kurz von „kumulativer Übelzufügung und Missbilligung“.

Dilemma der Widersprüchlichkeit eine Verbundlösung abgeschwächt wird. Solche Einzellehren entrichten aber den Preis der Einseitigkeit und gefährden damit die Klugheit, die dennoch ihnen stecken.

*Hörnle* möchte dabei zum einen den *Präventionsgedanken* zumindest zurückdrängen und fordert zum anderen auch, mit den *Straftatopfern* zu kommunizieren. Damit bewegt sie sich auf der Ebene der vergeltenden Tauschgerechtigkeit, die *Fairness*- und damit Gerechtigkeitselemente[463] aufweist. Sie sieht aber auch ein Interesse der *Allgemeinheit*. 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. So beinhaltet *Hörnles* Ansatz aus *generalpräventiver* Sicht dann doch folgerichtig als das höchste Schutzgut die Allgemeinheit.

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.

Diese Sichtweise kann sich für Einbeziehung der Opfersicht immerhin auf die Idee von der *Menschenwürde* stützen. Die Opferbeteiligung, von der Nebenklage bis hin zu Opferanwälten, hat das deutsche Strafprozessrecht auch ausbaut. 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.[464]

---

463 Ähnlich: Bröckers, Verantwortung, 2015, 317 ff. („Fairness als praxisinternes Prinzip“).

464 Dazu: Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Europäischer Haftbefehl, Abs. Nr. 57, auch hier mit etlichen Selbstzitaten, (Hervorbungen 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>).“

Auch die „Nächsten" der Opfer, zumeist diejenige die *nicht* selbst hart *traumatisch*[465] 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 an die Anwendung des *allgemeinen* Strafrechts oder an *Rache*.[466] [467] Offenbar reicht der verbale Schuldspruch nicht aus. Es bedarf -insofern mit *Hörnle*- dessen schmerzhafter Verstärkung, die aber dann doch in als Strafhaft ein hohes *Eigengewicht* erlangt. Es nötigt, wenn man auf die *Opfersicht* blickt, zumindest in der Demokratie dieselben Empathischen unter den Strafenden einzuhalten und danach zu fragen, was sie denn eigentlich selbst tun und sie denn selbst reale Gewalt einsetzen wollen oder wirklich müssen.

3. *Täter als eigenverantwortlicher Adressat*. 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 festschreibt. 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 verletzt, das er als ein Vernünftiger als sein *eigener* Imperativ in sich trägt,

Der „expressive Charakter der Strafe", der heute so häufig und zu Recht angesprochen wird, steckt seit langem schon im Sprachbegriff der

---

465 Zu „Trauma und Justiz" im „Handbuch der Psychotraumatologie": Drenkhahn/Dudeck, Trauma, 2019, 995 ff .

466 Aus philosophischer Sicht: Schramme, Empathie, 2013, 621 ff. 621 ff (*„Empathie als der Kitt des moralischen Universums*").

467 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 Theilnehmun*g seines Gefühls, *sympathetisch* zu anderer ihren Gefühlen das seine mittönen und sich so blos 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 unterscheide in seiner Vermögenslehre „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.

„*Verantwortung*“. Aber der *Eigen*verantwortung fehlt der expressive Gedanke der Kommunikation *mit anderen.* Sie beinhaltet eine Auseinandersetzung mit sich selbst, mit seinem *Gewissen* oder seinem Überich. Man kann die „Schuld“ insofern auch als *Selbstwiderpruch*[468] verstehen. Ansonsten aber tritt der Täter im Modell von der Selbstverantwortung die Lawine der Strafe, samt der Missbilligung durch seine Tat, also einen Realakt, *selbst* und *durch sein Tun* los. Dem entspricht dann auch der Realakt der Vollstreckung. Er straft sich selbst und entlastet auf diese Weise zumindest *teilweise* das „Volk“, in dessen Namen die Gerichte strafen wird, von ihrer eigenen Verantwortung.

Folgt man zudem 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 begrifflich um ein *Einverständnis*, denn der Wille muss *nicht* anders als durch die Tat, die der Täter mit Unrechtsbewusstsein durchführt, und nicht ausdrücklich erklärt sein.

4. *Differenzierung.* Im Einzelnen 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 *kommunikative*n Aufklärung von Tat und Tätermotiven als Teil der Aufarbeitung ihres eigenen *seelischen Traumas*.

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.

Zugleich 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

[468] Vgl. auch Zabel, Schuldtypisierung, 2007, 402 („Schuld als selbstwidersprüchliche Weltinterpretation“).

Straf-Kommunikation ersparen. Mit *Jakobs* und anderen gedacht 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.

5. *Fazit.* Vereinfacht stellt die *vollstreckte Strafe* für den einzelnen *Strafgefangenen* vor allem einen Realakt dar. 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. Präventive Ausgleichsgerechtigkeit: Widerspruch, Bekräftigung, Heilung, Restitution, Sühne und Genugtuung; Diskussion der ausgleichenden Gerechtigkeit

1. *Strafe als heilender Ausgleich*. Was bedeutet nun aber das Strafen selbst? 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. Soweit das Ausgleichen nun aber der Heilung der Verletzungen der Allgemeinheit dient, befördert es deren *Gemeinwohl*. Danach *beugt* diese Art des Strafens zwar *nicht unmittelbar* vor, aber sie heilt zunächst einmal die Verletzungen (poena medicinalis).

Ist sie folglich vom Willen und Wohl der Allgemeinheit abhängig, in welcher Form auch immer, so handelt es sich zumindest schon deshalb um eine *relative* Straftheorie, die im weiten Sinne den *Gesellschaftsschutz* betreibt. Das Strafen wir dabei *nicht* um seiner selbst willen betrieben.

Nach allem beinhaltet die Strafe selbst (in der Strafidee, dem Strafgesetz, dem Strafurteil und dem Strafvollzug) zumindest auch und generell das *Ausgleichen* eins Schadens und stützt sich damit im Kern auf die große Idee der Gleichheit.

*Welche Art des Schadens* aber zumindest vorrangig auszugleichen ist, bestimmt die jeweilige Grundposition. Vielfach geht es den Vertretern der *Schadenslehre* zwar auch um den Ausgleich, aber zumeist offen und zunächst um den eines Rechtsschadens der staatlichen Gesellschaft.

So sorgt das Strafen -auch- für die Negation der Negation. Es *hebt* mit *Hegel* die Negation des Täters *auf*. Sie wirkt gegenüber dem konkludenten eigenen 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*). Sie heilt die Verletzung des Rechts. Sie bekräftigt die erschütterte Rechtsstreue. Sie sorgt bei „enttäuschten Erwartungen" für die *Wiederherstellung* des verlorengegangenen Vertrauens.

Tabubrüche verlangen nach *Buße* und ausgleichender *Sühne*, um das Tabu selbst *aufrechtzuerhalten*.

Insofern besteht eine starke dogmatische Brücke zum Wesen der *Vergeltungsidee*, die das blinde Ausgleichen von realen *Übeln* zum Prinzip erhebt.

Aber *mittelbar* dient das *Heilen* des Rechtsbruchs dazu, die Allgemeinheit - im Sinne der positiven Generalprävention- *rechtstreu* zu halten, also auf diese Weise weiteren Straftaten *vorzubeugen*. Die Ausgleichsidee, also die Kernform der Gerechtigkeit, wird danach offen oder faktisch als *Mittel* zur Prävention eingesetzt.

2. *Genugtuung und Rache*. Gelegentlich wird, etwa auch schon von *Binding* und *Jelinek*, der Begriff der Genugtuung in ähnlicher Weise eingeführt.[469] Mit den Worten von *Jelinek*[470]:

---

469 Binding, Normen, II, 1914, 32. Zugleich zu einer Vorauflage 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").

470 Jelinek, Bedeutung, 1908, 129., und 131

„*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".*

Diese Auflagen bestehen zumeist in Geldbußen. Die vollstreckte Strafe dient - umgekehrt- also zumindest auch dieser Aufgabe. Im Verbund mit ihr ist die Sonderreglung 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, derjenige der emotionalen und der der sozialen Befriedung, die wiederum am Ende weitere Straftaten, hier die *persönliche Rache* und die Gefahr eines gesamten Kleinkrieges, verhindert. 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 Strafidee, 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.

3. *Allgemeine Gerechtigkeit und Tatstrafrecht*. Die grundsätzliche Strafpflicht entstammt aus der uralten Gerechtigkeitsidee. Dabei ist die Gerechtigkeitstheorie inzwischen zum Teil des allgemeinen *Rechtsstaatsprinzips* geworden. Schon damit *dient* es aus verfassungsrechtlicher Sicht *auch* der *demokratischen Allgemeinheit,* und der Ideenverbund von „Recht und Gerechtigkeit“ beschreibt zugleich einen elementaren Teil ihres demokratischen Wesens. „Recht und Gerechtigkeit“ lassen sie sich als schützenswerte *Rechtsgüter der Allgemeinheit* begreifen. Sie bilden damit „gute Gründe“ für die rationale Abwägung, ob und vor allem wie zu strafen ist.

Auf der Ebene des materiellen Strafrechts gehören „Recht und Gerechtigkeit“ zum Rechtsgüterkomplex, der Sinn und Zweck der *Rechtspflegedelikte* erklärt.

Recht und Gerechtigkeit, verankert im Rechtsstaatsprinzip, sind als ultima ratio auch mit der Strafe zu schützen. Sie bilden als Teil des Rechtsstaats insofern dann auch ein Element der „allgemeinen Generalprävention“.

Prävention und Vergeltung sind auf diese Weise miteinander *verbunden*. Insofern ist *K. Günther* und *Hörnle* zuzustimmen. Man kann etwas verbindendes *Drittes* erkennen. Aber beide Ansätze sind letztlich danach zu *trennen*, welcher Gesichtspunkt *absolut* gesetzt wird.

Wer die „Allgemeinheit“ oder die Gemeinschaft (oder vorrangig das demokratische Volk etc.) absolut setzt und sie *mittels* „Recht und Gerechtigkeit“ schützt, der betreibt vorrangig *Generalprävention*.

Wer dagegen die Gerechtigkeit für sich allein schon absolut setzt und sie als harten Kern des Rechts ansieht, sieht sie als *Letztbegründung*, als *Selbstzweck* oder auch als Wert „an sich“ an. Dann *dienen* ihr die Verfassung und die Kodifizierung, unter anderem in Art. 20 III, aber auch in Art. 1 II und 3 I GG.

Dazu passt auch diese weitere Zweiteilung:

Die (mögliche) Zuordnung zur allgemeinen Generalprävention 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 *Schutzaufgabe* entspringt auch der Sicht des *Verfassungsrechts.*

Anders jedoch ist das *Strafgesetzbuch* konzipiert. Die Idee von der Unrechtstat ist vor allem im Besonderen Teil des deutschen Strafrechtgesetzbuches *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.

Aus der *präventiven* Sicht wird also der verfassungsrechtlichen Einordnung gefolgt und die Gerechtigkeit als ein Teil des zu *schützenden* Rechtstaatsprinzips begriffen, das der Allgemeinheit dient.

Mit diesem Vorverständnis ist dennoch weiter auf die „Gerechtigkeit", die verfassungsrechtlicher Kernbestandteil des Rechts ist, zu blicken.

4. *Gerechtigkeit als Wechselseitigkeit*. 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 schlichten Wechselseitigkeit. Sie heißt Tauschgerechtigkeit, *iustitia commutativa*[471], „do ut des" (ich gebe damit du gibst) oder auch „Vergeltung", und in der wertfreien Spieltheorie[472] finden wir sie als Strategie des „Tit for Tat"[473]. Sie gilt im Positiven wie im Negativen.[474]

---

471 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 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.

472 Aus der Sicht der Ökonomie, Rauhut, Handeln, Mokrim, 2018, 272 ff ("Handeln aus der Perspektive von Rational Choice und Spieltheorie"), insbesondere 77.

473 Zur Formel „Tit for Tat" siehe Axelrod, Evolution, 1984/2005. u. a. 99 ff. Zu beginnen ist im einfachen zwei-Personen Modell seines *Gefangenen-Dilemma-Spiels* mit dem Vertrauen. Deshalb wäre es besser eigentlich von „do ut des" zusprechen, das allerdings die negative Seite verdrängt. Zum Maß des Vertrauen ausführlicher: Molander, Level, 1985, 611 ff. ("The Optimal Level of Generosity in a Selfish, Uncertain Environment"

Wer deswegen nicht mehr tauschen kann, der erleidet eine Art von Freiheitentzug. Um wieder am Tausch teilnehmen zu können, muss er seinerseits vorleisten, also je nach Sichtweise, eine exakt passenden Strafbuße auf sich nehmen oder einen zivilrechtlichen Schadenssatz leisten. Diese Leistung gleicht aus, was er sich an bestimmten Freiheiten genommen hat, ohne seinerseits gleichwertige Freiheiten zugeben.

Die einfache *Strafgerechtigkeit* besteht also im Verbund von *actio und reactio* mit dem Ziel des Ausgleichens, und sie vergilt offenbar das „Übel", das das *Zivilrecht* allein nicht auszugleichen vermag.

So betont etwa *Lampe*[475] 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 Kern des Rechts selbst liegt noch weiter vorn, es geht um das blinde Gerade-Richten von etwas Krummem, und zwar positivistisch gedacht, 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, die dynamische Ausprägung der Gleichheitsidee zum Inhalt hat und

---

im "The Journal of Conflict Resolution"; 611 ("judicious choice of the level of generosity").

474 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").

475 Lampe, Strafphilosophie, 1999, 166 f.

der zumindest auch als *ein* Höchstwert an sich zu verstehen ist. Aber er kann auch der Erhaltung der Rechtstreue dienen.

5. *Kritik.* Der bekannte Einwand gegen die ausgleichende Gerechtigkeit, und damit auch ihren Einsatz als Mittel zur Prävention lautet, dass der strafweise Ausgleich zur *Verdoppelung* des Übels führt, als Tatübel und als Strafübel. Das gerechte Strafen beinhaltet -danach- also nichts Gutes.

*Replik.* Für die *gute Bewertung des Strafens* bieten sich -zunächst einmal und aus herkömmlicher Sicht auf die *Vergeltungslehre*- drei Lösungswege an, die sich 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“[476], und zwar vor allem für das *Gemeinwohl*.[477] 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 angedeutet: Die blinde Mechanik des Ausgleiches, actio gleich reactio, nimmt Bezug auf ein intern *wertfreies natürliches Gesetz*,

476 Lampe, Strafphilosophie, 1999, 180 mit Fn. 56, der insoweit konsequent auf Bentham, Introduction, 1780/1948, 148 („But all punishment ist a mischief, all punishment ist 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”).

477 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.

das eigentlich *physikalischen* Ursprungs ist und auch in jeder mathematischen *Gleichung* steckt. Strafen ist danach nicht gut, sondern es folgt schlicht einem wertblinden Gesetz.

Die alte Dreifaltigkeit von (autonomer) „Freiheit“, (gerecht-blinder) „Gleichheit" und (Gemeinwohl bedenkende) „Solidarität“ steckt dahinter, und sie trägt, mit welchem *Schwerpunkt* auch immer, auch die Rechtsfertigung der Strafe.

6. *Weitere Diskussion.* Zudem ist ein weiterer *Kritikpunkt* mit zu erwägen: 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 stellt im Kern nichts weiter als den verobjektivierten *kantschen kategorischen Imperativ* für das gute Verhalten dar. 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 Unfairness[478] 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.

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 Demokaten 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 beinträchtig hat.

---

[478] Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 910 („neurologisch verankertes „*Fairnessgefühl*""- Hervorhebung im Original).

Die alten *spiegelnden* Strafen wie das Abschlagen der Hand des Diebes sind heute nur scheinbar überholt. Sie scheinen auf den ersten Blick zwar gleich*wertig*.[479] 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 zu Ende 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 tritt dabei beides in Erscheinung, er ist bloßes Mittel zum Kommunikationszweck und er ist 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 Barmherzigkeit oder Solidarität).[480] 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.

---

479 So aus der Sicht der Strafgerechtigkeit etwa auch Lampe, Strafphilosophie, 1999, 168,

480 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)“).

8. *Fazit.* Damit ist aufgezeigt, dass und wie die *Präventionsidee* mit der Idee der *ausgleichenden Gerechtigkeit* verwoben ist und welche Gerechtigkeitsprobleme sie über die Idee vom Gemeinwohl auflösen kann. Dabei war eine Reihe von *Lehren* zu verfolgen, die mit den Stichworten „Widerspruch, Bekräftigung, Heilung, Restitution, Sühne und Genugtuung" arbeiten. Sie zielen ausdrücklich oder konkludent letztlich darauf, die Rechtstreue der Allgemeinheit zu erhalten und damit weitere Straftaten zu vermeiden.

## IV. *Bundesverfassungsgericht*: präventive Rechtssicherheit als Teil des Schuldprinzips; Idee der subsidiären Strafpflicht

1. *Gerechtigkeit und Rechtssicherheit*. In ähnlicher Weise, wenn auch mit anderer Gewichtung, verbindet das *Bundesverfassungsgericht* die Rechtssicherheit mit dem Schuldausgleich.

Als materieller Kern des *Rechts* gilt die Idee von der *Gerechtigkeit*, die in Art. 20 GG verankert ist.[481] 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*"[482]

Der Täter erweist sich insofern als ein *Rechtssubjekt* im Wortsinne; denn 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 autonom gedachte Täter wird demzufolge 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,

481 BVerfG 39, 1 ff.
482 BVerfG 110, 1, 13.

weil er bei der Tat das „Unrechtsbewusstsein“ hatte, ist dafür der übliche Ausdruck.

Das *Bundesverfassungsgericht* hebt in seiner Entscheidung zum europäischen Haftbefehl (2015) hervor:[483]

*„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 (…).*

Damit verbindet das Gericht die *Sicherheit* mit der *Schuldstrafe*.

2. Auf dieser Grundlage ist zugleich zu fragen, inwieweit eine verfassungsrechtliche *Strafpflicht* auszumachen und zu rechtfertigen ist.

Grundsätzlich besteht eine *Schutzpflicht* des Staates, ausdrücklich für die Menschenwürde, Art. 1 GG, und ebenso für alle Freiheitsgrundrechte.[484] So formt auch die „*Sicherheit einen Aspekt der Freiheit*“.[485,]

---

483 Das *gesamte Konzept* lautet BVerfG, 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 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>).

484 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“).

485 Di Fabio, Sicherheit, NJW 2008, 421 ff. (422); Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 2.

Aber daraus ergibt sich nicht zwingend eine *volle* Strafpflicht.

Sie ergibt sich immerhin, aber auch nicht allein aus der ethischen Überidee von der „*Strafwürdigkeit*“.[486] Denn die Strafwürdigkeit stellt mit der Würdeidee eigentlich nur eine metaphysische Behauptung dar, die erwartet, *evident und vernünftig* zu sein. Verkappt verweist sie auf den Konsens über ein allgemeines Straf*bedürfnis*, ohne dann das Bedürfnis näher zu erklären und zu ermitteln (zu müssen).

Unstreitig kann Rechtsgüterschutz jedenfalls auch anders als mit Strafe betrieben werden, wie die Begründung des *Bundesverfassungsgerichts* im Abtreibungsurteil zeigt, in dem es über eine *Strafpflicht* des Staats zu entscheiden hatte.[487] 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.

Mit der Strafe betreibt der Staat den „Freiheitsrechtschutz 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. Konsequent wäre es, dann ein Maßregelrecht der Besserung und Sicherung im Sinne der § 61 ff. StGB zu entwickeln und kein Schuldstrafrecht vorzusehen.

3. Diesen Problemen[488] können wir nur entgehen, wenn wir umgekehrt *zunächst* eine *grundsätzliche Strafpflicht* anerkennen.[489] Strafe als „ultima ratio“ heißt

---

486 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.

487 So in seinem Absprache-Urteil: BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), Abs.-Nr. 55.

488 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.

489 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

dann, dass subsidiär *stets eine Strafpflicht* gilt, die wirksam wird, wenn die Gefährdung nicht anders abgewendet werden kann. Auch aus dem *staatlichen Strafanspruch* ergibt sich dabei dann auch *analog* zum *Legalitätsprinzip* ein grundsätzliches Strafgebot.

Diese Folgerung schließt mit ein, dass *andere Pflichten* auf derselben Ebene mit zu berücksichtigen sind, wie das Gebot des mildesten Mittels oder ein Täter-Opfer-Ausgleich oder solche, die sich aus dem Gedanken der Achtung der Menschenwürde des Täters ergeben, etwa das Verbot der Todesstrafe, oder die aus der Idee der Solidarität im Sinne des gesellschaftlichen Zusammenhaltes entspringen, wie die Einführung der Sicherungsverwahrung. Insofern ist *grundsätzlich* von einer Strafpflicht auszugehen und dann im *nächsten Schritt* nach Einschränkungen zu suchen. Denselben Weg verfolgen wir auf einer unteren Strafebene auch etwa bei der *Strafaussetzung* zur Bewährung.

Dieses *sichernde Strafgebot* muss dabei zumindest denselben Rang besitzen wie die Werteordnung. In der Tat ergibt es sich aus der Idee des Rechts (und damit auch des Rechtsteils der Rechtsgüter). So erläutert das *Bundesverfassungsgericht* immerhin auch:

„*In dieser Schutzpflicht entfaltet sich der objektive Gehalt des Grundrechts*“.[490]

Jede Unrechtstat *muss* danach bestraft werden. Nur darüber, was denn eine Unrechtstat ist oder sein soll, kann man sich dann noch politisch streiten. Insofern besteht also in unserem Strafkonzept eine „absolute“, wenngleich in Randbereichen nur subsidiäre *Strafpflicht*. Aber sie erweist sich zugleich *auch* als gemeinnützlich. Denn sie erfüllt *auch* die Aufgabe, das Rechtsvertrauen zu sichern. Sie wirkt damit mittelbar präventiv, indem sie die Allgemeinheit rechtstreu erhält.

Das *Schwergewicht* des Schuldprinzips liegt allerdings bei der *Vergeltung* in der Form des Ausgleichs der Tat-Schuld, und zwar allein um dieser Art der

---

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.

490 BVerfG 92, 26, 46; ausführlicher aus verfassungsrechtlicher Sicht: Renzmann, Wertordnung, 2007, 200.

Gerechtigkeit willen. Diese Idee verwendet das Gericht dabei vorrangig, aber eben nicht ausschließlich, als eine Art von metaphysischer Letztbegründung. Insbesondere die Idee einer subsidiären, aber grundsätzlichen Strafpflicht bedarf der zusätzlichen rechtsstaatlichen Begründung, *Rechtsicherheit* zu gewährleisten, also Rechtsbrüche mit dem schuldvergeltenden Strafrecht zu verhindern.

4. *Fazit*. Das *Bundesverfassungsgericht* sieht die *präventive Rechtssicherheit* auch *als immanenten Teil des Schuldprinzips*. Mit der Rechtsstaatsidee der Rechtssicherheit, der allgemeinen Schutzpflicht des Staates, auch für seine eigenen Verfassungsstrukturen, sowie mit der formalen Idee vom *Strafanspruch* des Staates lässt sich auch die Idee von der *grundsätzlichen*, wenn auch *subsidiären Strafpflicht* begründen.

## V. Utilitaristische Strafbegründung über Notlage und Güterabwägung (*Frisch*); deren klassische Einhegung durch das prozessuale Bürgerstrafrecht (*BVerfG*), Mitverantwortung (*Stratenwerth*) und Selbstbestrafung der Gesellschaft

1. *Sozialethische Erwägungen*. Vorzustellen sind zudem die folgenden Aspekte, die die Wichtigkeit eines *komplexen* Verbundes von Prävention, Gerechtigkeit und auch der *vernünftigen Abwägung* aufzeigen.

Es sind die utilitaristische Strafbegründung über Notlage und Güterabwägung (*Frisch*); deren klassische Einhegung durch das liberal-prozessuale Bürgerstrafrecht, nunmehr in der Form des *Bundesverfassungsgerichts*, sowie die Mitverantwortung (*Stratenwerth*) und die Idee der Selbstbestrafung der Gesellschaft.

Ein großes Problem beschreibt der Vorwurf, mit dem Strafrecht „*Rechtsgüterschutz durch Rechtsgutsverletzung*“ zu betreiben. Denn nach ganz herrschender Ansicht setzen wir die Strafe als ein gewolltes Übel (Pein, poena) ein, sodass die proportionale Strafe dieses Übel exakt *verdoppelt*.

Danach liegt für die Güterabwägung im Sinne des Notstandes gemäß § 34 StGB auf den ersten Blick eine *Gleichwertigkeit* vor (non liquet, es fließt in keine Richtung). Sie würde, um die Analogie zum Strafrecht fortzuführen, nur zu einem bloß entschuldigenden Notstand gemäß § 35 StGB passen, aber nicht zur Rechtfertigung der Strafe führen.

Das aufgeklärte 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.

Schützt das Strafen Rechtsgüter oder die Handlungsfreiheit von anerkannten Personen, so ist es insofern schon einmal gut und nützlich. Allgemein geht es darum, die *Existenz* und den *Handlungsfreiraum* von souveränen Akteuren oder Personen zu gewährleisten. 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, der exekutive Staat, *individuelle Personen*, wie der Einzelne, oder auch juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts.

Aber die Strafe greift auch selbst in die Rechtsgüter und die Handlungsfreiheit ein. Deshalb muss das Strafen gerechtfertigt sein und werden. Insbesondere das Strafrecht beschäftigt sich mit solcher Art von Rechtfertigungen. Sie lassen sich -hier für die höhere Ebene der Begründung für die Vernunft des Strafens- analog heranziehen.

Verobjektiviert müsste das Strafen dennoch -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. *Frisch* verweist zugleich auf die „*Übereinstimmung mit allgemeinen wertethischen Prinzipien*".[491] Damit verwendet er den Gedanken des „überwiegenden Interesses", den der Gesetzgeber bei seiner Kodifizierung des *allgemeinen* (und vor 1975 noch außerrechtlichen-rechtsethischen) *Rechtfertigungsprinzips in* § 34 StGB benutzt. Doch bilden die *Rechtsgüter* die Kernfälle von „Interessen". Das Interesse am Strafen überwiegt seine negativen Folgen also *erheblich*, weil mit ihm jeweils *einzelne* Rechtsgüter und zugleich die *Gesamtheit der Rechtsgüterordnung* sowie mithin immer auch das *Recht* und seine *Effektivität* selbst *geschützt* werden.

---

491 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.

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.

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 unter anderem den Basis-Tatbestand 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“[492] der Folter zurückzuführen, die zudem auch das entsprechend gedeutete Verfassungs- und Konventionsrecht untersagt.

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 verhindern.[493] Mit dem *Bundesverfassungsgericht* und der *Strafrechtslehre* ist zu ergänzen: Strafe muss die ultima ratio des Staates darstellen.

Die *Generalprävention* hat mit der Rechtfertigung keine Mühe. Das Gemeinwohl wiegt schweren als das Wohl des Einzelnen. Denselben Ausweg einer solchen Art von Güterabwägung betritt *H. Mayer*, wenn er das Johannes-Evangelium zitiert: ”*Es ist auch besser, dass ein Mensch sterbe, als dass das ganze Volk verderbe*”[494]. 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

---

492 Eser/Eisle–Schönke/Schröder, 2019, § 240, Rn 17 ff., 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.

493 Bentham, Introduction, 1780/1948, 75, 83, 170 f.

494 Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff., 65.

Rechts.[495] Die Wiederherstellung des Rechts lässt danach das dem Täter angetane Übel als „vernünftig" erscheinen.

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 das Wohl und 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 Boden der sogenannten Vereinigungstheorie ist danach verlassen. Es regiert unmittelbar die *Generalprävention* oder ein Wert, auf den sie zurückzuführen ist.

2. Dieser schlichte generalpräventive Fluchtweg endet aber bei den *Bürgerrechten* und inzwischen auch bei der Höchstidee der Würde und Freiheit des Menschen. Auch wird der angloamerikanische Utilitarismus durch das Prinzip der Rule of Law eingegrenzt. Ebenso legen *Feuerbach (nullum crimen sine lege)* und *von Liszt (magna carta des Verbrechers)* die Bürgerrechtsidee ihren präventiven Ansätzen als Selbstverständlichkeit zugrunde.

So wird auch in Deutschland die Idee des Rechtsgüterschutzes durch ein bürgerrechtliches und liberales *Gegenprinzip* eingehegt, das in der Idee der *Menschenwürde* aufgegangen ist.

Daher gilt zunächst einmal: Keine Strafe ohne Gesetz, keine Verdachtsstrafen, ne bis in idem, keine Sondergerichte, unabhängige Gerichte, Rechtsbeistände und auch und zuvor schon: ein gesamtes formalisiertes Strafprozessrecht[496], ein geregelter Strafvollzug etc.

Mit den Worten des *Bundesverfassungsgerichts*:

---

495 Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff, 78.

496 Dazu: BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Europäischer Haftbefehl, Abs. Nr. 57, hier noch einmal mit den Selbstzitaten: „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)."

„*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* (…). *Dem Täter müssen Tat und Schuld prozessordnungsgemäß nachgewiesen* werden (…). *Bis zum Nachweis der Schuld wird seine Unschuld vermutet* (…). “

Zudem wird die Strafe nach Art und Höhe durch den *absoluten* Höchstwert der *Menschenwürde* auf der Verfassungsebene *gedeckelt*.

*Verboten* sind erstens folglich die Todesstrafe, erniedrigende und grausame Strafen, lebenslange Freiheitstrafe ohne die Aussicht auf Entlassung oder Bewährung. Hinzu treten die Unschuldsvermutung im Prozess und das Gebot des menschwürdigen Strafvollzuges mit Resozialisierungsangeboten.

Eine utilitaristische Güterabwägung (im Sinne von § 34 StGB), die die Position der *Generalprävention* betont und entsprechend gewichtet, hat also in der Rechtsgeschichte ohnehin schon stets neben dem Gemeinwohl auch die *Gegenposition* der liberalen prozessualen Bürgerrechte mit zu gewichten. In Deutschland gilt dies außerdem noch für die Idee der Menschenwürde.

Selbst aus der Sicht der deutschen „Allgemeinheit“ oder des Volkes im Sinne von Art. 20 I GG gehört die Gewährleistung dieser beiden Ansätze zum Wessen oder auch zur Identität der deutschen Verfassungsgesellschaft (Art. 79 III GG).

Dieselbe Gedankenkette lässt sich allerdings auch rückwärts lesen: Die liberalen Bürgerrechte und auch die Idee Menschenwürde regeln nur Art (Freiheit) und Höhe des Strafens (gerecht und angemessen), sie beschäftigen sich aber *nicht* mit dem Gedanken des Verzichts auf Strafe. Beide Ansätze setzen also ihrerseits die Begründetheit des Strafens voraus. Das Strafen gehört somit zum inneren Wesen des Rechtsstaats und offenbar auch zum Wesen des würdigen und autonomen Menschen.

Die einfache Formel vom *Übergewicht* des Gemeinwohls reicht also zwar nicht aus, um das Strafen mit einem strafrechtlichen Begriff vorrangig generalpräventiv zu begründen. Das Gemeinwohl und damit die Idee der Generalprävention in ihren verschiedenen Facetten bilden somit nur, aber immerhin einen einzelnen gewichtigen Strafgrund.

Aber auch, wenn ein *überwiegendes* Interesse oder gar ein *wesentlich* überwiegendes Interesse am Strafen auf diese Weise nicht zu begründen ist, so drängt sich dann doch ein „non liquet“ auf.

In einem solchen Falle der groben Gleichgewichtigkeit aber, so kann man folgern, muss es im Rahmen der *Gestaltungsfreiheit* des jeweiligen demokratischen *Gesetzgebers* liegen, weiterhin auf Strafe, wenngleich in *gemäßigter Form*, zu setzen. Seine Freiheit ist auch von Gewicht.

Die soziale Realität in Deutschland passt zu dieser Art der Begründung der Strafe. Jedoch aus ethischer Sicht befriedigt sie nicht.

Überzeugender wäre es, die Strafe *zusätzlich* und mit hohem Gewicht auch noch mit der Würde und der Vernunft des Täters, etwa über seine Schuld, zu rechtfertigen (Art. 1 I GG), die auch zum Kern des Selbstbildes der deutschen Verfassungsgesellschaft gehört.

3. *Mitverantwortung der Gesellschaft.* Wer die Strafe zumindest vorrangig aus der Sicht der Allgemeinheit betrachtet, sollte auch nach deren Mitverantwortung für die Tat fragen. Dies geschieht in der Straftheorie selten. Erst recht wird nicht erwogen, ob sich die Gesellschaft nicht auch selbst bestraft.

*Stratenwerth* spricht immerhin in seiner Schrift „Strafrecht und Sozialtherapie" von einer „*Solidarpflicht gegenüber dem Rechtsbrecher*", die sich aus der „*Mitverantwortung der Gesellschaft"* ergebe, und er begründet auf diese soziale Weise das Gebot zur Resozialisierung des Täters.[497]

Man kann noch einen Schritt weiter gehen und fragen, ob eine autonom gedachte Gesellschaft, die *Kriminalität hervorbringt* und *generalpräventiv* straft, sich nicht eigentlich zumindest auch *selbst bestrafen* müsste.

Eine Gesellschaft, die nach der Tat den Täter zu resozialisieren sucht, muss eigentlich offen eigene Fehler bei dessen Sozialisierung einräumen. Zugespitzt ist aus soziologischer Sicht die Tat -zumindest auch- der Gesellschaft mit *zuzurechnen* und sie muss dann dafür auch einen erheblichen Teil der Straffolgen selbst tragen.

Mehr noch, die freiheitliche Verfassungsgesellschaft verzichtet bewusst auf totalitäre Überwachung und Erziehung ihrer Bürger. Sie geht offen das Risiko von Straftaten ein, die sie, wie zuvor gesetzlich bestimmt, auch ständig erwartet. Sie rechnet die Tat aber auf den ersten Blick nur dem jeweiligen Täter zu. Stattdessen hält sie ein gesamtes Strafrechtssystem vor und definiert auch noch ihr Wesen über den Rechtsstaat (Art. 20 III GG).

---

497 Stratenwerth, Strafrecht, 1978, 901 ff., 917; zudem: Naucke, Generalprävention. 1979, 9 ff., etwa 14; ähnlich auch Schneider, Hartmut, Grund, 1990, 92. Herausgestellt auch von Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2018 , § 46, 5.

Aus *soziologischer* Sicht erweist sich die Begehung von Unrechtstaten, wertneutral „abweichendes Verhalten“[498] genannt, sogar als *konstitutiv*. Erst die Normverletzung macht den rechtstreuen Bürgern und Mitmenschen die Bedeutung der Normen bewusst und lässt sie zusammenrücken.[499] Sie erst bieten 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 Arten von Delikten der Staat ständig erwartet, dass seine Bürger und Staatsorgane sie begehen.

Auf den zweiten Blick aber sanktioniert eine Bürgergesellschaft, die eines ihrer würdigen bürgerlichen *Mitglieder* straft, indem sie ihm die Freiheit entzieht und ihm einen sozialen Makel auferlegt, auch *sich selbst*, zumal dann, wenn sie ein Nächsten- und kein Feindstrafrecht betreibt. Die Unrechtstaten und auch das Strafen von vielen einzelnen Mitgliedern fallen, wie in einer großen Familie, immer auch deren Lebensgemeinschaft mit zu Last. Die Selbstbestrafung der Gesellschaft besteht unter anderem auch darin, die *gesamtgesellschaftlichen Kosten* zu tragen.

Wir alle tragen zudem als *Preis für unsere bürgerliche Freiheit* das (erhöhte) Risiko mit, Opfer von Straftaten zu werden, weil es keine umfassendere Überwachung und Erziehung, etwa durch Organe der Staatsicherheit, gibt und zudem etwa der Tatverdacht nicht ausreicht, um schon verdächtige Personen aus der Gemeinschaft von (dann nur noch guten, weil systemtreuen) Bürgern zu entfernen.

Zudem trifft die Strafe das unschuldige soziale Umfeld der vielen Täter, deren seine Familien und Freunde mit. Deren gesammelte Lasten und Leiden wirken sich auch negativ auf die Verfassungsgesellschaft aus, nicht zuletzt in sichtbarer Weise, wenn sie in vielen Fällen mit Familienhilfe einspringen muss.

---

498 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 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.

499 Übernommen insofern auch von der Kriminologie, vgl. etwa „Abweichendes Verhalten als rationale Wahl“, Gautschi/Berger, Verhalten, MoKrim 2018, 200 ff.

Aber es deshalb erscheint es nur als konsequent, wenn die Verfassungsgesellschaft davon *absieht*, dem generalpräventiven Ruf nach strenger Gerechtigkeit zu folgen und auch auf diese Weise auch ihre strafmildernd wirkende soziale Mitwirkung zu leugnen. Auch aus diesem Grunde erscheint es angezeigt, auch dem Mörder den Weg zu eröffnen, „je wieder der Freiheit teilhaftig“[500] zu werden. Selbst ein Mitbürger, der gemordet hat, hat auch deshalb Anspruch auf einen *Behandlungsvollzug* mit Resozialisierungsangeboten.

In einer Gesamtbetrachtung erscheint es somit als *verhältnismäßig* (und schuldangemessen), wenn die Gesellschaft wegen ihrer *Mit-Zuständigkeit* (oder Mit-Verantwortung) für die Tat die Strafe gegenüber dem Täter zumindest in dem Maße *erheblich abmildert*, indem es derzeit geschieht.

4. *Fazit*. Damit ist ein Blick auf die „Schutzidee und Selbsterhaltung“ und auf die „utilitaristische Strafbegründung über eine Güterabwägung“ geworfen und dessen klassische Begrenzung des Strafens mit dem liberalen Bürgerstrafrecht herausgestellt, hier mit den Worten des *Bundesverfassungsgerichts*. Eingefügt ist auch die aus der Sicht der Generalprävention naheliegende Sonderlehre von der Mitverantwortung und auch der Selbstbestrafung der Verfassungs-gesellschaft.

500 BVerfG 45, 187 (aus dem Leitsatz).

## 3. Kapitel

## Positive und negative Generalprävention

### I. Strafen zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit", Vertrauen, Selbstjustiz und 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 näher zu betrachten.

Eine klare Aussage zugunsten des Vorranges der *positiven Generalprävention* trifft etwa *Joecks* im Münchner Kommentar, wenn er für seine „präventiven Vereinigungstheorie" erklärt:

„*Ausgangspunkt muss eine Generalprävention im Sinne der Einübung der Rechtstreue sein… spezialpräventive Aspekte spielen in diesem Kontext ebenso mithinein wie Vergeltungsbedürfnisse der Bevölkerung"*.[501]

*Frister* erläutert, die Strafe diene dazu, dass „die Menschen", also offenbar die Allgemeinheit,

„*die Norm trotz des faktischen Widerspruchs weiterhin als innerlich verpflichtend anerkennen.*"

Er nimmt damit auch moralische Elemente auf.[502] Es geht um die „*sittenbildende Kraft des Strafrechts*" (*Hellmuth Mayer*)[503], durch die das Strafrecht die Moral der Bürger überhaupt erst prägt und dann auch stärkt. „*Die Gesetzgeber suchen die Bürger durch Gewohnheit zu veredeln*", meinte schon *Aristoteles.*[504]

Vorrang genießt aus generalpräventiver Sicht die *Sozialethik*; sie wird danach dem Einzelnen mit der Strafe *von außen* vermittelt. Sozialethik meint *in diesem Sinne*, das gute Verhalten, das die Gesellschaft *festlegt*.

Nicht die Ethik bestimmt die Gesellschaft, sondern die Gesellschaft die Ethik.

---

501 Joecks-MK StGB, 2017, Einleitung vor §§ 1 Rn 76.

502 Frister, Strafrecht AT, 2019, 2. Kap Rn 27.

503 So das berühmte Wort von Mayer, H., Strafrecht AT, 1967, 33.

504 Aristoteles (Rolfes), Nikomachische Ethik, 1911, 1103a; Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 129.

Der üblicher Gegenstand der Betrachtung bildet dabei offenbar das *Strafgesetz* und seine *Strafandrohung*.[505] Die *feuerbachsche* Drohung wird dann zumeist ins Positive gewendet, und als „positiven Generalprävention" verstanden. Strafurteil und Strafvollzug folgen dann offenbar lediglich oder zumindest vorrangig der generalpräventiven Leitidee des Strafgesetzes.

2. Die Vorstellung, mit der Strafe die Rechtstreue der Allgemeinheit zu erhalten[506], erscheint zunächst unmittelbar einleuchtend. Denn die Rechtstreue stellt ebenso wie jedes Rechtsgut einen sozialen Wert dar und meint damit also einen Gemeinschaftswert an sich. Sie erhalten zu wollen, versteht sich deshalb von selbst.

Dabei formt das positive Recht, also an sich jedes „*gesetzte Recht",* den Gegenstand der Treue. Für sich allein betrachtet ist vom Doppelbegriff der Rechtsgüter dann nur der Rechtsteil miterfasst. Jede (oder fast jede) Art von Recht ist besser und verdient den *Rechtsgehorsam* als die Alternative der Rechtlosigkeit.

Das Grundgesetz bekennt sich auch in diesem Sinne zum Rechtsstaat, Art. 20 III GG. Insofern *unterwirft* sich auch der Staat dem Recht und bildet ein Beispiel für die Rechtstreue, und zwar hier diejenige des Staates.

Auch etwa das Notwehrrecht dient nicht nur der Verteidigung von Rechtsgütern, sondern zugleich 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 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 lebenslanges *Bündnis*, das *beide* Seiten im Sinne eines *höchstpersönlichen* und auch emotionalen Dauervertrages verpflichtet.

---

505 Ausnahmsweise einmal ausdrücklich erörtert von Frisch, Zweck, 2014, 55 ff. („Zum Zweck der Strafandrohung. Ein Beitrag zur positiven Generalprävention").

506 Siehe auch 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.

Insofern gründet sich die Rechtstreue zusätzlich auf den Ideen der *Gegenseitigkeit* und der *Ordnung*. Fehlt es daran, so wird der Treue ihre Grundlage entzogen.

Das alltagspsychologische Element der Rechtstreue und den Aspekt der Abschreckung fassen *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* mit folgenden Worten einsichtig zusammen[507], 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, den Verkehrsdelikten oder bei der sexuellen und die sonstige Gewalt unter Nächsten, gleichsam *kontrafaktisch kollektiv* zu verdrängen oder auch als allgemeines Lebensrisiko anzusehen. Andererseits aber erweisen sich Tötungsdelikte in Friedenzeiten deshalb als sensationell, weil sie so selten sind.

Weiter lesen wir: „*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*".

Die Autoren bleiben auf der generalpräventiven Ebene und fügen folgerichtig *sozialpädagogisch* und *moralisch* hinzu: So gilt es mit dem Strafrecht „*das im Sittengesetz wurzelnde Rechtsempfinden zu bestätigen und – bei weniger starker Ausbildung des Gewissens – 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 etwa genetisch zur Kooperation veranlagt ist, weil erst sie 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 Verhaltens als Maxime für alle Menschen. Mutmaßlich enthält das Sittengesetz inzwischen auch die komplementäre humane Idee der alten Barmherzigkeit.

Die Folgerung der Autoren lautet: Dem Strafrecht komme also

---

507 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 26.

*„durch positive Stabilisierung des Rechtsbewusstseins der Bevölkerung als Fernwirkung eine straftatverhindernde Funktion zu (positive Generalprävention).“*

Auch mit dem Wort vom Rechtsbewusstsein rückt wieder das *positivistische Recht* in den Vordergrund, und das ideelle Sittengesetz mit seiner Rechtsgüter- oder Werteordnung tritt zurück. Die jeweilige, jetzt nationale Verfassungsgesellschaft soll also -gerade auch mithilfe des Strafrechts- *funktionieren* und erhalten werden.

*Diskussion.* In der Tat werden einzelne Menschen vor allem durch ihre Nächsten, durch deren Worte und Taten mitbestimmt, primär durch die Eltern, sekundär durch Schule und tertiär etwa durch die Kollegen und stets durch die Kultur der jeweiligen Hauptlebensgemeinschaft sowie zugleich auch durch den Kontakt mit Nachbarkulturen, aber dabei auch immer *durch gute wie schlechte Beispiele*. Dies ist die soziale Seite.

Aber der einzelne erwachsene Mensch wiederum verfügt auch nach diesem Modell über ein *Gewissen* als eine Art von moralischem Überich. So sind auch die Abgeordneten der Demokraten nur an ihr Gewissen gebunden (Art. 38 GG). Sein Gewissen lädt der Menschen mit den sozialen Einflüssen auf. Vielleicht repräsentiert es diese auch nur schlicht. Aber er selbst muss sie auch dann noch für sich selbst umsetzen und sie selbst leben.

So prägt jeder Mensch sein Gewissen zumindest individuell aus. Schon insofern zeigt er sich als *autonom*.

Außerdem kann er offenbar immer auch „frei“ handelt, weshalb ihm Freiheitsrechte zustehen (Art. 2 GG in Verbindung mit Art. 1 I GG). Er kann vor allem aber auch rechtswidrig handeln und etwa *Ausnahmen* für sich beanspruchen, sich also deshalb mit nur halbgutem Gewissen zum Bruch der allgemeinen Regeln entscheiden, und sei es auch nur weil seine *Binnengruppe* die Tat gutheißt.

So fehlt der Generalprävention naturgemäß der individuelle Blickwinkel. Sie bietet nur, aber immer eine *zugeteilte Gerechtigkeit* und *zugeteilte* personale *Freiheitsrechte*.. Diese Sozialrollen kann das Kollektiv der „Bevölkerung“ dem einzelnen Menschen und auch gesamten Untergruppen, und nicht nur dem Straftäter, stets wieder über neues Recht teilweise oder ganz entziehen (Stichworte: Hexenverbrennungen, Judenverfolgung und Todesstrafe). Der Einzelne mag dann sogar im Sinne des Liberalismus frei und autonom sein, er lebt dann aber als Fremder ohne den kollektiven Rechtschutz.

Dieser soziale Ansatz ist also *sinnvoll*, er reicht aber allein nicht aus.

3. *Vertrauen*. „Treue" ist zudem auf Vertrauen gegründet, und Vertrauen 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).“*[508]

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.“*[509]

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 der Allgemeinheit 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 insgesamt rechtstreu gehalten werden muss.

Die Erhaltung der Rechtstreue stellt jedenfalls etwas Gutes dar. Diese Konnotation verbinden wir auch mit dem Begriff „positive" Generalprävention, auch wenn positiv eigentlich nur das „gesetzte" Recht meint. So muss das Übel

508 https://de.wikipedia.org/wiki/Vertrauen, (15. 8. 19).
509 Luhmann, Vertrauen, 2000 , 8.

der Strafe auch dann einem guten höheren Zweck dienen, wenn es jede Art von Recht schützt und als Alternative den Zustand der *Rechtlosigkeit* meint.

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.

Mitenthalten 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 dann für deren Fortbestand und Geltung ein gutes Beispiel und kann mit Strafmilderung rechnen.

4. *Negative Generalprävention*. Die negative Generalprävention setzt auf die *Abschreckung* von anderenfalls *tatgeneigten* Teilen der Allgemeinheit.[510]

Das Strafgesetzbuch hat zumeist klar bestimmte *Tattypen* kodifiziert. Von ihnen weiß der Gesetzgeber, also wir, aus *Erfahrung*, dass sie regelmäßig von Menschen begangen werden. Auch ist das *Strafgesetzbuch* grundsätzlich an alle Menschen in seinem Geltungsbereich gerichtet. Ausnahmen stellen nur die Sonderdelikte, wie die Amtsdelikte, dar. Ob wir dann nicht also auch von einer *allgemeinen Tatneigung* ausgehen müssen, soll offenbleiben.

Jedenfalls sind die Menschen gemeint, die *konkret* an die Begehung einer bestimmten Tat denken. Zwar wissen wir nicht, wer konkret tatgeneigt ist. Aber kurz vor dem *Tatentschluss* war es jeder Täter und sein Rücktritt ist selbst danach noch straffrei, § 24 StGB.

Tatgeneigte Personen, so diese Strafidee, sind also grundsätzlich bereit, *ohne Strafen* dem Recht untreu zu werden. Sie würden sich ohne Gesetz für das Unrecht und gegen das Recht entscheiden.

Die sekundäre Prävention, die auch das *Bundesverfassungsgericht* mit dem Appell an die *tatgeneigten* Mitbürger beschreibt, bildet schon eine *Verengung des Blickwinkels der Allgemeinheit*, falls man nicht der kriminologischen Ansicht beipflichtet, eigentlich sei *Verbrechen natürlich*[511] *und jeder Bürger*

510 Zur „Strafe als Mittel der Abschreckung" siehe Rogall, Strafe, 1997, 236 ff.

511 Dazu Hassemer AK-StGB, 1989, Vor § 1, Rn 57.

*mehr oder weniger tatgeneigt*, weshalb im Übrigen der Preis für eine Tat ein nicht unerheblicher sein müsse.

Mit dieser *gesetzlichen* Strafdrohung übt der demokratische Staat jedenfalls einen latenten *psychischen Zwang*, im Sinne von *Feuerbach* aus, zumindest auf die konkret tatgeneigten Mitmenschen. Es handelt sich um einen Akt von gesetzlicher und somit nicht verwerflicher *Nötigung*.

Die einzelnen öffentlichen Urteilsprüche und das direkte oder indirekte Miterleben des Vollzuges *bekräftigen* dabei die *Ernsthaftigkeit* der latenten Drohung mit dem Strafübel, das dem Verurteilten einen Teil seiner Handlungsfreiheit nimmt.

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 die *Gerechten* und also diejenigen, die das *Rechtsbewusstsein* prägen oder vielleicht auch nur diejenigen, die sich darauf *öffentlich* berufen.

Zu fragen ist, ob negative Generalprävention nicht vor allem nur die Kehrseite der positiven Generalprävention 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 könne.

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 offenbar nicht. Der Schutzherr des Rechts muss also bei schweren Rechtsverletzungen - auch - Strafe per Gesetz androhen und dieses Recht auch in hinreichendem Maße exekutieren.

5. *Selbstjustiz und Gewaltmonopol*. Hinter der Forderung, zu strafen, um die *Rechtstreue* der Allgemeinheit zu erhalten, verbirgt sich ein wichtiger methodischer Ansatz. Die Bedeutung der Strafe lässt sich mit einer negativen Fiktion ergründen, die im Übrigen stets hilft, den Wert eines Rechtsinstituts zu bestimmen. Zu fragen ist, was *ohne* eine solche Rechtseinrichtung, hier also ohne das Strafen durch den Staat geschähe.

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 strafte. Dann würde die Allgemeinheit das *Recht in die eigene Hand* nehmen. Es würde regelmäßig *Selbst- und blinde Lynchjustiz* stattfinden.[512]

Die Menschen würden auf Dauer private *Bürgerwehren* gründen, die aber alsbald die Strafmacht und polizeiliche Aufgaben in den Nachbarschaften übernehmen würden. Warlords stünden, wie der Landadel im Mittelalter, an ihrer Spitze. 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 Sühneverträge schließen. So betrachtet geht es also nicht vorrangig darum, dass *kein Recht* gälte. Es gäbe nur eine Art von kleinem Völkerrecht.

*Innerhalb* dieser Gesellschaften würde es aber zum einen ebenfalls eine Art von disziplinarischem *Hausstrafrecht* geben, nicht zuletzt, um das *interne* Machtmonopol aufrecht zu erhalten. Zum andern aber, und gegenüber den wirtschaftlich Mächtigen in solchen Nachbarschaftsgruppen sowie gegenüber den kriegerischen „Mitbrüdern", bedürfte es einer Art von *Freien-Justiz*. Ungerechtigkeit führt auch hier zum Vertrauensverlust und birgt die Gefahr von Aufständen und Abspaltungen. Es geht ferner auch darum, den Egoismus der Mächtigen in diesen Gruppen zu zähmen.

Dies sind Einsichten, die wir gegenwärtig auch aus dem Blick auf bestimmte zerfallene Staaten (failed states), auf städtische Ghettobezirke und auf „nationalbefreite Zonen“ auf dem Lande ziehen.

Geschützt wird also mit dem hoheitlichen Strafrecht auch die Idee der Hoheit, hier als staatliche Hoheit. Der Staat und seine Art von Recht, also der *zivilisierte Rechtsstaat*, und die Macht dazu, leben auch von ihrem *Gewaltmonopol* und dem geschützten kooperativen *Frieden* nach innen.[513]

Es ist also die *Abwendung von Selbst- und Lynchjustiz*, die der Rechtsstaat wie jede Lebensgemeinschaft anbieten muss.[514] Die *Allgemeinheit* entscheidet mit

---

512 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.

513 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 29.

514 Müller-Dietz, Verbrechensschaden, 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

ihren Strafandrohungen zwar darüber, aus welchen Gründen im Einzelnen gestraft werden soll. Aber private Gewalt, Betrug und Treubruch muss jede Gesellschaft um ihrer selbst willen ablehnen. Werden sie geübt, so muss offenbar aus der Sicht der Allgemeinheit nachträglich zumindest in der Regel noch irgendeine Art von *Gerechtigkeit* geschehen. Insoweit ist es zugleich der Wunsch nach Recht und Ordnung (law and order)[515], der hinter der Forderung nach Erhaltung der Rechtstreue steht.

6. *Zivilisierung von Emotionen*: Die staatliche Strafe zivilisiert -insofern- also nur ein *allgemeine Strafbedürfnis*, das sich selbst als eine 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 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 -danach- daraus, diesem Straftrieb die ersten *Emotionen* zu nehmen und ihn über das Recht zu kanalisieren und zu rationalisieren und vielleicht auch das „Unbehagen" an der eigenen Gewaltausübung[516] zu neutralisieren. Staatliches Strafen dient insofern nur als Mittel dazu, das *Strafbedürfnis* der Allgemeinheit zu kanalisieren.

Das Strafbedürfnis legt der Staat dabei als gegeben und berechtigt, zum Beispiel, weil gerecht und provoziert, und somit als evident und mithin als *Dogma* zugrunde.

Im Strafbedürfnis und in der verkappten Drohung mit Selbstjustiz liegt zugleich die motivatorische Grundlage für die negative Generalprävention im Sinne der *Abschreckung*. Es ist eben diese Androhung von Strafjustiz, also der *psychische Zwang* durch die Gesellschaft, die der strafende Staat aufgreift und aus diesem Blinkwinkel nur noch zivilisiert.

Die Zivilisation findet durch eine die Idealisierung statt, die die Emotionen *verfremdet* und in einem *rituellen Prozess* kanalisiert. Dass die jeweilige Allgemeinheit zugleich auch sich und ihre eigenen kollektiven Interessen

---

Misstrauen, bzw. dem Gegenstück des Vertrauens macht Trotha, Distanz, 1987, 43 ff., aufmerksam; Arzt, Ruf, 1976, 173 ff.; Kerner, Kriminalitätseinschätzung, 1980.

515 Siehe auch Arzt, Ruf, 1976.

516 Zabel, Strafrechtspolitik, 2018, 9 ff. , 21 (zu den „Straftrieben" der Gesellschaft und deren Unbehagen „Gewalt mittels Straf-Gewalt verarbeiten zu müssen"):

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 Verherrlichung der *Vernunft* findet auch noch in der positiven Strafbegründung über die edle „Rechtstreue der Allgemeinheit" deutlichen Niederschlag.

Hiernach bewegen wir uns im abstrakten Bereich der *Ideen*, *Werte* und *Normen*. Auch die Verletzung dieser Normen ist vorrangig von sozialer und ideeller Art. Mit dem Strafen soll der *Geltungsschaden* aufhoben werden und das *Vertrauen* in die Gesellschaft wieder hergestellt werden etc.

So stellt auch das Strafen selbst aus der Sicht der *Allgemeinheit* auf allen drei Ebenen, dem Gesetz, dem Urteil und dem Vollzug, zunächst einmal eine Reihe von *symbolischen Sprachakten* dar.[517] Selbst der Vollzug existiert für Allgemeinheit meist erst durch *öffentliche Berichte* darüber. Dasselbe gilt auch für die Tat. Vorrangig *real* sind dagegen die Strafe und die Tat für Täter und für die Opfer.

Deshalb bereitet es auch der „Allgemeinheit" das Strafen relative wenig Mühe. Sie will nur eine ideelle Korrektur und eine Befriedigung ihrer Gerechtigkeitsbedürfnisse. Sobald sie aber nicht nur mit dem Opfer empfindet, sondern auch *mit dem Täter* fühlen würde, drohte aus dem Guten des Strafens jedenfalls bei längerer Strafhaft eine erheblich schwerer zu ertragende Übelzufügung „im Namen des Volkes", also in unserem Namen zu werden. Hinter der Allgemeinheit können sich zudem alle einzelnen Demokraten verstecken.

Es gilt also eine Mitte zu finden, und sie besteht darin, soweit als möglich auf die *reale Strafhaft* zu verzichten. In der Tat geht die *Praxis* der Strafrechtspflege im Großen und Ganzen diesen Weg. Die „Allgemeinheit" und ihr Bedürfnis nach Ideen und Symbolik findet zudem in Deutschland ein kluges *arbeitsteiliges* System vor. Es erlaubt der Allgemeinheit bis hin zu politischen Forderungen an den Gesetzgeber, emotional zu bleiben und sich ansonsten weitgehend von *Repräsentanten* vertreten lassen, die -auch- auf die Einzelfälle achten und die Realität des Strafvollzuges kennen.

---

[517] 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?*"

7. *Fazit.* Die *emotional* eingefärbten positiven Aspekte von Rechtstreue und Vertrauen und die negativen von Abschreckung, Selbstjustiz und Strafbedürfnis gehören zum gängigen Begründungskanon, und zwar mit einem Vorrang der positiven Seite. Sie bedienen sich für ihre Sozialethik zwar gegenwärtig des hoch idealisierten Menschen- und Gesellschaftsbildes der deutschen Verfassung, aber sie könnten es auch abändern. Denn aus generalpräventiver Sicht bestimmt die Allgemeinheit (die Gesellschaft, das Volk) die Ethik, und nicht die Ethik die Allgemeinheit. Deshalb regulierte stets schon das zusätzliche Dogma von der Anerkennung der Bürgerschutzrechte die deutsche Strafidee der Generalprävention. Sie stellt dazu passend dann auch vorrangig auf deren positiven Seite ab.

Damit ist der Grundansatz der positive und auch der negative Generalprävention beschrieben und gewürdigt. Nachfolgend sind generalpräventive Sonderlehren zu betrachten und Vertiefungen anzubieten.

## III. Vertiefung: Allgemeinheit und Rechttreue

1. Die Idee der positiven Generalprävention legt es zudem nahe, sich ausführlicher mit der „Allgemeinheit“ und auch mit der „Rechtstreue“ zu beschäftigen.

*Allgemeinheit*. So sollte man über „General“-Teilbegriff der Generalprävention, also über die „Allgemeinheit“ nachdenken, obwohl dies *unüblich* ist. Denn die Strafidee der *General*prävention ist vor allem über die „Allgemeinheit“ verstehen.

Der Begriff der *Allgemeinheit* erscheint auf den ersten Blick grundsätzlich unbestimmt und ausfüllungsbedürftig und 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).

Aber jedes *allgemeines* Gesetz wendet sich an die *Allgemeinheit* und es *formt* sie zugleich als den Kreis der *Rechtsunterworfenen*. Insofern spiegelt die „Allgemeinheit“ für das Recht *formal* die große Idee des „allgemeinen Gesetzes“. Alle dem Gesetz unterworfenen Personen sind Rechtspersonen oder Rechtssubjekte und vor allem sind sie vor dem Gesetz gleich (Gleichheitsprinzip).

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrecht erschafft für uns Einzelne ebenso eine eigene rechtliche Allgemeinheit wie die Europäische Menschenrechtskonvention oder das nationale Grundgesetz. Dasselbe gilt für die Normen der Bundesländer und Kommunen. Auch etwa das einzelne Straßenverkehrsgesetz bündelt und organisiert zugleich die Allgemeinheit der Verkehrsteilnehmer.

Somit geht es neben der Form vor allem um das Gewicht und die *Bedeutung* des Gesetzes um für eine kollektive „Rechts-Identität". Insofern war hier auch immer wieder auf die *nationalen* Art 1, 20, 79 III GG hinzuweisen, die zudem mit Art. 1 I GG universell ansetzt und mit Art. 1 II GG auch die allgemeinen Menschenrechte sowie die Ideen von Frieden und Gerechtigkeit in der Welt intergiert haben. Art. 51 I EU-Grundrechtecharta sieht zudem das Subsidiaritätsprinzip vor.

Der Kernbegriff der *Allgemeinheit*, auf den diese Sichtweise zurückgreift, besitzt insofern 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.

Die *Öffentlichkeit* im Sinne der öffentlichen Sache (res publica) der Freien meint dabei im Kern das Gleiche, allerdings auf der politisch-exekutiven Ebene.

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 EU-Europa, dem nationalen 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 Allgemeinschaft ist zudem eng mit dem der

- *Gemeinschaft* (vgl. Art 1 II GG) oder die Gesellschaft im Sinne der Soziologie,
- des *utilitaristischen Gemeinwohl* und
- auch mit dem des französischen *„allgemeinen Willens" (volonté générale)*[518] und dem *Volk* im Sinne der Demokratie (Art 20 I GG) verbunden.

Agiert die Allgemeinheit, so tritt sie als ein Kollektiv und insofern im Sinne einer einzelnen Gemeinschaft oder auch als demokratisches *Volk* (Art 20 I GG0 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 zumeist 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. Die Allgemeinheit formt zudem entsprechende *Sozialethiken* aus[519]. Sie gerinnen zu Maßstabsfiguren[520], wie die Guten und Gerechten, und definieren diejenigen Modellpersonen, die im Sinne der Fahrlässigkeit hinreichend sorgfältig das Schädigungsverbot einzuhalten haben.

3. 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.

---

518 Zum „volonté générale" aus staatsrechtlichem Blickwinkel: Ladeur, Staat, 2006, 10.

519 Zur „einfachen Sittlichkeit" Bollnow, Sittlichkeit, 1945, 20 ff. Zum Zusammenhang zwischen "einfacher Sittlichkeit" und "Rechtsethik" Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976, 102 f.

520 Zunächst Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 409 f.: Abzustellen sei für die Schuldzuschreibung auf einen „maßstabsgerechten, mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen", er sei nach Lebensalter, Geschlecht, Beruf etc. dem Täter gleich zu denken.

Aus ethischer Sicht erlaubt es dieser Begriff ferner, das individualethische *kantsche Verallgemeinerungsgebot* zu beherzigen.[521] 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*“[522].

Die Idee von der Allgemeinheit spiegelt aus strafrechtlicher Sicht vor allem die „Parallelwertung in der Laiensphäre“, die im *Unrechtsbewusstsein* des Täters, also dem Kern des Schuldgedankens, seinen Ausdruck findet.

4. *Kritik*. Aber sobald im Verbund mit einer der derart umfassend definierten und dennoch unbestimmten Allgemeinheit auch noch der *Volks*- oder auch 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 diejenige internationaler idealer kommunistischer Großsysteme. Das jeweilige kulturelle Gemeinwohl geht im zu Teil selbst bestimmten Konfliktfalle 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.

Ein ethisch sublimiertes Verständnis vom Wesen der Allgemeinheit in Großgemeinschaften assoziiert dennoch auch Elemente von 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 politscher Ausrichtungen. Insofern steht sie für ein *Mehrheitsprinzip* in der Form einer *fürsorgerischen repräsentativen* Mehrheit.

---

521 Kant, Grundlegung, 1785, AA IV, 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.

522 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. Die Täter und vor allem die Strafgefangenen sind zumindest nicht am Konsens über die Ausnahmen beteiligt, die sie gern für sich selbst in Anspruch nehmen.

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 die verurteilten Täter gezählt werden.

Die Allgemeinheit, die durch eine *Mehrheitskultur* bestimmt ist, ist in der Form der agierenden *Gemeinschaft* durch eigene Interessen bestimmt. Sie fürchtet nicht nur den inneren Zerfall durch den Abfall der bislang rechtstreuen einzelnen wichtigen Mitglieder, sondern vor allem in Großgemeinschaften abweichende Sub- und Gegenkulturen. Hier nehmen die entsprechenden kriminologischen Theorien des „abweichenden Verhaltens“ ihren Platz ein.[523] Die Gefahr besteht, dass diese Sicht zur Bestrafung von jeweils von der politischen Mehrheit frei definierten Minderheiten führt.

Im Zweifel bilden deshalb nahezu *zirkelschlüssig* diejenigen die Allgemeinheit, deren Rechtstreue es zu erhalten gilt. Und stets stellt das *Gemeinwohl*, also das Wohl der Gemeinschaft, die die Allgemeinheit formt, den entscheidenden Maßstab dar.

---

523 Statt vieler Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 7, Rn 1 ff („Widersprüchlichkeit von Interessen und Werten als Leitvorstellung“); Kunz/Singelnstein, Kriminologie, 2016, § 9 („Sozialstrukturelle Konzepte“, insbesondere „Anomie-Theorien“); Schneider, H.-J., Kriminologie, 2013, 441 ff.

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.

Damit ist der vage Begriff der Allgemeinheit dennoch nicht aufzugeben. Er entstammt eben dem Prinzip der *Abstraktion*. Außerdem passt er auch zur großen die Idee des *allgemeinen Gesetzes*.

5. *Rechtstreue.* Der Begriff von *Recht*, zu dem treu zu stehen sein soll, ist nicht vollends rechtstheoretisch auszuloten, weil die *Allgemeinheit* auch nur eine *allgemeine Vorstellung* vom Wesen des Rechts haben wird.

Dabei ist *Treue* eine Eigenschaft, die zumindest vorrangig nicht mit einem Kollektiv verbunden, wie dem Volk, sondern einzelnen *Personen* eigen ist, und sie werden dann zu Rechtspersonen. Treu sind zwar vorrangig einzelnen Menschen, aber auch *juristische Personen* können „rechtstreu" sein. Auch hier wird deutlich, dass der vage Begriff der Allgemeinheit eine sinnvolle personale Zwischenstellung zwischen Einzelnen und dem Kollektive wahrnimmt.

Das Straf- als Gerechtigkeitsbedürfnis ist weitgehend auf die *rechtlich* anerkannten Kerntatbestände beschränkt, und zwar so, wie sie sich in der „*Parallelwertung in der Laiensphäre*" zeigen. So müsste die Vorstellung von der zu erhaltenden Rechtsordnung auch in der Laiensicht deren *ethischen Kern*, also die Gerechtigkeit und die Freiheit und Würde des Menschen zum Gegenstand haben.

Gemeint ist aber offenbar aus der Sicht von *Jakobs*, *Freund* oder auch *Luhmann* und etlichen Vertretern der Zurechnungslehre die soziale *Ordnungsfunktion* des *positiven Rechts* als *Rechtsgehorsam*, der sich aus der *Herrschaft des Rechts* ergibt, und das *Vertrauen* in die Klugheit der Rechtsgeber. Die Begriffe der Rechtsperson, des Rechtsubjekts, aber auch des Rechtstaats gehen damit einher. Treue meint die feste *Bindung* an eine *Herrschaft*, die zugleich *Pflichten* und auch *Rechte* bietet und insofern dem mittelalterlichen lebenslangen *Lehnsverhältnis* erinnert. Auch Elemente des *Sozialvertrags* stecken dahinter.

Der Rechtsbruch erweist sich als ein *Treubruch*, und er führt deshalb in Sinne von *Jakobs* deshalb zur Minderung oder Aufhebung der *personalen Rechte* und vor allem des Rechtschutzes selbst, analog zum königlichen Bann.

In der westlichen meist repräsentativen Demokratie geht es vereinfacht um die Treue gegenüber der grundsätzlich *absoluten Herrschaft des Rechts*. Es handelt es sich um die Treue gegenüber dem *Gesetzesrecht* und der *Verfassung* der *Allgemeinheit*. Deren Mitglied ist der Täter in der Regel selbst, er ist also

mittelbar auch *sich selbst* gegenüber treu. Sein Vertrauen bezieht sich unter anderem auf das Prinzip der ausgelagerten *parlamentarischen Gesetzgebung* und insgesamt auf die Art und die Sicherheit des jeweiligen *Verfassungsrechts*.

Wer neben dem Rechtstaatsprinzip auch die westliche Ideen der Freiheit und Würde des einzelnen Menschen betont und den Menschen „geistig-sittliches Wesen" begreift, der muss auch die (eigenverantwortliche) Treue gegenüber der *eigenen (autonomen) Sittlichkeit* annehmen. Damit ist dann der -hier allerdings nur *zusätzliche*- Weg zur Schuldstrafe eröffnet.

Die Furcht vor der *Selbstjustiz,* hinter der dann doch auch der ethische Ruf nach Gerechtigkeit steckt, führt immerhin *mittelbar* zur Beachtlichkeit der persönlichen Ansicht derjenigen, die aufgrund ihrer eigenen autonom-egoistischen Vorstellung vom Recht zur privaten Gegengewalt neigen. Sie, die insofern selbst Tatgeneigten, sollen -auch- *abgeschreckt* werden.

Zudem soll Strafrecht als Recht auch das Rechtsystem selbst schützen. Die Zirkelschlüssigkeit dieser wichtigen Art der Letztbegründung des Strafens und seines Rechts ist offenkundig. Aber das ordnende Recht (und die Pflicht) bilden in jeder gegenwärtigen *staatlichen* Gemeinschaft notwendiger Bestandteil der Selbstorganisation.

Besser wären es allerdings, über den Staatsgedanken und den bloßen Rechtspositivismus hinauszugehen und Recht und Ethik zu verbinden. Damit würde die Konstruktion einer Treue zu grob „unrichtigem Recht" im Sinne von *Radbruch* vermieden. So würde es offen nicht nur um die „Rechtstreue" der Allgemeinheit gehen, sondern im Sinne des *Rechtsgüterschutzes* auch und *zusätzlich* um die Rückbindung an die *Sittlichkeit,* an die Anerkennung der mit dem Recht geschützten strafrechtliche *Güter* oder um die Achtung der nationalen *Grundwerte* und der *allgemeinen Menschenrechte*.

Das *Bundesverfassungsgericht* definiert in einem Leitsatz die *Rechttreue* ähnlich umfassend, wenngleich für einen Sonderfall.[524]

---

[524] BVerfG 102, 370 (Leitsatz, vgl. auch 392), vollständig, aber hier im Fließtext: „Eine Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts werden will (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV), muss rechtstreu sein. a) Sie muss die Gewähr dafür bieten, dass sie das geltende Recht beachten, insbesondere die ihr übertragene Hoheitsgewalt nur in Einklang mit den verfassungsrechtlichen und sonstigen gesetzlichen Bindungen ausüben wird. b) Sie muss außerdem die Gewähr dafür bieten, dass ihr künftiges Verhalten die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien, die dem staatlichen Schutz anvertrauten Grundrechte Dritter sowie die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts des

Die „rechtstreuen Mitglieder der Allgemeinheit“ müssen, wenn man diese Grundsätze überträgt,

- „*die Gewähr dafür bieten, dass sie das geltende Recht beachten*“ (schlichte Rechtsbefolgung, wenngleich verbunden mit allen politischen und rechtlichen Mitteln),
- „*außerdem die Gewähr dafür bieten, dass ihr künftiges Verhalten die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien… nicht gefährdet*“ (eine „Verfassungstreuepflicht" im Sinne des *Bundesverwaltungsgerichts*[525]).
- „*Eine darüber hinausgehende Loyalität zum Staat verlangt das Grundgesetz nicht*“ (ein Freiheitselement).

Im Kern meint Rechtstreue also zum einen die *loyale Unterwerfung* eines Freien unter das Recht, dessen Kenntnis aber nur von Spezialisten verlangt wird. So ist Rechtstreue auf einer rechtskulturellen „Parallelwertung in der Laiensphäre“ ausgerichtet, die das Demokratieprinzip auch noch einmal verfassungsrechtlich legitimiert.

6. *Fazit*: Die generalpräventive Deutung des Strafens zielt insbesondere auf die positive Generalprävention „zur Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“. Deshalb bietet es sich insbesondere an, einmal über die vagen Begriffe der Allgemeinheit und der Rechtstreue nachzudenken. Immerhin bestimmen sie den Einsatz der Strafen zumindest in einem erhebliche Maße mit. Konnotationen der Allgemeinheit stellen unter anderem Öffentlichkeit und Gemeinschaft, Gemeinwohl und Volk dar. Rechtstreue meint die Laiensicht der Einzelnen auf das Recht und meint offenbar vor allem auf den Verbund von „Rechtsgehorsam und Vertrauen“ in Bezug auf den (demokratischen) Rechtsherrn.

## IV. Kritisches: Exemplarische Strafen, Erschütterung durch Tatverdacht, Verfassungsmäßigkeit und Generalverdacht, Strafzumessung und Verteidigung der Rechtsordnung

1. Mit der positiven Generalprävention als Erschütterung der Rechtstreue der Allgemeinheit sind eine Reihe weiterer Gesichtspunkte verbunden, die dazu passend von *rechtssoziologischer* Art sind und zugleich *Kritikpunkte* beinhalten.

---

Grundgesetzes nicht gefährdet. - Eine darüber hinausgehende Loyalität zum Staat verlangt das Grundgesetz nicht.“

525 BVerwG 105, 117 (Leitsatz, 126)

*Exemplarisches Strafen*. Festzuhalten ist, dass der *Einzelne* und seine Tat allein in der Regel die Rechtstreue der Allgemeinheit nicht ernsthaft erschüttern können. Eine *einzige* einzelne Tat würde ohnehin nicht bestraft werden. Gefürchtet wird vielmehr die „Verallgemeinerung" bestimmten strafbaren Verhaltens. Die *gesetzlichen Tatbestände* vertypen deshalb auch bekannte und an sich allgemein verbreitete Delikte.

Zur Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit reicht ein *exemplarisches* und dann möglichst *öffentliches* Strafen zumeist aus. Der Allgemeinheit genügt rechtstatsächliche offenbar die Kenntnis von angestrengten Ermittlungsverfahren, die nur gelegentlich zu öffentlichen Hauptverhandlungen, zu Aburteilungen und selten zum Vollzug der stets angedrohten Freiheitsstrafen führen.

Auch vermag die Allgemeinheit einerseits mit *unbekannten* 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 medial verstärkt *Kriminalitätsfurcht*, um die Rechtstreue der Allgemeinheit, also eigentlich die eigene Rechtstreue, bekräftigen zu müssen. Die Allgemeinheit geht also recht *irrational* mit sich und der Kriminalität um.

*Replik*. Der Grund dafür liegt darin, dass erst ein Bruder- oder Bürgerkrieg eine Gemeinschaft ernsthaft und existentiell bedroht, vgl. auch §§ 80 ff. StGB. Dieser Gefahr muss die Allgemeinheit also vorbeugen. Deshalb fürchtet sie zwar die private Selbst- und die lokale Lynchjustiz und mit ihr den Zerfall der Friedens- und Rechtsgemeinschaft, der damit einhergeht.

Aber ihr genügt es, das Gewaltmonopol mit *polizeilichen* Mitteln im Grundsatz aufrechtzuerhalten, das *Sozialrecht* für Bedürftige bereit zu halten und die Friedens- und Rechtstreue vor allem mit den *zivilen Lockangeboten* der freien Kommunikation und Kooperation abzusichern. Das *Strafrecht* bildet für die Allgemeinheit, etwa im Verfassungssinne des demokratischen Volkes, also auch nur *einen Teilaspekt*, um Recht und Frieden „allgemein" zu gewährleisten. Auch deshalb muss sie im ihr eigenen Sinne der Idee der Generalprävention *nicht jede Tat* verfolgen und aburteilen.

Nur das *Übermaß*, das die Gesellschaft zerstören würde, gilt es also aus der Eigensicht der *Allgemeinheit* zu verhindern. Anzufügen ist vielmehr auch, dass der *Rechtsstaat* und seine *Institutionen* nur existieren (können), *weil* es immer wieder Rechtsbrüche gibt, und es gibt *rational geplante* Taten auch nur deshalb,

weil eben *nicht alle Taten sofort aufgeklärt* und sie nicht stets *abgeurteilt* werden.

Der Rechtsstaat braucht also sogar Rechtsbrüche. Und ohne Rechtsbrüche gäbe es nur starren Ameisen-Gehorsam und damit auch keine positiv-kreative Freiheit.

2. *Tatverdacht*. Die bloße Kenntnis vom Erfolgseintritt und dringende *Tatverdacht*, dessen Dringlichkeit auch rechtsförmig vom jeweiligen Ermittlungstand her zu bestimmen ist, reicht für eine *Empörung* und die emotionale Forderung nach sofortigen Maßnahmen aus, die die eigene *Rechtstreue* erhalten würden.

Auch gilt für den Tatverdacht, dass nicht der reale und nachgewiesene Normbruch, sondern ausschließlich die *Kommunikation* darüber also die *kollektiv-subjektive* Vorstellung den *sofortigen* Ruf nach Recht und Ordnung auslösen kann.

Dennoch können umgekehrt Strafen, die aufgrund von bloßem und unberechtigtem Tatverdacht verhängt werden, *langfristig* das Vertrauen in die Rechtspflege erschüttern und soziale Konflikte auslösen.

*Psychosoziale* Antworten sind deshalb gefordert. Auf dieser Ebene ist folgerichtig mit symbolischen und ebensolchen exemplarischen Akten, die langfristig halten, auf das kollektive Selbstverständnis der Allgemeinheit einzuwirken.

*Replik:* Dies ist lediglich der Blickwinkel der Allgemeinheit. Prozessual bleiben *auch deshalb* die Bürger- und die ethischen Verfassungsrechte der *Einzelnen* gewährleistet.

3. *Verfassungswidrigkeit*. Die Begründung der Strafe allein oder auch nur vorrangig mit generalpräventiven Erwägungen 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 *Mayer*[526] 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*[527] hat in diesem Sinne dem generalpräventiven Ansatz *Feuerbachs*[528] den Satz entgegengehalten, jener behandele 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 diese Annahme widerspricht zwar nicht der Erfahrung, aber der Idee der Menschenwürde, die jedenfalls der *Staat* seinen Regelungen zugrunde zu legen hat.

Die *Replik* lautet erneut, es handelt sich nur um einen *Teilaspekt*. Hinzu gehört immer auch die eine angemessene Rechtsidee, etwa und zumindest die *Gesetzlichkeitsidee*. Wer dabei zudem wie *Feuerbach* vorgeht und das Gesetzlichkeitsprinzip aus *bürgerrechtlicher* Sicht zugrunde legt, der sieht den Täter zudem als *Bürger* und somit „*nicht bloß*" als Objekt. Dasselbe gilt auch für *Liszt*, der das Strafgesetz als magna carta des Verbrechers begreift. Er vergleicht es auf diese Weise mit den Freiheitsrechten der adeligen Freiherren, den Peers, im England von 1215. Jeder Freiheitsstrafe setzt in der Tat die *Freiheit* des Straftäters voraus.

Außerdem lässt sich das Selbstbild der Gesellschaft mit den *ethischen* Erwägungen der Verfassung anreichern. Das Gemeinwohl und der Gemeinwille werden durch dann doch durch die aufklärerische *Vernunft* überhöht und mit dem Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität" überformt. Dann ist mit der Allgemeinheit auch nicht mehr die Bevölkerung im soziologischen Sinne gemeint, sondern der mündige Demokrat der Grund- und Menschenrechte.

---

526 Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff, 64 f; Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 56

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

528 Feuerbach, Revisionen, 1801, Sp. 255 f., 257, 258; Feuerbach, Revision, 1799, 43 ff.

Dass aber seine Rechtstreue dann doch erschüttert werden kann und dass er auch selbst egoistische Straftaten begeht, offenbart den ethisch nur ummantelten sozialrealen Kern der positiven Generalprävention.

Richtig erscheint aus *empirischer* Sicht jedoch, dass es auch ein *Gerechtigkeitsgefühl* und damit auch ein *Strafbedürfnis* des Einzelnen und der Bevölkerung gibt, das eng mit dem Schuldmerkmal des Unrechtsbewusstseins verbunden ist.[529]

4. *Strafzumessung und Strafrahmen*. Das Schwergewicht der Generalprävention, die sich an die Allgemeinheit richtet, liegt folgerichtig bei den *allgemeinen* und *also den gesetzlichen* Normen.

Aber auch in die Strafzumessung findet *Generalprävention* ausdrücklich oder auch gern *verkappt* und auf dem Weg über die Forderung nach Gerechtigkeit ihren Einfluss, auch wenn der Gesetzgeber sie in § 46 StGB nicht ausdrücklich hervorgehoben hat und auch wenn die Strafgerichte selten ausdrücklich auf sie hinweisen, wie *Czupryniak* es in einer Analyse belegt.[530] Aber generalpräventive Vorbewertungen liegen der konkreten Strafe schon einmal mit dem den gesetzlichen *Strafrahmen* zugrunde.

Auch spricht der Gesetzgeber sie an anderer Stelle als *Rückausnahmen an*, etwa wenn die „Verteidigung der Rechtsordnung“ die Vollstreckung der Strafe ausnahmsweise gebietet, §§ 56 III, 47 I oder wenn die „Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit“ einer bedingten Entlassungen entgegenstehen, § 56 I Satz 1 StGB oder wenn das „öffentliche Interesse“ an der Strafverfolgung eine Einstellung ohne eine Auflage, wie eine Geldbuße, verhindert, § 153 a StPO.

Der *Rang der Rückausnahme* dürfte das nach Außen erkennbare Bild der Generalprävention für im Sanktionenrecht umschreiben. So gewinnt die generalpräventive Idee der „Verteidigung der Rechtsordnung“, die das Gesetz

529 Dazu: Cerny, Bedeutung, 2019, 177 ff. , („Bedeutung des Unrechtsbewusstseins für Gerechtigkeitsintentionen und die Strafbedürfnisse der Bevölkerung“).

530 Vgl. BGH 1 StR 663/17 = StV 2019, 442 (Generalpräventive Überlegungen in der Strafzumessung). Ausführlich mit einer Analyse der Rechtsprechung, Czupryniak, Berücksichtigung, 2010, 70 ff („Voraussetzungen und Grenzen der generalpräventive (abschreckenden) Strafzumessung“, insbesondere 77 ff (zum „Verbot der Überbewertung des generalpräventiven Gesichtspunktes“), sowie 279 ff (zu verschieden Deliktsgruppen siehe auch die Zusammenfassung für das deutsche Recht; zudem 423 ff. (zugleich rechtsvergleichend zur „Generalprävention in Polen“) Zu, hoch normativen Gehalt dieser Begriffe: Eierle, Verteidigung, 2019, 163 ff. („Verteidigung der Rechtsordnung" und „öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe mit empirischen Gehalt?“).

ausdrücklich nur in § 47 und § 56 StGB geregelt hat, Modellcharakter. Sie selbst verfügt nur, aber immerhin in Ausnahmefällen an *eigenem* Gewicht.[531]

Allerdings hat der Gesetzgeber bereits die grundsätzliche Bewertung der Tat für die *Allgemeinheit* mit der Bestimmung der Strafbarkeit der Tat und mit der Setzung des *Strafrahmens* vorgenommen.

Das Gewicht und Folgen des *konkreten* Rechtsbruchs bestimmen zudem die Höhe des *verschuldeten Unrechts* in erheblichem Maße. Insofern steckt wenngleich in *verdeckter Weise* auch im Vergeltungsgedanken und in dessen Umsetzung das *Rechtselement* der Generalprävention. Nicht nur der expressive Schuldspruch, sondern auch der *expressive Strafausspruch*, aber auch dessen reale *Vollstreckung*, *bekräftigen* die Geltung des Rechts und stärken das Rechtsvertrauen der Allgemeinheit.

5. *Fazit:* Die Generalprävention und auch die Aspekte des an sich zur Erschütterung hinreichenden Tatverdachts und vom ausreichenden exemplarischen Strafen sind im *bürgerlichen Rechtskontext* zu lesen und die gefährlichen Auswüchse sind auf diese Weise einzuhegen. Dazu gehören die kritische Fragen nach dem exemplarischen Strafen, der Erschütterung durch Tatverdacht, der Verfassungsmäßigkeit und dem Generalverdacht oder die ausdrücklichen oder verdeckten generalpräventive Erwägungen bei der Strafzumessung.

## II. Sonderlehren: Feind- oder Bürgerstrafrecht (*Jakobs*); Empirische Generalprävention (*Kaspar*); Stufen der Generalprävention, einschließlich der Individualprävention (*Schwind*)

1. Zweispuriges Denken durchzieht das Strafrecht. Die Idee der Bipolarität von Bürger- und Feindstrafrecht ist dabei derzeit mit dem Namen von *Jakobs* verbunden.

*Jakobs* stützt seine Thesen auch, aber nicht nur, auf eine gesonderte Straf-Rechtsphilosophie, sondern entwickelt sie zudem als Kritik an der gegenwärtigen Strafrechtspolitik. *Jakobs* wählt dabei einerseits einen eigenen rechtsphilosophischen Blickwinkel und kann dazu unter anderem auf *Kant* und *Fichte* verweisen.[532] Darüber war schon zu berichten. Aber er *analysiert*

---

531 Kinzig-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. §§ 38 ff., 6, 11., siehe auch Radtke-MK StGB, 2017, Vor §§ 38 ff, 46.

532 Jakobs, Bürgerstrafrecht, 2004, 88 ff., 90.

zugleich auch das Strafgesetzbuch und findet darin Elemente des Feindstrafrechts.

Für die deutsche Strafrechtswissenschaft und ihr Strafgesetzbuch neu und *revolutionär* war und ist *Jakobs´* Zuspitzung des „Feindstrafrechts", dem er das altbekannte Bürgerstrafrecht gegenüberstellt. Denn seit *Feuerbachs* „nullum crimen sine lege"-Satz (Art. 103 II GG, § 1 StGB, Art. 7 EMRK) begreifen wir unser gesamtes Strafrecht eigentlich als ein Bürger- (Schutz-) Strafrecht. *Liszt* spricht von der magna carta des Verbrechers. Abgesichert wird das Bürgerstrafrecht zudem durch ein liberales Strafprozessrecht, das vor allem den Beschuldigten schützt.

Doch seit jeher sorgen nach innen gerichtete Rechtssysteme -auch- dafür, dass die jeweiligen Gemeinschaften auch ihre *eigenen* Strukturen schützen. Der *Staatschutz* stellt deshalb den Kernbereich und das genuine Feld der *sozialen Verteidigung* dar. Gefährlich sind dem sozialen „System Staat" in der Regel gegenläufige Subsysteme, also Organisationen und seltener einzelne Personen. Nur bislang war der Staatsschutz, zumal im 19. Jahrhundert, ein selbstverständlicher Teil des Strafrechts. Der Besondere Teil beginnt mit den Staatschutznormen, „Friedensverrat, Hochverrat und (neu auch die) Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates". Die Feindidee hätte hier schon ihren Platz finden können.

Mit der sozialliberalen Neufassung des Allgemeinen Teils von 1969 (in Kraft 1975) und vor allem dem Urteil zur lebenslangen Freiheitstrafe, die im Jahre 1977 die Idee der Menschwürde mit der strafrechtlichen Vereinigungstheorie verbunden und verfassungsrechtlich etabliert haben, wurde das alte Bürgerrechtsstrafrecht neu durchdacht und um die Humanität ergänzt. Staatliche Eingriffe, vor allem im Prozessrecht, wurden dabei *staatkritisch* und kontrovers per Gesetz nachgeschärft. Neue Mittel der technischen Überwachung bedurften gesetzlicher Grundlagen. Politisch betrieb die „Rote Armeefraktion" (RAF) mit Gewalt den Versuch eines des Systemwechsels. So begriffen sich in Haft befindliche Mitglieder etwa als Kriegsgefangene.

2. *Jakobs* konstatiert nun 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.

Neben dem herkömmlichen *Bürgerstrafrecht* bestehe deshalb zumindest die Neigung, ein *Feindstrafrecht*[533] zu entwickeln, das kein wirkliches rechtsstaatliches Binnenstrafrecht, sondern das offenbar gleich dem Kriegsrecht kein wirkliches Recht darstelle. Mit *Jakobs*, und zwar anhand einer seiner grundlegenden Schriften[534], 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.
- 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“[535] (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.

---

533 Dazu auch Schneider, Hendrik., Bellum, ZStW 2001, 499 ff., unter den prägnanten Titel: „*Bellum Justum gegen den Feind im Inneren*?“.

534 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.

535 Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff., 51 ff.

Bekämpft werde eine *Subkultur*, mit *Jakobs* eine, die es erlaube, „*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 damit offenbar 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 *Binnenstrafrecht,* das *Bürgerstrafrecht*. Es sei von der bloßen Anwendung der Staatsgewalt als „Machtstrafe“, einer Strafe im „Naturzustand“, die nach Opportunitätsregeln verhängt werde, zu trennen.[536]

Indem er ein an der (Rechts-) *Person* ausgerichtetes Bürgerstrafrecht einfordert, ergänzt er im Übrigen seinen ursprünglich systemtheoretischen und funktionalen Ansatz[537] eigentlich um ein *liberales* und aufklärerisch-metaphysisches Element.[538] Die personale Bürgeridee deutet er selbst 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, doch im Kern bezeichnet sie -aus strafrechtlicher Sicht- altbekannte *Deliktsgruppen*:

*Jakobs* scheidet also letztlich wie *Liszt* den an sich für rechtstreu gehaltenen *Gelegenheitstäter*, für den das Bürgerstrafrecht gilt, vom *Rechtsfeind*, den ein am Tätertyp orientiertes Strafrecht trifft.

Der Sache nach betrifft es das *Staatsschutzrecht* mit seinem Kern, dem Hochverrat als Gefährdung des Gesamtbestandes des Bundes einschließlich seiner *Grundordnung* (§§ 81 ff. StGB). 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*.

536 Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff., 55.

537 Jakobs, Strafrecht AT, 1991, 1. Abschn., 6 ff., Rn 4 ff.; ( unter dem Titel „Schuld und Prävention“), Jakobs, Schuld, 1976 , 8 ff.

538 Grundlegend aus philosophischer Sicht Jakobs, Norm, 1997, u.a. 33.

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 aber selten ein Einzelner den Staat, sondern in der Regel organisierte Vereinigungen oder Netzwerke. Aber 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, vgl. §§ 81 ff StGB. Generalpräventiv wirkt es nicht allein, weil es die Rechtstreue der Allgemeinheit erhaltet 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 auch zum Exempel oder als Sündenbock bestrafen.

Letztlich beinhaltet 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, als Menschenwürde.

Die Freiheitsstrafe setzt ebenfalls und erkennbar die Zubilligung von Freiheit voraus. Aber die Frage lautet immer wieder, wer denn als Bürger und Rechtsperson voll anerkannt wird. Dem Straftäter jedenfalls nehmen wir Freiheitsrechte, zum Teil in großem Umfange.

Auch der sogenannte *rechtstreue Bürger* kann ein Interesse an einem Feindstrafrecht für Fremde und auch an einem Sonderrecht für Bürger minderer Art entwickeln.

Dem Feindstrafrecht stellen wir die Idee der Gleichheit aller Menschen entgegen. Die Weltbürgeridee der Unantastbarkeit der Würde des Menschen als *universelle* Maxime bildet deshalb eine Grundvoraussetzung für die deutsche Verfassung und für die allgemeinen Menschenrechte. Der Verurteilte bleibt in diesem Sinne eine bürgerliche Rechtsperson, verliert aber bestimmte Freiheitsrechte.

Der Bürger wird zudem nicht nur, wie auch *Jakobs* einfordert, auf die Wahrung der *Justizgrundrechte* dringen, sondern auch ein *Tatstrafrecht* verlangen[539], 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 erweist sich insofern zu eng. Es verlangt m. E. nach einer die Allgemeinheit tragenden Ethik im Sinne einer *Zivilreligion*. Sie stellt die von *Jakobs* selbst proklamierte Idee der *bürgerlichen Rechtsperson* als -überdies übernationale- liberale *Weltanschauung* dar, die jedenfalls in der westlichen Welt staatstragenden Charakter besitzt.

(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 die Zweitteilung in Bürger- und Feindstrafrecht 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

539 Zur Neigung totalitärer Staaten zum Täterstrafrecht siehe Marxen, Verhältnis, 2002, 77 ff., 79; ders., Kampf, 1975, 136 f.; Telp, Ausmerzung, 1999, 252 ff.

schweren Individualrechtsgutsverletzungen, also dem reinen *Bürgerstrafrecht* suchen.

(5) *Organisationen* lassen sich nur auflösen und nicht als solche einsperren. Das Strafrecht kann insoweit nicht Endzweck, sondern nur ein Mittel zu einem im weiten Sinne politischen Zweck darstellen. Dahinter verbergen sich die Generalprävention und die Vorstellung, scheinbar *parasitäre soziale Systeme* und gesamtschädliche *Subkulturen* einzudämmen.

Dass das Strafrecht aus *kriminalpolitischer* Sicht -auch- dazu, dient liegt nahe. Der Begriff des Feindstrafrechts sollte uns auch aufrütteln. Aber das Wesen des deutschen Strafrechts würde sich grundlegend verändern, wenn es von einem Tatstrafrecht, abweicht, den *einzelnen* Menschen für sein Verhalten zu strafen.

4. *Fazit*. 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 *gedeckelt* 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.

*Jakobs* selbst bleibt unklar, ob er seinen Leitbegriff der alten liberalen Bürgerperson nun im deutschen Verfassungsinne von Art 1 I GG der neuen Oberidee der universellen Menschenwürde gemäß Art 1 I GG unterwirft.

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.

5. *Empirische Generalprävention*. *Kaspar* vertritt eine „empirisch fundierte Theorie der Generalprävention“, die er insbesondere auf die Strafzumessung ausgerichtet hat. Dazu geht er von einem *verfassungsrechtlichen* Ansatz aus und setzt folgerichtig auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

In seinen Thesen für den Deutschen Juristentag betont er

"*Notwendig ist daher eine Reform des geltenden Rechts, die für mehr Gleichheit, Bestimmtheit und zugleich Verhältnismäßigkeit des staatlichen Strafens sorgen kann.*[540]

Sowie: *„Der Strafzumessung wird dabei eine generalpräventive Vereinigungstheorie zugrunde gelegt, die Elemente des gerechten Schuldausgleichs sowie der Spezialprävention enthält."* [541]

Er fordert zudem, eine Kommission zu bilden, um die Praxis der Strafzumessung zu begleiten:

"*Dabei sollten nicht nur Daten zur Strafzumessungspraxis, sondern ergänzend auch Erhebungen zu Strafbedürfnissen der Allgemeinheit als Erkenntnisquelle berücksichtigt werden; soweit sich daraus Strafmilderungsperspektiven ergeben, können diese ohne verfassungsrechtliche Bedenken ausgeschöpft werden*."[542]

Dabei limitiert die Schuld offenbar nicht mehr die Mindeststrafe, sondern die Idee der Generalprävention rückt in diese Funktion ein.

„*Als straftheoretischer Leitgedanke wird in § 46 Abs. 1 n.F. die „Wiederherstellung des Rechtsfriedens" durch verhältnismäßige Einwirkung auf die Allgemeinheit und den Täter vorgeschlagen.*" [543]

*Kaspar* unterstreicht dies noch in einem mit ihm mit herausgegebenen Sammelband mit dem Titel „*Strafen „im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung".* Er selbst verlangt dort, dass "*mehr über die Strafbedürfnisse der Bevölkerung zu forschen*", vor allem, „*wenn die Bevölkerung mit milderen Strafen zufrieden wäre*".[544]

Daran besteht in jedem Falle ein beachtliches empirisches Defizit.

Ferner erklärt er: „*Die Übereinstimmung der Strafe mit dem Strafbedürfnis der Bevölkerung solle der Stabilisierung der Gesellschaft und der Erhaltung der Rechtstreue dienen*".

Er spitzt nunmehr weiter zu und wendet sich dann doch gegen die Vergeltungsidee: *„Denn eine solche absolute Strafbegründung, bei der die*

---

540 Kaspar, Guidelines, Juristentag, 2018, 20 (These I 5.)

541 Kaspar, Guidelines, Juristentag, 2018, 21 (These II 1.)

542 Kaspar, Guidelines, Juristentag, 2018. 23 (These V 2.)

543 Kaspar, Guidelines, Juristentag, 2018, 21 (These II.)

544 Kaspar, Aspekte, 2019, 61 ff., 64

*Strafe als Selbstzweck erscheint und ihre tatsächlichen Auswirkungen ausdrücklich irrelevant werden, ist abzulehnen".*[545]

6. *Diskussion. Kaspar* will also -de lege ferenda- das gesetzliche Schuldstrafen-System durch ein generalpräventives Konzept ersetzen und auf dem Wege dahin, offenbar, die Möglichkeiten der Auslegung nutzen.

Entgegen halten lassen muss er sich, dass unser Verfassungssystem nicht auf Volksabstimmungen, sondern auf die arbeitsteilige repräsentative Demokratie setzt. Selbst das reine Geschworenen-System (der Jury) hat das Strafverfahrensrecht verworfen und mit den ausgelosten Laienbeisitzern ein Mischsystem eingeführt, §§ 193- 197 GVG, 263 I StPO. In ihm verfügen aber immerhin die Laienrichter „aus dem Volk" umgekehrt, und zwar spätestens bei der Berufung, über ein *Vetorecht*. Im Urteil entscheiden sie wie die Experten der Berufsrichter aufgrund des „Inbegriffs" der fairen Hauptverhandlung und nach ihrer höchstpersönlichen „Überzeugung", § 261 StPO. Sie erblicken also den Beschuldigten als Angeklagten und auch seinen Geschichte als „Nächsten" vor ihren Augen.

Ein lediglich kurz befragte Bevölkerung befände sich in einer anderen Lage und die Befragten wären auch nicht für ihre Entscheidungen verantwortlich. So sind auch je nach dem Zeitpunkt der Abstimmung und dem Medien-Echo und von denselben Menschen unterschiedliche Strafforderungen zu erwarten. unmittelbar nach der Tat und entsprechender Berichterstattung sind weit eher *härtere* Strafforderungen zu erwarten. *Kaspar* kann in einem derartigen generalpräventiven Konzept „im Namen des Volkes" deshalb auch nicht vorrangig auf die Milderungen abstellen.

Auch ist der Bevölkerung selbst das Vertrauen in die *Strafverfolgung* womöglich wichtiger als die Mitentscheidung über die *Strafhöhe*.

Das „Strafbedürfnis" ist ferner auch von der konkreten Politik und der allgemeinen Rechts-Idee der Freiheits- und Menschrechten abhängig. Sie haben die mittelfristigen und die langfristigen Wirkungen von Strafe zu bedenken. Sie haben sie in ein *gesamtes Verfassungsmodell* einzupassen, das zur Nächsten-Idee deren Menschenwürde geführt hat, Art 1 GG.

Dennoch helfen uns solche Untersuchungen.[546] Zum einen dienen sie dazu, uns ein Bild von uns selbst und die Bedeutung und die Gefahren der politischen

---

545 Kaspar, Aspekte, 2019, 61 ff. („Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention") im Sammelband „Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung".

Arbeitsteilung zu verschaffen. Zum anderen sorgen sie dafür, uns als den Demokraten unsere persönliche Mitverantwortung für Strafen vor Augen zu führen. Sie beinhalten also auch einen *Selbstbildungszweck*, der dann auch wiederum der „*Erhaltung der Rechtstreue"* dienen kann.

Jeder Untersuchung müsste dazu zumindest die von ihr *gewählte Fallkonstellation* der Verfassungsidee des Nächsten-Strafrechts anpassen, und zwar auch mit einer fingierten Mit-Verantwortung für das Urteil. Dabei sind uns auch die fast unvermeidlichen *Gehorsam-Konsequenzen* des *Milgram*-Experimentes[547], aufzuzeigen, etwa dem Vorsitzenden Richter gegenüber, und vielleicht auch zumindest herauszurechnen. So geht auch um ein späteres *privates Nachdenken* über die (fiktiv) mitgetroffen *Kollektiv-Entscheidung*. Denn viele einzelne und gesamtem Gruppen von Menschen haben auch schon einmal grausamen vollstreckte Todesstrafe an angeblichen Nicht-Mitbürgern, als Gesellschaftsfeinden, hingenommen und Pogrome als Bestrafung dafür, Jude zu sein, mitgetragen.

Die alte Familien-Idee der Brüderlichkeit (heute Geschwisterlichkeit) müsste also solchen Untersuchungsmodellen als *Vorgabe* zugrunde liegen. Jedem Demokraten steht zwar seine Meinungsfreiheit zu, aber (fiktiv) entscheiden darf er als Mitglied des deutschen „Art.20 I GG"-Volkes *nicht außerhalb* seiner eigene *Verfassung* und wie aus strafrechtliche Sicht anzufügen ist, nicht außerhalb des Rahmen des weit älteren *Bürgerschutzstrafrechts.*

Aber zunächst ist g*rundsätzlich* über das Strafbedürfnis und über die etwaige evolutionäre Vernunft von emotionaler Rache und scheinbar blindwütender Selbstjustiz nachzudenken, die das staatliche Strafrecht mit seinem Verfahren bändigt und zivilisiert. Im Sinne von *Kaspar* ist nach gerade noch kollektiv erträglichen Strafmilderungen zu suchen. Dabei hilft dem Bürger vielleicht auch die *individualpräventive Information* über die mangelnde Effektivität des Strafvollzuges, etwa bei kurzfristigen Freiheitsstrafen und die Rückfallforschung überhaupt. Wer fiktiv entscheiden soll, muss zumindest über das Wesentliche informiert sein.

So gilt es auch, dem „mündigen und informierten" Demokraten die „guten Gründe" für das Strafen überhaupt vorzulegen und mit ihnen ihm selbst zu

---

546 Siehe im selben Sammelband zu den (dürftigen) „Studien zu Strafbedürfnissen der Bevölkerung. Methoden und aktuelle Ergebnisse", Streng, Studien, 2019, 131 ff. sowie: Hoven/Weigend, Strafzumessung, 2019, 263 ff. ("Strafzumessung in den Augen der Bevölkerung. Empirische Forschung und rechtspolitische Überlegungen").

547 Milgram, Milgram-Experiment, 1974/1997, 30 ff.; Neubacher, Kriminologie, 2017, Kap, 11, Rn 3 ff.

helfen, sein emotionales Strafbedürfnis zu rationalisieren, es also zu erkennen und es zu bewerten, es sowohl zu rechtfertigen als es auch zu zügeln.

Schließlich ist mit der positiven Generalprävention zur „Erhaltung der Rechtstreue“ auch die Idee des Rechts verknüpft. Mit dem Recht wiederum ist nach dem vorherrschenden deutschen Verfassungsverständnis auch der minimalethische Kern der materiellen *Gerechtigkeit* verbunden. Er ergibt sich auch aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art 3 I GG. So folgt das „*Vergelten* mit dem Wert-Gleichen“ aus ihm.[548]

Dieses Gerecht-Richten bildet zwar einerseits in der Tat einen „Selbstzweck“, aber es soll anderseits auch den guten *alten Rechtszustand* wieder herstellen (*Restaurationsprinzip*). So dürfte auch die reale Bevölkerung das Recht insgesamt und mit ihm dann auch das gerechten Strafen zu verstehen sein.

Nur sollen wir uns stets *zusätzlich* fragen, inwieweit wir die *blinden* Folgerungen aus dem Gleichheitsgrundsatz nicht bei Bedarf abändern wollen und sollten. Denn wir verfügen als Mit-Gesetzgeber über einen Gestaltungsrahmen. Die Sondergründe für Abänderungen können sowohl die konkrete *mitbürgerlichen Solidarität,* etwa im Jugendstrafrecht, bieten als auch für die besondere Fälle der präventive Sicherung der egoistischen bürgerlichen *Freiheitsidee,* etwa bei der Terrorismusabwehr. Die Idee der Gerechtigkeit regiert im demokratischen und sozialen Rechtsstaat zwar mit, aber nach dem einfachen Dreifaltigkeits-Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ nur im Verbund mit zumindest zwei anderen gleichwertigen Höchstideen.

Die Komplexität, die daraus entsteht, gilt es gerade auch für die Strafzumessung auszuhalten und zudem mit dem *gesetzlichen* Angebot von *strafmildernden* Bewährungs-Chancen gemäß § 57 StGB und von konkreten Vollzugslockerungen oder Ratenzahlungen etc. auszufüllen. Der Strafausspruch verkündet auch nur eine *Höchstgrenze*.

7. *Stufen der Generalprävention.* Nach *Schwind*[549] lassen sich nicht nur drei Stufen der *Generalprävention* trennen (die allgemeine, die positive und die negative), sondern er bezieht die Individualprävention mit ein[550] und sieht vier Stufen.

---

548 Siehe aus demselben Sammelband auch den eigenen Beitrag des zweiten Mitherausgebers: Walter, T., Grundlagen, 2019, 45 ff. ), mit dem Titel: „Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungstheorie“.

549 Schwind, Kriminologie, 2016 12 f., u. Hinw. auf Kube, Kriminalprävention, 1987, 10 ff. und Kaiser, G., Kriminologie, 1996, 250 ff.

550 Siehe auch Höffler, Rolle, 2019, 91 ff. („Die Rolle der Spezialprävention aus der Sicht der Bevölkerung“).

So gibt es für ihn

- die *primäre* Generalprävention, 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 hat.
- Die *quartäre* richtet sich an den ermittelten Täter. Er sei aber niemals ausschließlich, oder auch nur vorrangig, um seiner selbst willen zu resozialisieren.

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, um vorrangig die Gesellschaft zu schützen. Denn wer Vollzugslockerungen bei guter Führung verspricht, droht zugleich mit der Fortführung des Normalvollzuges bei Nichtbewährung. Die Resozialisierung im Freiheitsentzug degradiert den Gefangenen also ebenfalls (auch) zum Objekt der Erziehungsmaßnahmen.

8. *Fazit*: Mit *Schwind* ist in der Tat zu bezweifeln, dass neben der Generalprävention die Individualprävention, hier dann auch besser Spezialprävention genannt, eine wirklich selbstständige Begründung für das Strafens hat oder nur vorrangig andere, nämlich *empirische Gründe* für den Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten bietet.

Wer bestraft, um künftigen Straftaten vorzubeugen, kann aber dennoch zumindest zwei *Adressaten* (mit den Opfern drei) unterscheiden: (a) die *Allgemeinheit* bei der Generalprävention, in die der Täter miteingeschlossen ist, und (b) den *einzelnen* Täter, und zwar aus Sicht einer humanen Resozialisierungsidee, die den Täter nicht bloß zum Objekt der allgemeinen Kriminalpolitik macht, sondern die sich zumindest auch auf dessen Menschenwürde stützt. Nur unter dieser Voraussetzung sind Generalprävention und Individualprävention klar zu trennen-

In Anlehnung an *Jakobs* lohnt es sich, die Gefährlichkeit eines echten Feindstrafrechts im Blick zu behalten, eines das die Menschenwürde völlig missachtet und die Freiheitsrechte gänzlich aushöhlt. Stattdessen ist weiterhin die alte Idee des *Bürgerstrafrechts* ernst zu nehmen oder besser noch das Leitbild eines Freund- oder auch eines auf Versöhnung angelegten Nächstenstrafrechts zugrunde zu legen.

Mit *Kaspar* ist jedenfalls zu fordern, in einer Demokratie und für ein Strafen „im Namen des Volkes“ auch das Strafbedürfnis der Bevölkerung empirisch zu erforschen.

## V. Verbrechensbekämpfung und Kernstrafrecht, Hierarchie- und Privatstrafe, Selbstkritik

1. Zwei weitere Begriffs- und Ideenpaare verdienen es, gesondert herausgestellt zu werden: die Verbrechensbekämpfung und das Kernstrafrecht sowie die Hierarchie- und die Privatstrafe. Sie helfen, die beiden großen Ideenfamilien noch besser zu begreifen und die *präventive* und *schuldvergeltende* Vereinigungstheorie zu ordnen.

*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 fürchten. *Staatliche* Strafe, das ist *Lüderssen* zuzugeben, tritt schon wegen des Gewaltmonopols des Staates zusammen mit Herrschaft auf.[551] Deshalb liegt es zwar vielleicht auch nahe, mit *Jäger* eine stärkere Verankerung der Strafgesetzgebung in der Verfassung zu fordern[552] und zumindest ein „Verbrechensbekämpfungs-Begrenzungsrecht“[553]. Allerdings nehmen die Idee der Rechtsgüterschutzes und das Gebot der Gerechtigkeit schon diesen Aufgabe war, und jeder Eingriff von Seiten des Verfassungsrecht würde die altbewährte Teil-Selbständigkeit des Strafrechts untergaben.

Jedoch ist zu differenzieren, und zwar an dieser Stelle mit vier Thesen:

(1) Zur Bestimmung eines *Kernstrafrechts* genügt es, sich an drei Gruppen auszurichten:

- den schwere *Gewaltdelikte* nach Maßgabe der Kapitaldelikte gemäß § 74 GVG, und ihre Vorstufen,

- den *Hochverrats- und Terrorismusdelikte* gemäß § 120 GVG sowie ihre unmittelbaren Vorstufen

551 Lüderssen, Irrationale, 1998, 325 ff., 333.

552 Jäger, H., Kriminalpolitik, 1993, 229 ff., 239.

553 Lüderssen, Irrationale, 1998, 325 ff., 331; Naucke, Kriminalpolitik, ZStW 1982, 525 ff., 564.

- sowie -vorrangig aus dem Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte- die *hartnäckigen Wiederholungstäter*.

Nur bei ihnen kommt typischerweise die verfassungsrechtlich besonders relevante Rechtsfolge der *(zu vollstreckenden) Freiheitsstrafe* in Betracht.

Die stets nur *alternativ angedrohte* Geldstrafe oder die Umwandlung in Geldstrafe gemäß § 47 StGB gehören zum *Umfeld* und bilden eine zudem hoch selektive *Vorstufe* für die Fälle der *Wiederholungstäter*. Zur Bewährung aussetzbare Freiheitstrafen gemäß § 56 StGB stellen eine weitere Zwischenstufe dar.

(2) Der Begriff der Verbrechensbekämpfung führt auch nicht zwangsläufig zur Einstufung der Verurteilten oder gar zuvor schon der Beschuldigten als mutmaßliche Feinde. 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 solche[554] und nicht nur über ihre Mitglieder bekämpfen. *Denkbar* ist demzufolge auch ein Feind- statt eines allein verfassungskonformen Bürger-Strafrechts. Diesem durchaus naheliegenden Gedanken muss sich das Verfassungsrecht mit der Höchstidee der Menschenwürde entgegenstellen.

(3) *Privatrechtlich* entschärft wäre die Problematik der Funktionalität jeder generalpräventiven Kriminalpolitik, wenn das Recht zu strafen, als der *Strafanspruch* bei den jeweils *Verletzten* verbliebe, den natürlichen oder juristischen Personen, bei 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. Die Strafverfolgung und Strafvollstreckung könnten

554 So kritisch Lüderssen, Irrationale, 1998, 325 ff., 331, der darauf hinweist, dass in diesem Zusammenhang dann auch häufig eine militärisch-strategische Sprache verwandt wird.

weiterhin im Sinne von *Scheffler* der Staat übernehmen, analog zur staatlichen Vollstreckung im *Zivilprozessrecht*.[555]

Mit der offenen Anerkennung von *privaten Strafansprüchen* besteht zwar einerseits die Gefahr, dass über die *Strafgerechtigkeit* „frei" verhandelt wird. Andererseits führt auch ein *originär* staatlicher Strafanspruch dazu, vorrangig den Staat zu schützen, die Einzelnen selbst aber nur als Mitglieder der Gemeinschaft zu sehen und nicht um ihrer selbst willen zu schützen. Denn Großstaaten werden unmittelbar nur durch „Massen" und „elitäre Gruppen" gefährdet.

Deshalb passt als *Mittelweg* das *Rechtsstaatsprinzip*, das als seinen Kern die Gerechtigkeitsidee birgt. Recht und Gerechtigkeit sind sowohl Art. 20 III als auch in Art. 1 II GG verankert. Die Folge ist eine *Mischkonzept* mit Beteiligungsrechten der *Opfer*, die die Frage nach dem *originären* Strafanspruch entschärft und einen strafmildernden Täter-Opfer-Ausgleich ebenso ermöglicht wie eine begrenzte Absprache im Strafprozess, § 257 c StPO.

Das Bedürfnis nach Verbrechensbekämpfung verbleibt also zwar als ein starkes generalpräventives Motiv, aber es wird durch die Ideen des allgemeinen Rechts und der human ausgeübten Gerechtigkeit kanalisiert.

(3) Das Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit im Sinne einer *Güterabwägung* und dasjenige des Strafens als *ultima ratio* verlangen für die Verbrechensbekämpfung:
- Die (bereits vorhandene) *Reduktion* der vollstreckten Freiheitsstrafen zugunsten der Geldstrafe und wo möglich *Vollzugslockerungen* und die *Aussetzung* zur Bewährung, zudem auch
- eine *Gefahranalyse* und grundsätzlich zu vollsteckende Freiheitstrafen nur bei *existentiellen Bedrohungslagen*, vorzusehen. Dabei kann auch eine andernfalls drohende lokale Selbsthilfewelle die Gemeinden und damit deren Bürger existentiell gefährden.
- Auch muss zumindest *angenommen* werden können, dass sie sich Strafvollzug dazu *eignet*, die existentielle Bedrohung tatsächlich zu bekämpfen;, und letztlich
- dass Gefahranalyse und Abwehrmaßnahmen demokratisch vorbestimmt sind (Art. 20 III, 103 II GG).
- Die Denkzettel-Geldstrafe unterliegt diesem Gebot weit weniger.

Dennoch bleibt als das Hauptproblem für diese wie für jede gebotene *Güterabwägung*. Es ist der Umstand den *Wert* der sozialen Existenz eines

555 Scheffler, Dauer, 1991, 141, der von einer „Strafverfolgungsbefugnis" spricht.

Mitbürgers und Mitmenschen bestimmen, Menschen also mit einem Strafpreis versehen zu müssen. Diese Abwägung vorzunehmen, würde ihnen ihre *Unvergleichlichkeit* und damit ihre Würde nehmen. Sie zu wahren, muss und kann der Staat zu Recht mit der *Deckelung* der Abwägung gewährleisten. Er darf den Einzelnen, zwar auch, aber „nicht bloß" zum Objekt der Verbrechensbekämpfung machen.

Art und Umfang der *Grundrechtseingriffe im Strafprozess* unterliegen deshalb zu Recht nicht unmittelbar dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern bieten seit jeher *aktive* Beteiligungs- und Verteidigungsrechte und auch *Laienbeisitzer* auf der Gerichtsbank.

*Zwischenfazit*. 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 Verbrechensbekämpfung und Kernstrafrecht.

2. *Hierarchie- und Privatstrafe*. Diese Begriffspaarung wird zwar als solche nicht diskutiert, aber die Privatstrafe kennen wir in Ansätzen im Täter-Opfer-Ausgleich und sie ist als *abolitionistische* Alternative zur *Staatstrafe* schon angesprochen. Die Idee der Hierarchie und das Prinzip der *Hoheit* sind deshalb vor allem zu vertiefen und nur vor dem Hintergrund der Privatstrafe zu betrachten.

So spricht *Kant* davon, dass es „*das Recht des Befehlshabers*" sei „gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen".[556]

Auch sprechen wir von Rechtssubjekten, Rechtspersonen und dem Rechtsstaat und verweisen damit nicht nur auf den besonderen Rechtsstatus, sondern auch auf die *Unterwerfung* der Subjekte, der Personen und des Staates unter das Recht. Von den Rechtsunterworfenen verlangen wir Rechtsgehorsam.

Diejenigen Straflehren, die vorrangig den Rechtsbruch ahnden oder den Geltungsschaden am Recht mit der Strafe aufgehoben sehen wollen, bewegen sich in der Gedankenwelt der (normativen) Befehle. Der gesamte Rechtspositivismus setzt auf die freie Gestaltungsmacht des demokratischen Gesetzgebers.

---

556 Siehe erneut: 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.

Jede *Ordnung,* auch als der formale Teil einer vagen Wert- oder Rechtsgüterordnung, verlangt nach der Unterwerfung. Insofern handelt es sich beim Strafrecht immer auch um eine Art von *Ordnungswidrigkeitenrecht* (im Sinne des OWiG).

Auch bei den Worten *Rechtsschuld* oder *Rechtsgut* überformt die normative Rechtsidee die sittliche Schuld, beziehungsweise den Wert und verleiht ihnen hoheitliche Rechtskraft.

Ferner geht die Idee der *zuteilenden* Gerechtigkeit (iustitia distributiva) meist mit einer Zuteilungsmacht einher, die eng mit der fürstlichen Gnade und Barmherzigkeit der Wohlhabenden verbunden ist.

So dient die *hierarchische Strafe* -immer zugleich auch- der Aufrechterhaltung der Hierarchie. Eine solche Strafe stellt deshalb stets -auch- eine *Disziplinar-* oder *Ungehorsamsstrafe* dar. Deshalb muss es sich auch nicht um eine schwere Rechtsgutsverletzung handeln, es genügt, dass der Täter das *Hoheitsprinzip* in Frage stellt.

3. *Diskussion.* So bedroht *jeder* Straftäter immer auch die *Friedensordnung* und in der Demokratie die *verfassungsmäßige Rechtsordnung* (etwa im Sinne der §§ 80 ff. StGB).

Die *präventiven Strafbegründungen* zielen, wie es meist in der Strafrechtswissenschaft nur die staatskritischen Abolitionisten diskutieren, zumindest auch auf eine hierarchische Strafe. Sie begreifen die Gesellschaft und deren Gemeinwohl als *höherrangig*. Sie sehen die staatlichen oder auch sonstige Gesellschaften (Familien, Vereine, Firmen, Institutionen) mit einer *originären Herrschaftsmacht* ausgestattet, die immer auch eine Art von *strafweisem Ausschluss* vorsehen.

Schließlich spricht das *Bundesverfassungsgericht,* ebenfalls ohne weitere Begründung, von einem *staatlichen Strafanspruch*. Dabei beanspruchen eigentlich in der Demokratie das Volk und seine verrechtliche Verfassung die Oberherrschaft über den exekutiven Staat und seinen Strafanspruch.

Mit der Idee der *Privatstrafe* tritt dagegen eine Art von „Marktstrafe“ in Erscheinung, deren Kern im *Vergelten* besteht. Sie wird im Idealfalle auf dem „Markt“ und „unter Freien“ ausgehandelt. Die Gerechtigkeit, und zwar als die *iustitia commutativa,* steht für sie im Mittelpunkt.

In vorstaatlichen Gesellschaften lag die Marktmacht bei den freien Familienverbänden (Clan, Sippe) und deren Oberhäuptern. Sie übten die *Strafe* als Racherecht *wechselseitig* oder verhandelten über Bußzahlungen. Auch Androhung oder die Durchführung von *Selbstjustiz* oder die *Lynchjustiz* von Bürgerwehren erweisen sich als eine solche Art von Privat- oder auch Marktjustiz. *Geldstrafen* insbesondere für Eigentums- und Vermögensdelikte sowie die „Einziehung von Taterträgen", §§ 73 ff. StGB passen auf der *hoheitlichen* Seite des Strafens dazu.

Der *materielle Strafanspruch* liegt hiernach auf der *Opferseite*, sofern es sich um Angriffe auf Individualrechtsgüter handelt, bei Staatschutzdelikten tritt der Staat als Verletzter auf.

Bei den gemeingefährlichen Delikten, die die Allgemeinheit gefährden, nimmt der Staat die Interessen (der betroffenen Teile) der Allgemeinheit *stellvertretend* wahr. Der Staat verfügt aus dieser liberalen Sicht zwar über das Gewaltmonopol, aber zumindest bei Straftaten gegen Individualrechtsgüter gewährleistet er nur, wie im Zivilprozessrecht, die *Vollstreckung*. Bei Antragdelikten ohne öffentliches Interesse gemäß §§ 374, 376 StPO tritt dieser privatstrafrechtliche Hintergrund noch ebenso deutlich hervor wie bei dem Ausbau der Opferrechte (§ 65 StPO) im Strafprozess (vgl. etwa das Akteneinsichtsrecht, § 406 e StPO).

Generalpräventiv gedeutet verlangen die Mitglieder der Allgemeinheit -danach- „zur Erhaltung ihrer Rechtstreue", dass der demokratische Staat „stellvertretend" ihre *privaten* Strafvorstellungen bedient. Anderenfalls, so lautet die versteckte Drohung, würden sie das Recht selbst und *privat* in die Hand nehmen und der Staat zerfallen. Dabei tritt die „Allgemeinheit", hier die wahlberechtigen Bürger, als der demokratische Befehlsgeber im Sinne von *Kant* auf.

Aus der Sicht des bürgerlichen Liberalismus, der untrennbar mit den Ideen von Privatstrafe, Selbstjustiz und dem Sozialvertragsdenken verbunden ist, bildet der Rechtsgehorsam wiederum den privaten Preis für ein Rechtsystem, das ihnen ihre eigenen Freiheitsrechte sichert. Das Vertrags- und damit das Marktdenken stecken mit in der Idee von der -demokratischen- Allgemeinheit.

*Kant* selbst vertritt ohnehin -zugleich und insbesondere auch- den „kategorischen Imperativ", die goldene (Markt-) Regel des „Wie du mir so Dir", des „do ut des" oder „tit for tat". Nur hat er sie verallgemeinert und will die moralische Strafgerechtigkeit auch ohne Staat gewährleistet sehen. Man kann auch anfügen, danach ist jeder einzelne Mensch mit *Kant* ein Imperator

(Befehlshaber) seiner selbst. Er beherrscht sich selbst und ist zugleich moralisch autonom, also der sittliche Gesetzgeber seiner selbst.

Wenn *Kant* zudem davon spricht, dass der Befehlshaber „*wegen eines Verbrechens*“ bestraft, so schließt er scheinbar willkürliche Strafen aus. Es bleibt aber zu fragen, inwieweit die Befehlshaber, heute also die Demokraten, *positivistisch* per Gesetz bestimmen, was denn Verbrechen sind. Dabei verfügt auch der demokratische deutsche Gesetzgeber über einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Die Rechtsetzung obliegt ihm und ist nur durch die Verfassung und ein „ethisches Minimum“ im Sinne *Radbruchs* beschränkt, Ansonsten aber regiert die Idee des Rechtspositivismus.[557.]

Im Kernstrafrecht deckt sich zwar zumeist die Ethik mit dem gesetzten Recht. Aber im sonstigen Strafrecht, etwa bei den *Vorfelddelikten* und im *Nebenstrafrecht*, begründet erst der hoheitliche Gesetzgeber das Verbrechen, dessen Verletzung er danach als Befehlshaber der Exekutive verfolgt und vollstreckt. Der Gesetzgeber erwartet dann zumindest die Unterwerfung unter sein Recht. Mit seiner Tat wendet der Täter sich gegen die Hoheit oder Souveränität, hier des demokratischen Gesetzgebers, und zugleich auch gegen dessen Autonomie, als der rechtlichen Gestaltungsfreiheit.

*4. Fazit*: Vereinfacht gehört die Idee der Strafe als Ordnungs- und Ungehorsamsstrafe zur Generalprävention. Die Ethik und die deshalb auch absolut genannte Vergeltungsidee lösen sich vom Staat, sie enthalten deshalb auch Elemente eines Privatstrafrechts.

In der Demokratie stecken zugleich Elemente der Privatstrafe, vereinfacht als *stellvertretend ausgeübte Selbstjustiz*. Denn die Normen des Kernstrafrechts entsprechen in aller Regel dem ethischen Konsens. Sie bedienen in der Demokratie den privaten Strafwillen der übergroßen Mehrheit der Staatsbürger im Sinne des Art. 20 I GG.

Die beiden Begriffe von der „Verbrechensbekämpfung“ und dem „Kernstrafrecht“ bedienen erkennbar diese beiden Blickwinkel, den der hoheitlichen *Prävention* und den der staatsfreien *Wertethik*.

---

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

## VI. Vernunft der Rache; Zivilisierung eines Strafbedürfnisses (*Lüderssen*); Triebabfuhr (*Streng*) und Tradition; kluge Sensibilität für Gewaltdelikte; Folgerung: Strafrecht als mildernde Zivilisation

1. *Vernunft der Rache.* Die alte Ausgangsfrage lautet: Was gäbe es ohne das rechtsstaatliche Strafen? Und als einfache generalpräventive Antwort tönt uns entgegen: Es gäbe emotionsgestützte Rache als Selbstjustiz oder als Lynchjustiz und die Gefahr ewiger Widervergeltung.

Aus historischer Sicht dürfte bei den Rache übenden (meist kriegerischen) Person die Idee der *Gerechtigkeit* zugrunde liegen, nach altem und deshalb gutem Recht zu handeln. Rache hat sich also bereits zu einer Art von *vorstaatlichem* mittelalterlichem Recht der meist adeligen oder kriegerischen Familienverbände (Clan, Sippen) verfestigt.

Ihr Ursprung liegt aber offenbar in einem *natürlichen* und hoch *emotionalen* menschlichen *Strafbedürfnis. Scheffler* etwa betont von der Kriminologie herkommend die Existenz und Bedeutung des „gesellschaftlichen Strafbedürfnisses".[558]

*Konflikttheoretisch* betrachtet, erweist sich das wütende blinde Widervergelten zwischen Sippenverbänden als vernünftig, weil es planendende fremde Täter abschreckt. Aber für die Selbstjustiz muss der Einzelne (als Krieger) bereit sein, notfalls sein Leben einzusetzen. Einzelne *mobilisieren* sich zu oder auch in Gruppen mithilfe des Gefühls der *Ungerechtigkeit* und des *Ehrgefühls* einer stolzen *Gruppensolidarität*, die „beleidigt" ist.[559]

Soziobiologisch betrachtet haben sich solche „natürlichen" Instinkte entwickelt, weil die Natur sie als nützlich erachtet hat. Und: ohne einen mächtigen Beweggrund würden wir uns nicht bewegen. Wir würden uns ohne ihn erst recht nicht in eine kriegsähnliche Lage begeben. Dann aber würden wir auch nicht mit Rache drohen können. Das wäre ein Nachteil, denn schon die faktische

---

558 Scheffler, Grundlegung, 1987 („Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems unter Berücksichtigung wissenschaftstheoretischer Voraussetzungen und des gesellschaftlichen Strafbedürfnisses"), 91 ff. Dazu aus kriminologischer Sicht: Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 24, Rn 26 („Strafmentalität" untersucht als „Kriminalitätswahrnehmungen", „Sicherheitserwartungen" und „Strafvorstellungen"). Zudem: Streng, Studien, 2019, 131 ff. sowie: Hoven/Weigend, Strafzumessung, 2019, 263 ff., ("Strafzumessung in den Augen der Bevölkerung. Empirische Forschung und rechtspolitische Überlegungen").

559 Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 3. Kap. I, 105 ff., ("Würde und Identität, evolutionäre Vernunft von Recht und Streitkultur"), insbesondere: 2. ("Identität und Ego, streitökonomische Vernunft der blinden Gefühle", 110 ff.).

Androhung der Rache, gegründet auf der Existenz eines „blinden“ Rachetriebes, dürfte manchen kriegerischen Übergriff auf den eigenen Nachbarn verhindert haben.

In Gemeinschaften werden aus demselben Grunde Ältere versuchen, Jüngere und sonstigen Gewaltbereite von unüberlegten Angriffen auf Nachbarfamilien abzuhalten und zudem die unüberlegte Rache zu „verpönen“.

Die „Familien“ der organisierten Kriminalität agieren auch heute noch nach diesem Clan-Recht. Sie können sich auch nicht an die staatliche Justizorgane wenden. Aber schon die Drohung mit diesem „natürlichen Gesetz“ und altem Recht auf Rache übt eine Art von „psychischem Zwang“ aus, der dem der Strafgesetze im Sinne von *Feuerbach* ähnelt. Aus Sorge vor ständiger Widervergeltung bietet sich aber schon im Clan-Recht eine Art von mittelalterlichem Bußverfahren an, mit oder ohne Mediation.

Insofern stellt das hoheitliche (staatliche) Strafen eine Art von *Racheersatz* dar, das mit dem Gewaltmonopol des Staates eng verbunden ist. In der staatlichen Zivilisierung des Wider-Vergeltens und auch im Angebot der Resozialisierung zeigen sich heute die *eigene demokratische Vernunft* und auch die klug genutzte *Willensfreiheit der Strafenden. Emotionen* kennzeichnen auch heute noch jede Volksstimmung zur Selbst- und Lynchjustiz und sie beruht auf der Rache als Recht zur Widervergeltung.

So erweist sich ein *zivilisiertes kollektives Strafen als eine mildere Form* gegenüber der hochemotionalen Selbst- und der Lynchjustiz verbunden mit der Gefahr der ewigen Widervergeltung. Der Verzicht auf blinde Rache beruht auf der *Vernunft* und der Willensfreiheit des Menschen. So haben es in etwa auch schon [560] und *Seneca*[561] gesehen. Aber das Strafen unter Menschen muss offen sein, aus welchen rationalen Gründen auch immer, der Prävention oder der Vergeltung wegen.

2. *Lüderssen*[562] greift diesen Grundgedanken des *Strafbedürfnisses* in einem Beitrag zu dem von ihm herausgegebenen fünfbändigen Sammelband zum Strafen auf und führt ihn schlüssig näher aus. Er beginnt dabei mit (s)einem rechtssoziologischen Vorverständnis, das wiederum eng mit jedem generalpräventiven, also auf den Gesellschaftsschutz ausgerichteten Ansatz verbunden ist:

---

560 Platon, Protagoras, (Eigler), 1990, 324 a, b.

561 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.

562 Lüderssen, Wege, 1998, 25 ff., 56.

*„Wenn aber der Ursprung der Strafe nicht ein Rechtsprinzip, sondern ein individuelles oder kollektives Strafbedürfnis ist, sich verbindend oder originär aus der Entwicklung von Herrschaft und Staat hervorgehend im Namen der Befestigung und Behauptung und Verteidigung von Macht, so wie sie in der Geschichte als selbstverständliche Voraussetzung dafür, dass man notfalls Kriege führt, aufgefasst worden ist, sieht es anders aus.“*

Er folgert dann:

*„Der „Druck“ zu strafen entspricht keiner Rechtsverpflichtung; die Rechtsverpflichtung beginnt erst bei der Begrenzung dieses Drucks.“*

Er überdenkt dies mit einer Art von rechtlichem Rekurs:

*„Da kann es natürlich auf Gleichheit ankommen und insofern wiederum ein Legalitätsprinzip etabliert werden. Aber dieses Legalitätsprinzip ist dann negativ motiviert*.“

Im nächsten Schritt könnte *Lüderssen* erklären, dass damit schon unser *zivilisierendes Strafrecht* im Sinne einer Güterabwägung gerechtfertigt sei. Zwar könnte er dann auch noch anfügen, dass dies für jedes zivilisierendes Strafrecht gelte, also auch für das Schuldstrafrecht. Deshalb bedürfte es keines Nachweises der Willensfreiheit des Menschen. Denn die Unterstellung der Freiheit des Menschen gehöre zu unserer Zivilisation und wirke sich nur zu Gunsten des Täters und aller anderen Menschen aus. Aber mit den rechtsoziologischen und rechtspsychologischen Ansätzen ist in der Regel der Gedanke verbunden, dass Mensch von der Gesellschaft, beziehungsweise von der Natur fremdbestimmt ist.

Wer der Generalprävention den Vorrang einräumt, der wählt zwar im Kern einen soziologischen Ansatz, den er mit gruppenpsychologischen Vertrauens-Erwägungen auflädt. Aber er trägt offenbar zusätzlich, wie *Lüderssen*, immer auch die Bürgerrechtsidee, zumindest als Legalitätsprinzip, mit sich und setzt sie als ein absolutes Rechtsdogma. Wie die Soziologie alles von der Gesellschaft aus betrachtet, bildet das Recht die dogmatische Grundposition, von der aus die Rechtswissenschaft denkt.

3. *Psychische Triebabfuhr*. *Andrissek* geht noch ein Schritt weiter. Er begreift die „Vergeltung als Strafzweck“, und zieht dazu Studien aus der Evolutionsbiologie, der Verhaltenspsychologie und der Hirnforschung heran. Es gäbe *„tief verwurzelte menschliche Vergeltungsbedürfnisse, … die der Staat befriedigen darf und muss, um für Rechtsfrieden zu sorgen und seine Autorität*

*zu sichern*.“ Deshalb sei Vergeltung „*kein Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck*“. [563]

Das biologisch verankerte Bedürfnis nach Gerechtigkeit[564] führt in das Gebiet der Psychologie. *Müller-Dietz* erklärt eine funktionierende Strafjustiz erreiche, auch unter dem Aspekt einer angemessenen Ahndung von Straftaten,

*„ein erhebliches Maß an kollektiver wie auch individueller Verdrängung und Sublimierung der primitiven Triebe, die sich sonst in Form privater Rache am Täter durchsetzen würden*“.[565]

Der Sanktionsrechtler *Streng* sieht aus tiefenpsychologischer Sicht Elemente der Suche nach einem Sündenbock wegen des Bedarfs nach *Triebabfuhr*.[566] Er fügt aber an: Voraus gehe danach unser *eigenes heimliches Begehren*, das wir aber nicht annehmen und es stattdessen vielmehr auf den Verbrecher projizieren, den wir dann strafen. Wir bauen auf dieser an sich *neidischen* Grundhaltung also unsere Triebhemmungen auf.

Wir vermögen uns, so lautet das freiheitlich-ethische Grundmodell, selbst zu beherrschen, das heißt dann aber auch, dass wir zumindest nicht auszuschließen vermögen, zu solchen Taten in solchen Situationen fähig zu sein. Wir weisen es aber von uns, sie auch einmal durchzuführen. Doch schieben wir nach: Andere Menschen sollen auch nicht damit davonkommen.[567]

Dieses unausgelebte Begehren ist mit *Übermachtphantasien* verbunden. Der realen fremden Gewalt wollen wir dann auch mit realer *eigener Gegengewalt* als Strafbuße begegnen, die wir nunmehr für bloße berechtigte Machtausübung erachten (können). Mit den Worten von *Nietzsche* zu gespitzt:

---

563 Andrissek, Vergeltung, 2017. Aus der Zusammenfassung der Verlagsankündigung zudem 61 ("Zwecklose Gerechtigkeit und ungerechter Prävention sind zur Legitimation von Strafe nicht geeignet."), 94 („Kooperationseffekt“).

564 Streng, Sanktionen, 2012, Rn. 24 f.; Hauptmann, Psychologie, 1993, 56; Schott, Strafrahmen, 2004, 106; Jung, Strafe, JZ 2004, 1155 ff., 1175; Fabricius, Generalprävention, 2006, 280 ff..

565 Müller-Dietz, Mord, 1997, 95.

566 Viel zitiert: Streng, Schuld, ZStW 1980, 637 ff. , ("Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe. 646 ("Kollektive Triebabfuhr"), 663 ff ("Prügelknabe-Mechanismus") sowie 644 ff („Mechanismus, dass wir unser verwerfliches Wünschen und Begehren nicht als uns zugehörig annehmen, sondern auf den Verbrecher projizieren.“).

567 Siehe auch Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 11, 8 (zur Diskussion der Strafe „als verdeckte Aggressionsableitung“, „Entladung der Triebenergie“), § 12, Rn 9 (Zur „Bestrafung als narzisstisches Bedürfnis zur Triebbefriedigung“).

„*Die Strafe hat den Zweck, den zu bessern, der straft.*“[568]

Zumindest dient jede Aktion, auch eine Reaktion, wie die Strafe, immer zugleich dem Wohl des Akteurs, dem individuellen wie dem kollektiven. Das gilt auch für angeblich rein altruistisch-empathische Aktionen, wie das Geben von Almosen. Sie heben -immer auch- das persönliche Selbstbild und den sozialen Status des Handelnden, des würdigen Einzelnen wie des sozialen Staates. So strafen wir die Mitglieder der Gemeinschaft, um sie zu *bessern*, aber auch in unserem Interesse, und unter anderem, um unsere Strafbedürfnis zu befriedigen.

4. *Sensibilität für Gewaltdelikte*. Dabei decken sich die „Alltagsvorstellungen“ mit den empirisch erhobenen Daten scheinbar nur zum Teil. Offenbar wird insbesondere die *Gewaltkriminalität*, vermutlich auch unter medialem Einfluss, „überschätzt“.[569]

Aber der Grund für diese vielleicht doch nur scheinbare Überschätzung, wie auch für das mediale Interesse, dürfte an einem Gedanken liegen, der bislang nicht recht diskutiert worden ist. Er lautet, die hohe *Sensibilität* für relativ seltene Gewaltdelikte könnte schlicht darin liegen, dass kein Mensch auch nur ein *einziges Mal* in seinem gesamten Leben eine schweren Gewaltakt ertragen oder in gar unmittelbare Tötungsgefahr geraten will und sich auch für diese seltene Gefahr in vernünftiger Weise *sensibilisiert*.

Allgemeine Lebensängste verstärken zwar konkrete Angstgefühle, ein allgemeines Grundvertrauen mindert sie.[570] Aber Miterleben oder auch der Bericht von einer schweren Gewalttat oder einem Kapitaldelikt lösen wegen der inneren und *empathischen Spiegelung* der Tat in uns selbst nicht nur eine sinnvolle eigene Furcht aus, sondern bei Nächsten und empathischen Dritten auch das *Schutzbedürfnis* nach einer *aggressiven* Reaktion. Auf diese Weise vermag man sich und auch etwa als Mit-Demokrat wieder als „Herr der Lage“ zu fühlen. Man erfährt beim Strafverfahren sich und seine eigenen Werte, und auch die eigenen normativen Freiheitsbeschränkungen, bestätigt.

---

568 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.

569 So Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 24, Rn 27, vgl. auch Rn 40 ff („Bedrohungsgefühl und Strafbedürfnis“)

570 Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 24, Rn 46.

Bedürfnisse sind auf der emotionalen Seite des Menschen angesiedelt. Aber da sie hier mit der Idee der *Gerechtigkeit* verbunden sind, lassen sie sich auf der Vernunftseite auch ethisch-zivilisiert mit dem Tatschuldausgleich absichern. Das schließt mit ein, mit *anderen* guten Gründen gegen die (nachträgliche) Strafe zu argumentieren. Auch lassen sich auch andere Emotionen, wie die des Mitleids mit dem (künftigen) Strafgefangenen, aufzeigen und pflegen. Sie spielen dann als Humanität oder Barmherzigkeit ihren Gegenpart in der vernunft-ethischen Diskussion.

5. *Gerechtigkeits- und Strafgefühl der Allgemeinheit*. Zudem erscheint das Strafbedürfnis als eine Folgerung aus dem *Gerechtigkeitsgefühl.* Wenn das Opfer durch einen anderen einen Schmerz erlitten hat, soll ihn auch der Täter erleiden. Ihm soll es nicht gut gehen, während es dem Opfer schlecht ergeht.

Alles Recht ist offenbar immer auch mit der Idee der Gerechtigkeit verbunden, in welcher Form auch immer. Jedes Strafen bildet einen Beleg dafür und fast alle größeren Gesellschaften scheinen das Strafen zu kennen. Die *besondere* Strafgerechtigkeit muss nicht gut und nützlich sein. Auch ist sie mit Macht und Herrschaft verbunden. Aber die *allgemeine* Gerechtigkeit selbst gilt uns als gut und nützlich und ebenso schätzen wir -in der Regel- auch das Rechtsprinzip der Ordnung, zumal dann, wenn wir nicht selbst über die Übermacht verfügen.

Der Generalprävention reicht es zudem, dass die Allgemeinheit die Strafgerechtigkeit als gut und nützlich einfordert. Die Gebildeten können dazu auch unter anderem auf die mittelalterliche Alternative der Rache unter Sippen verweisen, sich an das Strafen im Christentum erinnern und sich auf das Naturrecht stützen.

6. *Einordnung*: Zivilisatorisch und anthropologisch betrachtet gibt es aber mutmaßlich keine menschliche Gesellschaft, die nicht nach innen auch zivilisiert ist. Riten und Regeln und der ständige sachliche wie informative Austausch erschaffen erst eine Gesellschaft. Ebenso gehört zum Menschen, dass er zwar über Emotionen verfügt und sie benötigt. Dazu zählt aber offenbar auch ein Fairnessempfinden, das befriedigt werden muss. Er selbst verfügt zur Selbstregulation auch über eine Art von „Über-Ich“ oder Gewissen.

Die *hobbessche* Idee vom wilden „Krieg aller gegen alle“[571] betrifft nur Kämpfer und nicht auch die Mitglieder des familiären Trosses. Diesen Kampf

[571] Hobbes (Gawlik), Bürger, 1642/1959, 1. Kap., Ziffer 12: Kapitel 1, Sektion 12, als bellum omnium in omnes: „Der Naturzustand der Menschen, bevor man sich zur Gesellschaft vereinigte, war Krieg; und dieser nicht in gewöhnlicher Weise, sondern als Krieg aller gegen alle.“

hat es auf der Ebene von einzelnen Individuen also nie gegeben. Es gab und gibt aber freie Krieger, kleinere Clan- und größere Volksgemeinschaften von kriegerischer Art nach außen, die aber jeweils nach innen in ihren sozialen In-group-Netzwerken zivilisiert auftreten. Außerdem existieren Menschen, die grundsätzlich die dazu passende Eigenschaft ausformen können, und sie können in kleineren lokalen und zugleich in größeren Sprach- und Religionsgemeinschaften leben und sie auch wechseln.

7. *Folgerung: Ziviles als humanes Strafen*. Wütendes Strafbedürfnis, und zwar individuell und kollektiv, und die Grundfähigkeit zur Selbst-Zivilisierung, wiederum individuell und kollektiv, bilden eine dialektische Paarung.

Es gilt eine vernünftige Mitte zu finden. In einem westlichen Bürgerrechtssystem gehört dazu ein Bürger-Strafrecht. Aber sobald wir dem Menschen auch Vernunft zubilligen, sind wir auf dem Wege zu einem „bürgerlichen Schuldstrafrecht". Die aufgeklärte Gesellschaft wird sich selbst, also weitgehend an diese Art von Vernunft-Recht binden.

Zudem aber muss sie auch die Strafen derart mildern, wie es derzeit geschieht nunmehr nur offen: Auf erniedrigende Strafen, Körper und Todesstrafe, sollte die Gesellschaft -auch deshalb- verzichten.

Auch in vorstaatlichen Zeiten hat zur Abgeltung der Blutrache bei Tötungsdelikten die *Alternative* von Bußverträgen gegeben, durch die *Religion* und deren *Barmherzigkeitsethik* gestützt. Dazu musste der Täter allerdings 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 Widervergeltungsakt und dessen Konsequenzen durch einen kleinen Friedensvertrag, mit halbfreiwilligen Bußen, vermeiden.

8. *Fazit.* Die gerechte Strafe wird von einem entsprechenden individuellen und kollektiven *Rache-* und *Strafbedürfnis* des Menschen gestützt und dessen Befriedigung eingefordert. Darin besteht zumindest ein *wesentlicher* Strafgrund. Legt man auf ihn ein Schwergewicht, dann geht es vor allem noch um die möglichst *zivilisierte Art und Weise* des Strafens.

Die *Straftheorien* bilden -danach- vor allem den Versuch, ein ohnehin existentes allgemein-menschliches *Gerechtigkeits*- und *Strafbedürfnis* zu *rationalisieren* und es mit dem Geist des Rechts zu *zivilisieren*.

Heute gesellt sich deshalb zur strengen Gerechtigkeit die Idee der *Humanität* des Strafens. Wir strafen *nicht* mit einem *gleichwertigen Übel*, sondern mit einem weit humaneren und damit milderen (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 strenge 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 im Übrigen zu einer umfassenderen und dauerhafteren Art der Gerechtigkeit, dem Ausgleichen. Man kommt auch dem Täter und seiner verrechtlichten Würde- und seinen Freiheitswerten oder kurz „seinen Interessen“ entgegen.

Die humane gemilderte und bürgerrechtliche (zivile) Idee des Ausgleiches ist heute dennoch den verbleibenden 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.

Aus *generalpräventiver* Sicht geht es bei diesem Konzept vor allem darum, die *Zivilisierung* der Gewalt mit dem Recht zu betreiben, also darum, private Selbstjustiz und Gruppen-Gewalt zu unterbinden und zu ersetzen.

Damit ist deutlich, dass und inwiefern die Generalprävention im Kern eine *emotionale* Strafidee darstellt.

## 4. Kapitel

## Individualprävention: Allgemeines

### I. Einordnung, bittere Notwendigkeit (*Alternativentwurf*), Strafmilderung und Gefahrenabwehr, Ergänzung um die Menschenwürdeidee

1. *Allgemeine Einordnung*. Strafidee der Individualprävention beeinflusst im Strafrecht vorrangig die *Strafzumessung* und den *Strafvollzug.* Ihr Grundansatz ist *rational*. Diese Strafzwecklehre ist einerseits von *empirische-soziologischer* Art, anderseits nimmt sie den *konkreten* einzelnen Täter in den Blick. Von der sozialrealen Wirkung der Strafe auf den Täter aus stellt sie ihre kriminalpolitischen Forderungen auf. Sie wirkt folgerichtig in dem Bereich des Strafrechts, in dem die praktische *Individualisierung des Strafrechts* ansteht.

Die Lehre von der Individualprävention beruft sich auf *Franz von Liszt* und das Strafgesetzbuch verwendet dabei alle drei Arten der Individualprävention, die *Liszt* beschreiben hat, (a) den Denkzettel der *Geldstrafe* für „besserungsbedürftige Gelegenheitstäter", (b) die *Resozialisierung* im Vollzug oder in der Bewährung für den „besserungsfähigen Zustandsverbrecher", der durch Erziehung zu sozialisieren sei, und (c) die gesonderte Maßregel der *Sicherungsverwahrung* für den unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher, der durch „Strafknechtschaft" auf unbestimmte Zeit unschädlich zu machen sei, *Jakobs* wiederum begreift die Sicherungsverwahrung zurecht als Art des *Feindstrafrechts* im weiteren Sinne.[572]

Präventive Erwägungen, gleich ob general- oder spezialpräventiv, erlauben zwar den *metaphysischen Gesichtspunkt der Schuldvergeltung* zumindest zurückzudrängen. Die Verfasser des *Alternativ-Entwurfs* zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches erklären konsequent, dass Strafe zu verhängen, kein metaphysischer Vorgang sei, sondern eine *bittere Notwendigkeit* in einer Gesellschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal seien.[573]

Die *Not* und die Geeignetheit der *Mittel* zur Vorbeugung sind dabei zumindest grundsätzlich *empirischen* Beweisen zugänglich. Diese Bindung an die *Notidee*, die *Empirie* und die *Effektivität* prägen auch das Wesen der Individualprävention.

---

572 Siehe erneut Jakobs, Bürgerstrafrecht, 2004, 88 ff. , 89 („Sicherungsverwahrung" als „Gefahrbekämpfung statt Kommunikation, Feindstrafrecht (hier immerhin im weiteren Sinn Strafrecht…").

573 Alternativ-Entwurf StGB AT, 1969, 29.

Im Einzelnen trennen wir innerhalb der Individualprävention:

- die positive Individualprävention als Resozialisierung des Täters,
- die negative als Abschreckung des Täters vor neuen Taten und
- die Sicherung der Allgemeinheit durch das Einsperren des Täters.

Gerechtigkeit und Schulderwägungen erscheinen auf den ersten Blich ausgeblendet. Aber zu erinnern ist daran, dass diese präventive Sichtweise die gesetzlich normierten Tatbestände (nullum crimen sine lege) und ihre *feste Bindung* an unterschiedliche Strafrahmen, also das Bürgerschutzstrafrecht (*Liszt*: magna carta des Verbrechers), ebenso als selbstverständlich voraussetzt, wie die normative Verantwortlichkeit der Täter und die Straflosigkeit von schuldunfähigen Personen.

Das liberale *Bürgerstrafrecht* bildet also zumindest die *Grundlage* für die Strafidee der Individualprävention.

Vor diesem Hintergrund ist der Strafzweck der Individualprävention mit den folgenden Stichworten näher zu umreißen, die wiederum zugleich und insbesondere zum speziellen *Sanktionenrecht* gehören: Die allgemeine Strafmilderung, die Zwecke der Gefahrenabwehr und der Rückfallvermeidung und die Besonderheiten der Resozialisierung.

2. *Strafmilderung.* Seit von *Liszt* war die fortschrittliche Idee der Individualprävention das *Mittel für die Humanisierung* des Strafrechts. Diese sogenannte *moderne* Sichtweise hat seit dem Ende des 19. Jahrhunderts bis heute -in einem letztlich humanistischen Sinne- dazu geführt, den Vollzug *weniger schädlich und menschenwürdiger* ausfallen zu lassen[574] als seine Alternative, der alte Verwahr- oder gar der „harte Strafvollzug“. Letzterer bringt in der Regel diejenigen Erniedrigungen und Grausamkeiten mit sich, die Art. 104 I 2 GG und Art. 3 EMRK (zugleich ein Bundesgesetz) ausdrücklich untersagen.

Auf dem *individualpräventiven* Wege, und zwar über die vermeintliche oder auch tatsächlich nachweisbare *Ineffektivität* des herkömmlichen Strafvollzugs zur Verhinderung des Rückfalls, sind die Strafen gemildert, analog zum

574 Baratta, Resozialisierung, 2001, 1 ff., 4.

Jugendstrafrecht von 1923 *zur Bewährung* ausgesetzt und *mit Weisungen* etc. verbunden worden.[575]

Auch das Umwandlungsgebot kurzfristiger Freiheitsstrafe *in Geldtrafen* gemäß § 47 StGB ist individualpräventiv begründet. Die Weisungen zur Lebensführung und auch die Bewährungshilfe bilden „ambulante" Maßnahmen, §§ 56 c, 56 d, 57 III StGB.

3. *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 zwar schon 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 wir auf sein zukünftiges Verhalten.

Wir bauen negative *Erwartungen* auf, die sich im Bereich der *mittleren Kriminalität* vor allem durch *weitere* einschlägige *Vorstrafen* verdichten, bevor wir denn hartnäckige Wiederholungstäter in den Behandlungsvollzug bringen.

Bei Schwerst-. und *Tötungsdelikten* können wir allerdings offenbar nicht auf Vorstrafen warten.[576] Wir, so ließe sich schließen, gehen insofern einerseits von einer *hohen Hemmschwelle* zu töten aus, verlangen also eine gründliche Prüfung des bedingten Tatvorsatz (im Sinne des § 261 StPO).[577] Aber wer andererseits

---

575 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").

576 Dazu, dass keine größere Rückfallwahrscheinlichkeit bei schwereren Taten zu erwarten sei, siehe außerdem Roxin, Entwicklung, JA 1980, 545 ff., 551.

577 Nicht als Beweisregel, aber doch als ein gut vertretbarer und häufig verwendetet Begriff: BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/11/4-558-11.php, Rn 42 "Im Verständnis des Bundesgerichtshofs erschöpft sich die "Hemmschwellentheorie" somit in einem Hinweis auf § 261 StPO (BGH, Urteil vom 11. Januar 1984 - 2 StR 615/83, StV 1984, 187, Beschluss vom 27. Juni 1986 - 2 StR 312/86, StV 1986, 421, Urteile vom 22. November 2001 - 1 StR 369/01, NStZ 2002, 314, 315, vom 23. April 2003 - 2 StR 52/03, NStZ 2003, 603, 604, und vom 16. Oktober 2008 - 4 StR 369/08, NStZ 2009, 210, 211: jeweils *sorgfältige Prüfung*; vgl. weiter BGH, Urteil vom 25. November 1987 - 3 StR 449/87, NStZ 1988, 175; Beschlüsse vom 19. Juli 1994 - 4 StR 348/94, NStZ 1994, 585, und vom 25. November 2010 - 3 StR 364/10, NStZ 2011, 338, 339; Urteil vom 15. Dezember 2010 -

einmal diese Hemmschwelle überwunden hat, beim dem droht eine deutlich erhöhte und zudem nicht ambulant abwendbare Wiederholungsgefahr. Eine solche „Hemmschwelle“ unterstellt etwa auch das *Bundesverfassungsgericht* dem Menschen, und zwar bei der Volkverhetzung gemäß § 130 StGB.[578]

4. *Ausrichtung und Ergänzung*. Die Grundhaltung, die die Individualprävention vermittelt, führt allerdings, sobald der Täter *liberal*, also rechtsstaatlich und mit allen Prozessrechten zur Überzeugung des Tatgerichts überführt ist, zu einer Art von Positionswechsel hin zu einem *sozialen* Ansatz. Beim Sanktionieren des *individuellen* Täters regiert letztlich das *Gemeinwohl* die Gesellschaft, wie es auch das Wort von der „Resozialisierung“ belegt. Dabei betrachtet dieser Ansatz für sich allein betrachtet den Täter eher als sozial unmündiges Kind, das zu *erziehen* ist, denn noch als freien Bürger mit fortbestehenden Bürgerrechten.

Deshalb hat das *Bundesverfassungsgericht* das Menschenbild des Strafvollzuges mit und seit der Grundsatzentscheidung zur *lebenslangen Freiheitsstrafe* mit der *ethischen* Idee der unantastbaren Menschenwürde des Täters *überformt* und ihm die Chance auf Freiheit attestiert. Todesstrafen und erniedrigende Strafen sind deshalb und auch wenn oder soweit sie effektiv wären, verboten. Die Resozialisierung von würdigen und freien Menschen findet folglich auch als ein *Angebot* und mit *Einwilligung* des Täters statt (vgl. auch § 57 I StGB).

Eine Straftheorie, die sich *innerhalb* des Verfassungsrahmens bewegt, hat schon deshalb die Individualprävention, und jedenfalls für den Bereich des *Strafvollzugs, unmittelbar* mit der Idee der Menschenwürde zu verbinden.

Für die *Strafrechtspraxis* ist die reine Individualprävention also mit der ethisch-metaphysischen Idee der Menschenwürde überformt.

5. *Kommentar*. So ergibt sich für die Frage danach, was wir auf diese Weise individualpräventiv schützen oder wer gefährdet ist, nicht mehr nur die Antwort, es sei die „Gesellschaft“. Zu schützen ist aus der Sicht der Praxis nunmehr vielmehr diese unsere *Verfassungsgesellschaft*.

---

2 StR 531/10, NStZ 2011, 210, 211; …)“. Siehe auch Schneider-MK StGB, 2018, § 212 Rn. 48, zur prozessualen Seite: "prozessuale Selbstverständlichkeit" - Hervorhebung nicht im Original.

578 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018 - 1 BvR 2083/15 - Rn. (1-35), Rn. 17: „…in der Form von Appellen zum Rechtsbruch, aggressiven Emotionalisierungen oder durch *Herabsetzung von Hemmschwellen* rechtsgutgefährdende Folgen unmittelbar auslösen können (vgl. BVerfGE 124, 300 <333>).“ Hervorhebung nicht im Original.

Eine nicht anders als durch Strafe abwendbare latente Gefahr besteht also vorrangig für

- die einzelnen würdigen *Menschen* (Art. 1 I GG) und die sozialrealen *Institutionen*, wie den Staat (Art. 20 I GG),
- den *Unterbau*, im Einzelnen: die jeweiligen konkreten und abstrakten Rechtsgüter (als Grundwerte und als Teil der Freiheiten von Mensch und Staat), sowie
- den rechtlichen *Überbau* selbst: die *Einhaltung* der jeweiligen konkreten Rechtsnormen (als positives Recht) und die *Geltung* der übergesetzlichen Rechtsidee der Gerechtigkeit; sie umfasst die allgemeine und die strenge Gerechtigkeit (Gleichheit und Wechselseitigkeit) und zudem die humane Einzelfallgerechtigkeit (Solidarität, Billigkeit, zuteilende Gerechtigkeit, bloßer Schuldausgleich).

Doch auch 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 und zudem bei den Rechtstreuen, also der Allgemeinheit, den *emotionsgestützten* Ruf nach Strafgerechtigkeit auslösen. Diese Forderung verbrämt die sozialreale *Gefahr* von unzivilisierter Selbst- oder auch kollektiver Lynch*justiz* und die Alternative der Auflösung der Staatsgesellschaft mit ihrem Gewaltmonopol.

Der *Schutz- als Vorbeugungsgedanke* verbindet also die Individual- mit der Generalprävention. Der Sache nach handelt es sich bei der *Individualprävention* also im Sinne von *Schwind* vorrangig um eine *konkrete Art*, wie der Schutz der *Verfassungsgesellschaft*, der Rechtsgüter und auch des Rechts als solchem zu betreiben ist. Als kollektive Schutz-Strafe wird sie auch von der Verfassungsgesellschaft selbst ansehen. Der Einzelne wird dann mittelbar über die Verfassung und ihren Grundrechtsteil und das Demokratieprinzip zum konstitutiven *Mitglied* und auch zum *Schutzgegenstand* der Verfassung.

Die präventive Strafidee der *Gefahrenabwehr* ist jedenfalls nicht auf die Individualprävention begrenzt. Sie meint aber darauf bezogen nur die Gefahr, die vom *einzelnen Täter* für die Zukunft ausgeht und hat Prognosen für dessen künftige Straftaten im Blick.

6. *Fazit*. Damit sind die Art und das Gewicht der Idee der Individualprävention umrissen, die für die deutsche *Strafrechtspraxis* wichtig, aber auch untrennbar mit der Idee der Menschenwürde zu verknüpfen ist.

## II. Elemente: Ableitung aus der Sicherungsverwahrung, strafgesetzliche Regelungen, Resozialisierungsvollzug und Sozialtherapie

1. *Ableitung aus der Sicherungsverwahrung*. *Art* und *Gewicht* und die rechtsstaatlichen *Probleme* der Idee der Individualprävention im deutschen Sanktionsrecht lassen am besten mit dem Blick auf die *Sicherungsverwahrung* gemäß §§ 66 ff StGB verdeutlichen. Denn sie stellt eine reine Form der Individualprävention dar.

Dabei ist auch die *Sicherungsverwahrung* von *konkreten Straftaten* abhängig, sie ist im *Strafgesetzbuch* verankert und insofern kann der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* sie auch als Teil des *Strafrechts* begreifen.[579]

---

579 Die Sicherungsverwahrung ist vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als Institut grundsätzlich akzeptiert, aber *als Strafe* im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention gedeutet von EGMR Urteil vom 17.12.2009 (Az.: 19359/04), Absatz-Nr.: 120 ff.

Das Bundesverfassungsgericht selbst schränkt auch ein, und es greift dabei zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung der deutschen Verfassung insoweit auf die Europäische Menschenrechtskonvention und deren Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg zurück, wenn es in BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Leitsätze) erklärt:: „*Der in der Sicherungsverwahrung liegende, schwerwiegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) ist nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und unter Wahrung strenger Anforderungen an die zugrundeliegenden Entscheidungen und die Ausgestaltung des Vollzugs zu rechtfertigen. Dabei sind auch die Wertungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen*“. Außerdem fügt das Gericht sofort an: „*Die Sicherungsverwahrung ist nur zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber bei ihrer Konzeption dem besonderen Charakter des in ihr liegenden Eingriffs hinreichend Rechnung und dafür Sorge trägt, dass über den unabdingbaren Entzug der ‚äußeren‘ Freiheit hinaus weitere Belastungen vermieden werden. Dem muss durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden, der den allein präventiven Charakter der Maßregel sowohl gegenüber dem Untergebrachten als auch gegenüber der Allgemeinheit deutlich macht*“.

In einem weiteren Leitsatz betont das Gericht noch einmal den präventiven und damit rein öffentlich-rechtlichen Hintergrund der Sicherungsverwahrung: „*Der in der nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die frühere Zehnjahreshöchstfrist hinaus und in der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung liegende, schwerwiegende Eingriff in das Vertrauen des betroffenen Personenkreises ist angesichts des damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) verfassungsrechtlich nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchster Verfassungsgüter zulässig. Das Gewicht der der berührten Vertrauensschutzbelange wird durch die Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention in Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 EMRK verstärkt“.*

Eine Sicherungsverwahrung[580], die *nach* der vollen Verbüßung der Schuldstrafe vollzogen wird, trifft einen Täter, bei dem

„*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 Fortbestandes der Gefährlichkeit. Denn grundsätzlich sind präventive Maßregeln aus sich heraus *zeitlich nicht* limitiert.

Das *Bundesverfassungsgericht*[581] erklärt in seinem ersten Leitsatz dazu *rein individualpräventiv:*

*„Die Menschenwürde wird auch durch eine langdauernde Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nicht verletzt, wenn diese wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Untergebrachten notwendig ist."*

Es setzt also nur auf die „*Gefährlichkeit"* und auf die *Notwendigkeit.*

Im Übrigen zieht das *Bundesverfassungsgericht* eine Analogie zum Strafvollzug und betont auch hier den *verfassungsrechtlichen Anspruch* der *Strafgefangenen* auf Resozialisierung. [582] Es leitet ihn direkt aus der Menschenwürde, Art. 1 I GG, her und erstreckt ihn folgerichtig auch auf den *Sicherungsverwahrten*, wenn es erklärt:

---

580 Siehe zur „Sicherungsverwahrung in Deutschland und Europa": Drenkhahn/Morgenstern, 2018, 25 ff. .

581 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Februar 2004, - 2 BvR 2029/01, Leitsätze.

582 BVerfG Urteil vom 01. Juli 1998 - 2 BvR 441/90 (Leitsatz, und Abs. 132 f. lautet insgesamt -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)."

*„Erforderlich ist aber auch in diesen Fällen, die Eigenständigkeit des Untergebrachten zu wahren, seine Würde zu achten und zu schützen. Daher muss die Sicherungsverwahrung ebenso wie der Strafvollzug darauf ausgerichtet sein, die Voraussetzungen für ein verantwortliches Leben in Freiheit zu schaffen.“*

So ist die bloße Maßregel der Sicherungsverwahrung gesondert zu vollziehen und es gilt auch ein *Abstandsgebot* vom Strafvollzug.

Im Übrigen begründet es *die offene Dauer der Unterbringung* in einem weiteren Leitsatz und zeigt damit die *rechtsstaatlichen Folgen* der reinen Individualprävention im Vergleich mit dem *Schuldstrafrecht*:

*„Der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG ist auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient.“*

Aber es gilt unmittelbar das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* und der ultima-ratio Gedanke:

*„Je länger die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung andauert, umso strenger sind die Voraussetzungen für ihre Fortdauer.“*

*In der Regel* aber sieht das Strafgesetzbuch nur die Schuldstrafe vor. Außerdem setzt die seltene Sicherungsverwahrung unabdingbar voraus, dass der Täter zuvor eine *Schuldstrafe* verbüßt hat.

Der Sache nach handelt es sich also nur um eine *Verlängerung der Haft* aus individualpräventiven Gründen, verbunden mit dem Wechsel in die Unterbringung. Gefährlichkeit heißt aber, das als gefährliche eingestufte Personen müssen nur wahrscheinlich, jedoch nicht zwanghaft rückfällig werden. Die Sicherungsverwahrung trifft also, wie *alle präventive* Sanktionen immer auch solche Menschen mit, die auch *ohne Maßregel* in Freiheit von Rückfalltaten Abstand nehmen würden. Sie „haften“ also lediglich für ihre bloße, aber besonders hohe fortbestehende Gefährlichkeit, die sich zwar aber immer *auch* aus ihren schuldhaft begangenen Taten ergibt, aber vor allem von ihrer Persönlichkeit bestimmt wird.

Es handelt sich vereinfacht um eine Art von stark täterbezogenem „aufgepfropften Gefährdungsdelikt“ für wenige, aber schwerwiegende Sonderfälle. Das deutsche Tat-Schuldstrafe benötigt dabei offenbar dieser Art

der Ergänzung für Sonderfälle. Außerdem bleibt zu bedenken, dass auch im Tatschuldstrafrecht immer ganzheitliche Menschen vor dem Strafgericht stehen und sie als Täter einer Tat deren Vollstreckung erleiden sollen.

Für das *Schuldstrafrecht* ergibt sich daraus, dass diese Art der Gefährlichkeitsidee und die Vorstellung des Strafens als effektive Notmaßnahme offen *mitregieren*, und zwar vor allem dann und insoweit, als die *Strafhaft* überhaupt *vollstreckt* oder zu Ende vollstreckt, §§ 57 ff. StGB, oder die Vollstreckung zumindest geprüft wird, §§ 56 ff. StGB.

Individualpräventiv wirken zudem die *gesetzlichen* Vorgaben als konkrete Drohung oder Warnung bei denjenigen Wiederholungstätern, bei denen die Gerichte bei einer *weiteren Verurteilung* die zusätzliche Sicherungsverwahrung in Betracht zu ziehen haben.

Allgemein wirkt das Gesetz insoweit auf diejenigen Täter ein, die auf dem Wege sind und sein wollen, sich aus der Sicht der Gesellschaft zum „unverbesserlichen *Gewohnheitsverbrechern*“ zu entwickeln, wenn auch nunmehr mit der Aussicht, sich im Vollzug ändern zu können.

2. *Strafgesetzliche Regelungen*. Die Idee der Gefahrenabwehr steckt auch in den weiteren gesetzlichen Vorschriften zum *Strafrecht.* In § 46 I 1 StGB heißt es 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 gemäß § 47 I StGB geboten sein, um ihn zu bewegen, sich künftig rechtstreu zu verhalten,

„*wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter… unerläßlich machen*“.

Diese Form der Gefahrenabwehr (oder das eher generalpräventive Bedürfnis nach Verteidigung der Rechtsordnung) gilt es dann -auch- der Allgemeinheit mitzuteilen und in ihr zu *kommunizieren*. Dafür muss sie aber auch konkret stattfinden. Der *funktionelle* Verbund von Individual- und Generalprävention erweist sich auch insofern als eng.

Andererseits verfügt die Sichtweise der Individualprävention über einen eigenen *methodischen* Standpunkt. Ihren Boden bildet die *Realität*. Sie fragt nach der

Empirie, also den konkreten Erfahrungen. Diesen Grundansatz teilt sie mit der *Kriminologie*.

3. *Prognoseelemente*. 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 ihn als *Gefahrenquelle* und stellt eine *Sozialprognose* an.

Die einzelnen Elemente, die zur Verbüßung der Strafe aus der Sicht der Individualprävention führen, nennt das Strafgesetz selbst. Sie ergeben sich aus den Voraussetzungen für die bedingte Entlassung aus dem Vollzug gemäß § 57 StGB.

Es „sind insbesondere die Persönlichkeit der verurteilten Person, ihr Vorleben, die Umstände ihrer Tat, das Gewicht des bei einem Rückfall bedrohten Rechtsguts, das Verhalten der verurteilten Person im Vollzug, ihre Lebensverhältnisse und die Wirkungen zu berücksichtigen, die von der Aussetzung für sie zu erwarten sind".

Die Straftheorie der Individualprävention „als solche" betrachtet, *begründet* mit diesem Denken im *Strafurteil* den *gesamten Strafausspruch.* Sie verzichtet auf Werte *und* geht von einem Gesamtkonzept der Sozialschädlichkeit und der Gelegenheits- und Gewohnheitstäter aus, das dem von *Liszt* entspricht.

4. *Unschädlichmachung* und *Resozialisierung im Vollzug*. Den realen Kern des heutigen *Strafvollzuges* bezeugen die *Mauern*, die die Justizvollzugsanstalten umschließen, ebenso wie die Wachtürme oder die Gitter vor den Fenstern und der Einschluss in die Zellen. Dieser Strafvollzug sperrt Menschen ein. Er soll sie „*unschädlich*" machen. Dieser Täter vermag dann der *Allgemeinheit* nicht mehr zu schaden.

Nur die Art des Vollzuges hat menschenwürdig zu geschehen: Er soll dem Strafgefangenen vor allem dabei helfen, *sich selbst* 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.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat die Resozialisierung erläutert und der Leitsatz seines Urteils 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.“* [583]

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.“*

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 Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten.“*

Als Sonderfall des *Behandlungsvollzuges* ist die sozialtherapeutische Anstalt (in § 9 BundesStrafvollG) für besonders *rückfallgefährdete* Strafgefangene vorgesehen. Sie bieten einen Blick in die Denkwelt der *reinen* Lehre von der Individualprävention durch Resozialisierung. Dies führt mit dem Wort *Therapie* schon sprachlich zum Bild des Straftäters als sozialkrankem Wesen, das geheilt werden muss.

Das Land Berlin bietet dazu ein Dreiphasenmodell an:

- „integrative Milieutherapie“,
- „tiefenpsychologische“ und
- „verhaltenstherapeutische Arbeitsschwerpunkte“

583 BVerfG Urteil vom 01. Juli 1998 - 2 BvR 441/90 (Leitsatz, und Abs. 132 f.).

sowie zudem die „kognitiv-behavioralen Arbeitsschwerpunkte“ für Sexualstraftäter.[584]

5. *Fazit.* Die Strafe aus der Sicht der Individualprävention wird also als bittere Notwendigkeit (Alternativentwurf) begriffen. Auf den ersten Blick spielt die Individualprävention im deutschen Schuldstrafrecht zwar keine Hauptrolle. Doch dass das Strafgesetzbuch diese „zweite Spur“ der *Maßregeln* entwickelt hat, zeigt die heimliche Kraft dieser Idee. Nur mit dieser *Aufspaltung* konnte das Strafrecht offenbar das *betonte Tatschuldstrafrecht* und auch die humane Strafzumessung absichern und retten.

Die wichtigsten Elemente der Individualprävention lauten: Strafmilderung, Gefahrenabwehr, Resozialisierungsvollzug. Besondere *straf*gesetzliche Ausprägungen, die vor allem die positive Individualprävention beleuchten, bieten: die bedingte Entlassung, der Resozialisierungsvollzug und die Sozialtherapie. Derzeit droht den *Unverbesserlichen* aber bis auf Weiteres die *Maßregel* der Sicherungsverwahrung.

## III. Wesen der Resozialisierung: *Hassemers* Bemächtigungsansatz; Abschreckung, Sicherung und Strafzumessung

1. *Resozialisierungsidee und Wirkung*. Mit den Worten von *Hassemer* aus dem Jahre 1982 bemächtigt sich das Resozialisierungsinteresse:

„*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*“.[585]

Dieses Bild gilt zeigt die *Wirkungen des Strafvollzuges*, selbst aus der Sicht der Resozialisierung. Der Vollzug birgt auch heute noch die Gefahr der Deprivation.[586] „Deprivation“ (wörtlich Beraubung) betrifft vor allem

---

584 Sozialtherapeutische Anstalt in der JVA Tegel (SothA - Bereiche I und II), https://www.berlin.de/justizvollzug/anstalten/jva-tegel/die-anstalt/standorte-bereiche/artikel.284129.php,((8. 10. 19)

585 Hassemer, Resozialisierung, KrimJ 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.

586 Vgl. auch Laubenthal, Strafvollzug, 2019 „ 5. 4. 3 („Deprivation stellt für männliche wie für weibliche Gefangene einen wesentlichen Stressfaktor dar und wirft gerade für Langzeitinhaftierte enorme Probleme auf. Untersuchungen haben bei Letzteren die besondere Bedeutung des Verlustes entsprechender Kontakte als die gravierendste Beeinträchtigung des Strafvollzugs …“).

Langzeitgefangene, gemeint sind die *psychologischen* Auswirkungen, also emotionale und auch sexuelle Bindungsverluste (an emotionale Nächste), die kaum mit Besuchsrechten kompensiert werden können. Die „Prisionierung", also die „*mentale Gewöhnung an die die Gegebenheiten des Vollzugsalltags*", erfahren alle Gefangenen.[587]

Allerdings gilt es die Alternative mit zu bedenken. Sie lautet auf Freiheitsentzug in der Form des semireligiösen *Verwahrvollzugs*. Die Täter werden sich zur inneren Läuterung in den Zellen selbst überlassen. Ihre Menschlichkeit wird dabei nicht weiter bedacht.

Die heutige Besonderheit der an sich sozial ausgerichteten Individualprävention liegt ihrer *Verknüpfung* mit dem ethischen *Autonomieprinzip*, weil sie auf den Täter abstellt. Sie eröffnet mit der Betrachtung des Täters nicht nur dessen Einordnung als Gefahr, sondern erlaubt auch dessen Bewertung als einem Mit-Mensch, dem zu helfen ist.

Würde dieses Element fehlen, stünde die Individualprävention ausschließlich im Dienst der Generalprävention. Sie schlägt also derzeit die Brücke von der vorrangig kollektiven Generalprävention hinüber zur *individuellen Menschenwürde-Ethik*.

Anzustreben ist deshalb, wie es typischer Weise im derzeitigen Vollzug geschieht, den *Menschenwürde-Respekt* der gefangenen Mitbürgern im Haftalltag zu gewährleisten zeigen und dennoch die Sicherungsaufgaben zu erfüllen, die mit der Unterwerfung der Gefangenen unter ein festes Regime verbunden sind. So gilt es auch bei der gemeinsamen *Vollzugsplanung* den *Angebotscharakter* zu betonen und auch dieses Angebot regelmäßig zu wiederholen.

2. *Abschreckung*. Die *negative Individualprävention* der Abschreckung besteht in der *Erfahrung*, die wir dem Täter mit der Vollstreckung der Strafe als bewusster Zufügung *eines Übels* vermitteln.

- Der Vollzug soll als eine Art von hartem *Denkzettel* dienen und den Täter im Falle einer erneuten *Tatneigung* vom Tatentschluss abhalten.

- Aber auch schon das *Erkenntnisverfahren* selbst kann und sollte im Falle einer Verurteilung zur Bewährung oder Geldstrafe diese Nebenwirkung zeigen. Die erhoffte Wirkung kann ein Grund dafür sein, eine *günstige*

[587] Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 37 (generell zu den „Desintegrationsrisiken und Reintegrationshürden im Strafvollzug"), hier Rn 23.

*Prognose* bei *Gelegenheitstätern* zu stellen, sodass auch deshalb die Strafe zur Bewährung ausgesetzt oder nur auf eine Geldstrafe erkannt werden kann.

Art und Gewicht dieses Abschreckungsdenkens zeigen sich in dem umgekehrten Falle, dass es bei Wiederholungstätern regelmäßig dann *strafschärfend* heißt, er habe sich eine *Vorstrafe* „nicht zur Warnung" dienen lassen.

Mit diesem Argument hat auch das *Bundesverfassungsgericht* für *Mehrfachtäter* (im Hinblick auf eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung) ausgeführt:

„*Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Täter, der sich die Verurteilung nicht zur Warnung dienen lässt und danach weitere Taten begeht, die Rechtswohltat der Gesamtstrafenbildung nicht verdient…*"[588]

Auch bildet der negativer Aspekt der gebotenen Einwirkung die Grundlage für den Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung, also zumeist in Fällen, in denen die Oberlandesgerichte die maßgebliche Revisionsinstanz darstellen. So erklärt das *Oberlandesgericht Karlsruhe* für den Widerruf gemäß § 56f Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB:

*„Die Prognose hat sich hierbei an der für die Strafaussetzung maßgebenden Erwartung auszurichten. Es muss Anlass zu der Besorgnis bestehen, dass die verurteilte Person sich die Verurteilung nicht zur Warnung dienen lässt und sich ohne Einwirkung des Strafvollzugs nicht straffrei verhält."*[589]

Dasselbe gilt in entsprechender Weise auch für das Versagen einer erneuten Einstellung des Verfahrens gem. §§ 153, 153 a StPO.

Dass aber die *vollstreckte Freiheitsstrafe* „als solche", also als bloßer Freiheitsentzug und somit als Verwahrstrafe früherer Zeiten abgeschreckt hat

---

588 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 07. Mai 1999 - 2 BvR 2324/97 - Rn. (1-14), Rn 10 (Unter Hinweis auf: vgl. BVerfG - Vorprüfungsausschuss des Zweiten Senats -, Beschl. vom 7. August 1979 - 2 BvR 816/79 -). Zudem: Fischer, StGB-Kommentar, 2019 , § 55, Rn 5. Vgl. auch zur Versagung der Aussetzung zur Bewährung: BGH, 12.07.2012 - 2 StR 210/12, Rn 5 „Einen allgemeinen Erfahrungssatz, dass ein Ausländer in der beschriebenen Situation sich grundsätzlich eine Verurteilung *nicht zur Warnung dienen lassen und nicht auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten begehen werde*, vermag der Senat nicht zu erkennen." Vgl. auch: BGH, Beschl. v. 24.3.2009 - 3 StR 598/08, Rn 4: Das Landgericht habe bei der Strafzumessung verkannt, dass „der Angeklagte sich die Vorstrafe somit *nicht zur Warnung dienen* lassen konnte". Hervorhebungen jeweils nicht im Original.

589 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.06.2018, 2 Ws 156 / 18, Gründe II. 1 a.

und abschrecken würde, also ohne Resozialisierungsangebote, *empirisch nachweisbar* derart wirken würde, ist zumindest recht zweifelhaft. Dasselbe gilt auch noch für den verfassungskonformen Behandlungsvollzug.

Denn auch mit dem Behandlungsvollzug nehmen wir dem Täter große Teile seiner sozialen Beziehungen und nötigen ihn zugleich, wenn er denn sozial leben will, neue *soziale Netzwerke im Vollzug* aufzubauen. Diese Annahme der Unwirksamkeit und Schädlichkeit des Vollzuges war für den Gesetzgeber auch der *präventive* Grund für den Verzicht auf kurzfristigen Freiheitsstrafen, § 47 StGB, auf die Vollstreckung und die Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung nebst Weisungen zur Lebensführung, §§ 56 ff. StGB sowie für das Angebot der Vollzugslockerungen und die Aussicht auf bedingte Entlassung, § 57 ff. StGB.

Die Abschreckungsidee des Denkzettels und die damit die reaktive „schlechten Erfahrung" nach einem Normverstoß prägt aber -aus präventiver Sicht- die *Geldstrafe*, die vom Einkommen abhängt und als *Lebensstandartstrafe* zu verstehen ist.

3. *Sicherung der Allgemeinheit.* Die Idee der *Sicherung* der *Allgemeinheit* stellt also trotz der Bedeutung der Resozialisierung einen gewichtigen präventiven Strafgrund dar.

Die Schutzidee der Sicherung vor Rückfalltaten des Verurteilten verkörpern die Mauern und Schließanlagen der Vollzugsanstalten. Die Sicherung wirkt zumindest *grundsätzlich* und für *Vollzugszeit*. [590] Allerdings ergeben sich dafür die vollzugstypischen Straftaten innerhalb des Vollzuges[591] und solche noch aus dem Vollzug heraus. Zudem stellt sich die Frage nach einer durch den Vollzug nunmehr langfristig *erhöhten* Rückfallgefahr.[592]

Auch an dieser Stelle wird deutlich, dass und inwieweit die Individualprävention vorrangig denselben Schutzzweck verfolgt wie die Generalprävention, nämlich die *Bedürfnisse der Allgemeinheit* der Rechtstreuen, also derer außerhalb des Vollzuges zufrieden zu stellen, und zwar mittelfristig. So wird mit dem

---

590 Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 4 („*Die Jugend- und die Freiheitstrafe erfüllt, ebenso wie andere stationäre Sanktionen eine Sicherungsfunktion, da der Gefangene während des Vollzuges keine Straftaten mehr gehen kann*").

591 Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 42, Rn 16. Zu den Delikten im Vollzug Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 37, Rn 11 ff.

592 Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 42, Rn 16.

Strafvollzug -nur aber immerhin- die „*Möglichkeit neue Straftaten zu begehen im Wesentlichen hinausgeschoben*.“[593]

Im Schuld- und Sühnestrafrecht bildet dagegen die Sicherung der Allgemeinheit durch den Strafvollzug ebenfalls einen, wenngleich wichtigen, präventiven *Nebenaspekt*. Vorrangig gilt es -danach- mit den Mauern, die Strafbuße oder auch die *Sühne* des Verurteilten zu sichern. Ihr soll er vorrangig nicht entfliehen können.

Der Gedanke der *präventiven Sicherungsstrafe* erklärt mittelbar auch die *Geldstrafe* samt dem öffentlichen Schuldspruch, und zwar insoweit, als die kommunikative Verbreitung der *Verurteilung* wirklich *potenziell gefährdete* Opfer erreicht. Das gilt vor allem dann, wenn beim Arbeitgeber oder dem Vermieter ein polizeiliches *Führungszeugnis* vorgelegt werden soll.

4. *Strafzumessung*. Für den Bereich der Strafzumessung liegt es nahe, der Individualprävention zumindest den Vorrang vor der Generalprävention zu geben. So erklärt *Kinzig* einleuchtend -innerhalb der vagen schuldangemessenen Strafe- sei „*entsprechend der kriminalpolitischen Gesamtkonzeption der Strafgesetze eine Rangordnung erkennbar*“; zu sehen sei „*die Tendenz des § 46 … insbes. der Resozialisierung vor generalpräventiven Erwägungen den Vorrang einzuräumen*“.[594]

5. *Fazit*: Beim Resozialisierungsvollzug bemächtigt sich die strafende Staatsgesellschaft des „ganzen Menschen“. Mit dem Strafzweck der Abschreckung lässt sich zumindest der geschlossene Vollzug zur Sicherung der Allgemeinheit (allerdings auch zu Sicherung der Sühne des Täters) begründen. „Zur Warnung“ und als potentielle Vorstrafe dient jede Verurteilung. Bei der Strafzumessung ist außerdem die Individualprävention stets zu bedenken.

---

593 Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 42, Rn 16, dort insbesondere Fn 45, sowie Rn 20 ff.

594 Kinzig-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. §§ 38 ff., 6, 11., siehe auch Radtke-MK StGB, 2017, vor §§ 38 ff, 46.

## 5. Kapitel

## Individualprävention: Besonderes

### I. Individualprävention als humane Ergänzung der Strafe (*BVerG);* strafbegründend: für Unverbesserliche, als Denkzettel-Geldstrafe, bei Widerruf der Bewährung

1. Diese Grundlegung der individualpräventiven Straftheorie ist zu vertiefen und sie soll dabei zugleich kräftigere Farben erhalten.

*Bundesverfassungsgericht zur Resozialisierung im Vollzug.* Im Jahre 2018 erläutert das *Bundesverfassungsgericht grundlegend* noch einmal und wiederum in Bezug auf die lebenslange Freiheitstrafe:

*„Androhung und Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe finden ihre verfassungsrechtlich notwendige Ergänzung in einem sinnvollen Behandlungsvollzug…“*[595]

Zumindest die lebenslange Freiheitsstrafe, und damit auch das Strafübel *aller längeren* Strafen bedürfen, einer „notwendigen Ergänzung“. Und das Gericht fügt an:

*„Der Wiedereingliederung des Delinquenten dienen unter anderem die Vorschriften über Vollzugslockerungen beziehungsweise vollzugsöffnende Maßnahmen… Durch diese Maßnahmen werden dem Gefangenen zudem Chancen eingeräumt, sich zu beweisen und zu einer günstigeren Entlassungsprognose zu gelangen…“*[596]

Der eigenverantwortliche Straftäter hat es also in der Hand, sich zu beweisen.

Für den (subjektiven) Grundrechtsanspruch darauf erläutert das Verfassungsgericht.

---

595 BVerfG Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Mai 2018 - 2 BvR 287/17 - Rn. (1-46), Rn 30. Angefügte Eigenzitate: „(vgl. BVerfGE 45, 187 <238>; 64, 261 <272 f.>; 109, 133 <150 f.>)“.

596 BVerfG Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Mai 2018 - 2 BvR 287/17 - Rn. (1-46), Rn 30, „(vgl. BVerfGE 117, 71 <92>)“.

„*Erstrebt ein Gefangener diese Maßnahmen, so wird er durch deren Versagung in seinem durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Resozialisierungsinteresse berührt…“* [597]

So gewendet, wandelt sich also die Idee vom Interesse der Gesellschaft an der Resozialisierung eines ihrer Mitglieder um in ein *Mischkonzept*. Es besteht in einem *Angebot* an den (würdigen) Delinquenten, auf das er einen Anspruch hat. Er kann aber auch darauf verzichten. So gibt es etliche Strafgefangene, vor allem bei zeitigen Freiheitsstrafen, die sich verweigern. Auf diese Weise können sie etwa ihren besonderen *Status* und ihr *Selbstbild* als *Unbeugsame* im Vollzug pflegen. Sie können damit auch nach außen wirken und hoffen, von diesem Status, selbst um den Preis der Vollverbüßung, in Freiheit in ihrer kriminellen *Subkultur* zu profitieren.

Wiederum trägt zwar die Idee der Prävention in der Form der Individualprävention, die auch mit Erziehungs*zwang* verbunden sein könnte, offenbar nicht *für sich allein* und nicht in unserem Verfassungsstaat. Aber als „*sinnvoller Behandlungsvollzug“* beinhaltet sie eine *verfassungsrechtlich* „*notwendige Ergänzung*“. Innerhalb des Gesamtsystems des Sanktionenrechts des StGB von 1969 (in Kraft 1975), ist dieser Strafidee also im Verbund mit dem Alternativ-Entwurf von 1962 zu Recht und folgerichtig eine erhebliche Bedeutung zugewachsen.[598]

Überwölbt wird die Individualprävention aus *verfassungsrechtlicher* Sicht von der Menschenwürdeidee, die ihrerseits eng mit der Schuldprinzip und deren Willensfreiheits-*Metaphysik* verknüpft ist und die die sozialliberalen Verfasser Alternativentwurfs umgehen wollten.

2. *Individualpräventive Ausdeutung.* Aus der allgemeinen Sicht einer *Strafbegründungslehre*, und damit nicht aus dem Binnen-Blickwinkel des besonderen Sanktionenrechts, bietet sich zunächst folgendes einfaches Bild:

Das *Bundesverfassungsgericht* begreift die Idee der „Wiedereingliederung des Delinquenten“ erkennbar *nicht als Strafbegründung*, sondern als *ergänzendes humanes Angebot zur Strafmilderung*. Es ist zum einen aus der Menschenwürde abgeleitet und entspricht zum anderen dem Gedenken, dass die (vollsteckte)

---

597 BVerfG Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Mai 2018 - 2 BvR 287/17 - Rn. (1-46), Rn 30, mit Eigenzitat: „(vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 5. August 2010 - 2 BvR 729/08 -, juris, Rn. 32).“

598 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.

Strafe ultima ratio sein müsse und beruht damit auch auf dem staatsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Den eigentlichen *Strafgrund* für die *lebenslange Strafe* sieht das *Bundesverfassungsgericht* -zumindest auf den ersten Blick- im Schuldausgleich und in der Erschütterung der Rechtsstreue der Allgemeinheit. Die streng-gerechte Strafe des *Gerechtigkeitsprinzips* will das *Bundesverfassungsgericht* -auch- über den Anspruch auf Resozialisierungsangebote *human* abzumildern.

Für alle zeitigen zu vollstreckenden Freiheitsstrafen, vor allem bei langen Strafen über 10 Jahren, hat dasselbe zu gelten.[599] Die Vollzugsorgane dürfen also auch nicht erst einmal dem Sühnegedanken allein folgen, weil eine bedingte Aussetzung zur Bewährung in weiter Ferne liegt, und auf alsbaldige Resozialisierungsangebote verzichten.

Das Strafelement des *öffentlichen Schuldspruchs* bleibt vom *individualpräventiven* Ansatz weit weniger berührt. Er ist vor allem an die Öffentlichkeit gerichtet. Aber der *Besserung* kann der gesamte *Strafausspruch* nur, aber immerhin insofern dienen, als er im Verbund mit seinem Charakter als öffentlich verkündeter sozialethischer Makel immer auch *den Täter anspricht*: Er habe sich in einer bestimmten Weise *sozialwidrig* verhalten und daraus ergäben sich die Umstände, die für eine *Wiederholungsgefahr* sprächen. Diese spezifische Art von Gefahr müsse er mit seinem *Verhalten im Vollzug* (oder durch künftige Rechtstreue bei der Aussetzung zur Bewährung oder einer Geldstrafe) *abschwächen*.

Die Strafrechtswissenschaft bleibt aber der *sozialliberalen* Deutung und der funktionalen Idee der Prävention insgesamt, wie zu zeigen war, eng verbunden.

3. *Sonderlehre - Strafbegründend für Vollverbüßun*g: Auf den zweiten Blick ergibt sich aber eine differenzierte Begründung bereits aus dem *Strafgesetzbuch,* und zwar dann, wenn es *nicht* zur Aussetzung zur Bewährung etc. kommt. Insoweit regiert die Strafidee der Individualprävention mit ihrem (positiven) Besserungsansatz nur, aber immerhin *indirekt* das Strafen.

*Strafbegründend* wirkt sich der Besserungsgedanke danach auch, aber nur *negativ*, also als das *Fehlschlagen der Resozialisierung,* und vor allem für die *Unverbesserlichen* aus.

---

599 Vollzugslockerungen für *langjährig Inhaftierte* zu Unrecht versagt, BVerfG, Beschluss vom 18.10.2019 - 2 BvR 1165/19; 2 BvR 681/19; 2 BvR 650/19..

Ins Negative gewendet ergibt sich aus dem Resozialisierungsinteresse der Verfassungsgesellschaft also eine *individualpräventive Strafbegründung*. Sie rechtfertigt vor allem *negativ* vereinfacht die *volle Verbüßung* der Freiheitsstrafe im *geschlossenen* Vollzug, wenn die Resozialisierungsangebote keine Früchte tragen und die zur bedingten Entlassung erforderliche Legalprognose nicht positiv ausfällt.

Derart *negativ* gelesen beherrscht und begründet das *Fehlschlagen der Resozialisierung* grob

- das *letzte Drittel* der verhängten Freiheitstrafe und
- die *Art und Weise* des gesamten Strafvollzuges, sowie
- alle *kurzfristigen Freiheitsstrafen* bis zu zwei Jahren.

Die *rechtsmethodische* Notwendigkeit, aus einer besonderen rechtlichen Sichtweise heraus auf die *Negation* umstellen zu müssen, kennen wir zwar auch sonst im Rechtsdenken. Dieser Funktionswechsel wird dennoch wenig beachtet. So stellt auch etwa das Nichtvorliegen von Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründen eine *negative Strafvoraussetzung* dar. Sie wiederum ist auch für die richtige Anwendung des Satzes „in dubio pro reo“ maßgeblich. Denn das Vorliegen aller Strafbedingungen müssen wir nachweisen können. Dennoch prüfen wir diese Ausnahmen von der Regel, wie auch das Gesetz es erst einmal vorgibt, in ihrer positiven Form.[600]

4. *Sonderlehre: Repressive Ungehorsamsstrafe bei Widerruf der Bewährung*. Derart konkret betrachtet, ergibt sich etwas anderes für den Widerruf einer Aussetzung zur Bewährung.

Die *Führungsaufsicht* ergänzt zunächst einmal bei Bedarf die Aussetzung der Strafe zur Bewährung, die bedingte Entlassung und auch Sicherungsverwahrung, §§ 56 b, 57 V, 68 StGB. Mit ihr erteilt das Gericht dem Straftäter „*Weisungen zu Lebensführung*“ (etwa Wohnort, Kontakte, Arbeitsuche, Meldeauflagen oder Heilbehandlungen). Mit der Führungsaufsicht rückt der Bewährungshelfer in die Rolle eines Mentors und Beraters ein und übernimmt faktisch Aufgaben eines *Erziehungsberechtigten*, weil alle seine Weisungen zwar nicht mit der direkten Androhung, aber doch mit dem Hinweis auf die mögliche Notwendigkeit des richterlichen Widerruf verbunden sind.

Wenn der Verurteilte „*gegen Weisungen gröblich oder beharrlich verstößt oder sich der Aufsicht und Leitung der Bewährungshelferin oder des*

600 Dazu aus normtheoretischer Sicht ausführlicher: Montenbruck, In dubio, 1985, 81 ff., vgl. auch 41.

*Bewährungshelfers beharrlich entzieht und dadurch Anlass zu der Besorgnis gibt, dass er erneut Straftaten begehen wird*“, widerruft das Gericht die Aussetzung zur Bewährung (§ 56 f I Nr. 2 StGB).

Insofern handelt es sich also zu einem Teil um eine individualpräventiv motivierte *Ungehorsamsstrafe.* Mit dem Widerruf droht das Recht auch während der gesamten Bewährungszeit. Es handelt sich also um eine Art von *repressiver Strafe als Mittel zur Resozialisierung.* Zugleich steht dahinter das *Fehlschlagen der Resozialisierungsbemühungen.* Dieser Umstand begründet den Vollzug und insofern auch diese Art der *Widerrufs-Strafe.*

Abgeschwächt wird die *Bevormundung* jedoch durch eine Art von Subsidiaritätsklausel, die der Freiwilligkeit den Vorrang einräumt. „*Macht der Verurteilte entsprechende Zusagen für seine künftige Lebensführung, so sieht das Gericht in der Regel von Weisungen vorläufig ab, wenn die Einhaltung der Zusagen zu erwarten ist*.“, §56 c IV StGB. Der Gesetzgeber hat also die Gefahr der unnötigen Verobjektivierung des Täters gesehen. Der Täter kann mithilfe des zur Fürsorge verpflichteten Gerichts und ggfs. des Verteidigers *Zusagen anbieten und aushandeln*. Diese freiwilligen Angebote können dann auch wiederum in Grenzfällen noch für eine günstige Legalprognose sprechen und eine ansonsten zu vollstreckende Freiheitstrafe abwenden. Der Täter übernimmt die Sanktion dann -insofern- selbstbestimmt.

5. *Resozialisierung und Geldstrafe*. Bei der *Geldstrafe* wirkt sich der Resozialisierungsgedanke insoweit aus, als sie *nicht* in das Führungszeugnis eingetragen wird (§§ 32 BZRG, insbesondere Geldstrafen bei Ersttätern bis 90 Tagessätzen, als der *Regelfall*)[601] oder recht mittelbar, wenn das Fehlen des öffentlichen Interesses eine Einstellung, etwa gegen eine Geldbuße, erlaubt, § 153a StPO, um dem Straftäter das Leben in der Gesellschaft zu erleichtern.

Wiederum negativ gewendet, insbesondere bei *vorheriger* einschlägiger Einstellung oder bei *einschlägigen Vorstrafen* wird die Staatanwaltschaft in der Regel gehalten sein, das öffentliche Interesse zu bejahen.

6. *Fazit*. Nicht als Strafgrund, sondern als notwendige *humane Ergänzung* begreift offenbar das *Bundesverfassungsgericht* die Resozialisierung.

Strafbegründend wirkt sie dennoch nach dem Strafgesetzbuch, und zwar negativ und für die „Unverbesserlichen“, die deshalb keine Strafrestaussetzung zur Bewährung erhalten. Sie begründet also die *Vollverbüßung*. Beim Widerruf der

601 Dazu Morgenstern, Makel, ZStW 2019, 625 ff. („Der ewige Makel – Straftheorie, Grundrechte und das Strafregister“). ZStW 2019, 625 ff.

Bewährung gemäß § 56 ff StGB handelt es sich einerseits um eine Art von Ungehorsamsstrafe und zum anderen begründet auch hier das *Fehlschlagen* der Resozialisierungsangebote die Strafhaft.

Die recht häufige Geldstrafe schließlich soll aus individualpräventiver Sicht als *Denkzettel* wirken. Jede Tat bildet zudem eine mögliche Vorstrafe und gilt dann häufig als nicht beachtete Warnung (im Sinne eines Denkzettels), die dann zur Strafschärfung führt.

## II. Einzelnes: Rückfallstudie, Legalprognose, Bedenken, Unterschicht

1. *Offizielle Rückfallstudie*. Um die *Effizienz* des Strafens empirisch zu belegen bedarf es Studien. Es gibt inzwischen die neuere gesonderte Rückfalluntersuchung des *Bundesjustizministeriums* aus dem Jahr 2016. Sie ist allerdings (noch) nicht verfassungsrechtlich gewürdigt worden.[602] Auch hier zeigt sich einerseits das althergebrachte Eigenleben des Strafrechts neben dem Verfassungsrecht.

Die Grundlage, insbesondere der Individualprävention, bildet die *Legalprognose*. Die *Prognosegrundlagen* aber stufen die empirischen Fachwissenschaften seit langem als schwer bestimmbar ein[603]. *Streng* etwa betont die immer noch „*geringe Treffsicherheit von Prognosen*".

Recht grob wird etwa 50 % der Verurteilten nicht mehr straffällig. Nach dem Strafvollzug ist die Rückfallhäufigkeit zudem *höher* als bei Geldstrafen. Zwar kann auch die Kausalität des Strafvollzugs im Sinne der These „Der Strafvollzug bewirkt die Rückfälligkeit" nicht nachgewiesen werden. Denn es kann schon vor der Strafverbüßung eine *weit schlechtere Sozialprognose* bestanden haben. Beachtlich ist jedenfalls die hohe Quote, die mit oder ohne Strafvollzug noch ohne -registrierten- Rückfall bleibt.[604]

Im Einzelnen:

---

602 Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal, Legalbewährung. 2016 („Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013. Bundesministerium der Justiz, 2016, vg1. 123, 138 sowie Tabelle B 1. 1.3.1.

603 Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 3.3.2 (zu den Methoden der Spezialpräventionsforschung). Streng, Sanktionenrecht, 2012, 414: *„geringe Treffsicherheit von Prognosen*".

604 Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal, Legalbewährung, 2016 , 13.

*„So werden nur ca. 18 % aller Personen, die aufgrund von Tötungsdelikten verurteilt wurden, rückfällig, während in der Gruppe der einfachen, bzw. gefährlichen und schweren Körperverletzungsdelikte etwa 39, bzw. 42 % und in der Gruppe der Raub- und Erpressungsdelinquenten sogar 52 % wieder verurteilt werden.“*[605]

*„Die durchschnittliche Rückfallrate nach Diebstahldelikten liegt bei 42 % und ist somit etwas höher als die Gesamtrückfallrate (35 %). Am stärksten belastet sind Personen, die wegen schweren Diebstahls (§ 243 StGB) oder qualifizierten Diebstahls (gem. §§ 244, 244a StGB) verurteilt worden sind (jeweils ca. 50%). Deutlich seltener kommt es nach einfachem Diebstahl zu einem Rückfall (40%)".*[606]

Danach kann die *Gesellschaft* dieses Rückfallrisiko gedanklich in die gerichtliche Verhandlung der Ausgangstat *zurückverlegen*. Sie kann sich fragen, *welchen Grad* der Widerholungsgefahr sie für welche Rechtsgutsverletzung erlauben kann und will. Reichte ein nur 50%iges Risiko bei *Eigentums- und Vermögensdelikte* für die Strafhaft aus, dann träfe es zu 50% *ungefährliche* Täter. So genügt mutmaßlich zunächst und bis zu weiteren Taten die Geldstrafe.

Aber genügt, so ist zu fragen, bei einem abzuurteilenden *Tötungsdelikt* nicht die statistische 18 % *Todessicherheit* für irgendeinen weiteren Mit-Menschen aus, um aus präventiven Gründen bei einem Tötungsdelikt langjährigen Vollzug zu verhängen?

Dabei unterliegen Rückfallstudien zudem dem *Vorbehalt*, dass sie nur die Verurteilungen prüft. Vor allem die hohen *Dunkelziffern* muss diese Studie ausblenden. Einzelne Rückfalltaten können also in hohem Maße *unbemerkt* geblieben sein. Nur bei *hartnäckigen Wiederholungsstäter* ist zu vermuten, dass sie zwar erfahrener agieren werden, aber dass sie dann doch einmal ins Visier der Strafverfolgungsorgane geraten. Professionelle Täter können dennoch auch lange entweder überhaupt *unentdeckt* geblieben sein oder trotz Tatverdachts *nicht überführt* werden.

Insgesamt bieten die empirischen Rückfalluntersuchungen also zwar recht ausgewählte, aber immerhin Daten. Sie belegen zugleich die *Mühen*, die es bereitet, die *Wirksamkeit* der Individualprävention *empirisch nachweisen* zu können.

---

605 Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal, Legalbewährung, 2016, 123.

606 Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal, Legalbewährung, 2016, 138.

2. *Gesetzliche Legalprognose*. Die Rechtspraxis kennt und prüft von Rechts wegen *Legalprognosen* ohnehin bei der Aussetzung zur Bewährung, einschließlich der bedingten Entlassung. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe oder deren Verlängerung sind also von ihnen abhängig.

Auch hier ergeben sich analoge empirische Probleme. Der *Grad der Sicherheit* von *Legalprognosen* kommt jedenfalls bei weitem nicht an die Voraussetzungen heran, die für den *Nachweis einer Tat* zu verlangen sind.

So kompensieren die Strafgerichte diesen Mangel in der Regel folgerichtig dadurch, dass sie den *Ultima-ratio*-Satz verfassungsgemäß besonders ernst nehmen. Sie deuten die Anforderungen faktisch im Sinne einer Art von *Beweislastumkehr* aus. Sie werden deshalb bei der *Ablehnung* einer günstigen Prognose besonders sorgfältig auf das Ob und Wie einschlägiger *Vorverurteilungen* achten oder etwa das Verhalten im Vollzug berücksichtigen.

Damit jedoch ist zugleich offenkundig, in welchem Maße auch eine *andere Handhabung* noch vom Gesetz abgedeckt wäre und sie in einer anderen politischen Kultur vom Staat und Richtern mit anderen Grundhaltungen angewendet werden könnten.

Dennoch, 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* überhaupt beweist, dass Menschen, sobald sie straffällig werden, vielfach, wenn auch keinesfalls zwingend bestimmte Verhaltensweisen *wiederholen*.

Erst bei *hartnäckigen Rückfalltätern* verfügen wir über hinreichende Prognosedaten. 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.

Erst ein *mehrfacher Rückfall*[607] bietet eine gewisse und auch altbekannte[608] Prognosegrundlage.

3. Von den Gründen für die *eingeschränkte individualpräventive Wirkung* der staatlichen Strafe sind insbesondere die folgenden zu nennen:

(1) Die Erst-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 seines sozialen Netzwerkes, also seiner primären, meist familiären Bezugssysteme, seiner sekundären Freundschaften mit Gleichen und auch die tertiären beruflichen Beziehungen, maßgeblich.

Die Sorge vor der Missbilligung durch die Familie oder enge Freunde ist umso stärker, je gewichtiger sie der Täter selbst eingestuft, er sich also von der Meinung anderer abhängig glaubt.[609] Deshalb werden Sozialarbeiter im Vollzug versuchen, Selbst- und Fremdachtungsstrukturen und -fähigkeiten aufzubauen. *Ausbildungsangebote*, die zu einer anderen Selbstachtung und anderen Lebensplanungen führen können, nicht aber allgemeinmoralische oder juristische Schulungen stützen diese Ausrichtung. Der Täter muss sich als Teil der *Gesamtgemeinschaft* wahrnehmen (können).

(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. Eingewirkt wird insofern also zwar auf potentielle Rückfalltäter.

Aber es bleibt die Frage offen, wie weit dieser Kreis zu ziehen ist. Wer wäre -zuspitzt- zu Mord, Raub und Vergewaltigungen bereit, wenn die Moral der

---

607 Trotz Aufhebung der starren Rückfallregelung des § 48 a. F.-StGB umfassend Zipf, Behandlung, 1989, 439 ff.; zudem auch Erhard, Strafzumessung, 1992, 41; Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo 1990, 76 ff.; Hermann/Kerner, Eigendynamik, KZfSS 1988, 485 ff., 485.

Aus kriminologischer Sicht siehe auch Dünkel, Kriterien, Mschr Krim 1981, 279 ff.; Baumann/Maetze/Mey, Rückfälligkeit, Mschr Krim 1984, 193 ff., 193 ff; Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo 1990, 76 ff.Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo 1990, 76 ff. Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo 1990, 76 ff.; Hermann/Kerner, Eigendynamik, KZfSS 1988, 485 ff., 485.

608 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.

609 Schöch, Grundlagen, 1985, 1081 ff., 1098 ff.; Schöch, Rechtswirklichkeit, 1996, 291 ff.

eigenen Gruppe, diejenige einer mafiösen „Räuberbande“ wäre? Andererseits gelten vermutlich *innerhalb* einer solchen Gruppe ebenfalls ein ethischer *Kodex* und das mit Sanktionen belegte Verbot solcher Gewaltdelikte, so dass diese *Grundnormen selbst* auch bei Mitgliedern von Räuberbanden verinnerlicht sind oder sein sollten. Jede dauerhafte soziale Kooperation setzt zumindest den zeitweiligen Gewaltverzicht voraus.

(3) *Baratta* etwa spitzt zu: Das Gefängnis kann realistisch betrachtet *nicht resozialisieren*, sondern *nur neutralisieren.*[610] *Murmann* verweist auf die „Resozialisierungseuphorie“ der 70er Jahre.[611] Die Folgerung lautet deshalb zu Recht, die Strafhaft ist auch aus präventiven Gründen zu *reduzieren* und zu erleichtern, und zwar durch die Chance auf bedingte Entlassung und die Vorbereitung dazu mit Vollzugslockerungen.

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.

(4) Ist aber die Wirksamkeit der Strafe auch für den Rechtsgüterschutz nicht nachzuweisen, so ist mit *Prittwitz* die Frage nach der *Beweislast* zu beantworten.[612] 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 einräumt[613], zumal bei Anwendung des Ultima-ratio-Prinzips und jedenfalls im Bereich längerfristiger Freiheitsstrafen, dem Staat und damit der Gemeinschaft die Beweislast zufallen. Im Zweifel ist also auf Strafe zu verzichten- und dies geschieht für die zu *vollsteckende Freiheitsstrafe*.

(5) Ferner sprechen die soziale Herkunft der Strafgefangenen für ein zum Teil ausgrenzendes und somit *diskriminierendes* real existierendes *Unterschichten- und Fremdenstrafrecht*.

Denn weder
- die Delikte der schweren Wirtschafts-, Steuer- und Umweltkriminalität, noch
- die der Korruption, noch
- die allgemeine Verkehrsdelinquenz mit beachtlicher Todesrate, noch

---

610 Baratta, Resozialisierung, 2001, 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.).

611 Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 32.

612 Prittwitz, Schutz, 1995, 19 ff., 23, Fn 12, m.w.N.

613 BVerfG, Beschl. vom 9.3.1994, BVerfG 90, 145.

- die Tötungsdelikte in Krankenhäusern und Heimen, noch
- die ubiquitäre schwere Gewalt in der Familie unterhalb von Tötungsdelikten, noch
- die des sexuellen Missbrauchs in Form der Teilnahme an der Zwangsprostitution

bestimmen die Taten der Straftätergruppen, die im *geschlossenen Vollzug* einsitzen.[614]

Die Freiheitsstrafe als Sozialisationsmaßname trifft erkennbar und aus generalpräventiver Sicht folgerichtig vorrangig diejenigen, die die *Allgemeinheit* für *resozialisierungsbedürftig* erachtet. Die *Allgemeinheit der guten Bürger*, so könnte man zu spitzen, strafen nur ungern gute Bürger aus ihrer Mitte mit Strafhaft, und auch dann eröffnen sie ihnen Aussicht auf gelockerten Vollzug und Aussetzung zur Bewährung. Denn sie gelten als *sozial eingegliedert*. Zwar gibt Bemühungen, dem entgegen zu wirken, aber sie zeigen sich noch nicht in den Zahlen.

4. *Fazit*. Die empirische Wirkung der erscheint also beschränkt. Eine hoch vereinfachte Rückfallquote von 50 Prozent belässt viel Spielraum für die Deutung der Strafe. Sie spricht für und gegen die Idee der Resozialisierung durch Strafe *und* lässt auch Platz für die Idee von der freien Entscheidung des Täters für oder gegen eine neue Tat. Jede Legalprognose ist, wie jede Prognose, unsicher, und sie führt zu Recht zu einem erheblichen Verzicht auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe in der Form von Geldstrafe und Aussetzung zu Bewährung.

Dass der reale Strafvollzug sich als eine Art von Unterschichtenstrafrecht offenbart, sollte zu denken geben. Es bestärkt und formt zugleich die Idee der *Resozialisierung* und der Angebote im Vollzug. Zugleich wirft es ein Licht auf Art und Umfang der *Generalprävention* in der Form der Kriminalpolitik des Staates.

## III. Sonderfragen: Tatverdacht und Untersuchungshaft als Vorwegvollzug der Strafe (*Morgengstern*) und als deren Vorbestimmung (*Momsen*); Verfahren als Strafe (*Gaede*), strafschärfende Ersatzfreiheitsstrafe,

1. Weitere Sonderfragen von erheblicher rechtstatsächlicher Bedeutung runden das Bild von der Individualprävention ab.

---

614 Zur These vom Unterschichtenstrafrecht: Dünkel, Forschung, 1996, 61 ff., 80; Schünemann, Unterschichtsstrafrecht, 2000, 15 ff.

*Tatverdacht und Untersuchungshaft*. Das Strafprozessrecht kennt den gesonderter *Haftgrund* der *Wiederholungsgefahr*, der für bestimmte schwere Straftaten in der Regel dem Wortlaut entsprechend faktisch lediglich einen *dringenden Tatverdacht* voraussetzt (§ 112 a StPO).[615] Der Freiheitsentzug durch Untersuchungshaft ist dann im Falle der Verurteilung nicht nur auf die Strafe *anrechenbar* (§ 51 -StGB), sondern geht bei diesen Deliktsgruppen für den Täter und aus der generalpräventiven Sicht der Öffentlichkeit *nahtlos in den sichernden Strafvollzug* über. Die Strafe beginnt in diesen Fällen also real schon mit dem dringenden Tatverdacht und Ermittlungsverfahren. *Morgenstern* spricht vom „Vorwegvollzug der Strafe".[616]

Der individualpräventive Haftgrund des § 112a StPO ist breit angelegt, er lautet:

„Ein Haftgrund besteht auch, wenn der Beschuldigte dringend verdächtig ist,

1. eine Straftat nach den §§ 174, 174a, 176 bis 178 oder nach § 238 Abs. 2 und 3 des Strafgesetzbuches oder
2. wiederholt oder fortgesetzt eine die Rechtsordnung schwerwiegend beeinträchtigende Straftat nach den §§ 89a, 89c Absatz 1 bis 4, nach § 125a, nach den §§ 224 bis 227, nach den §§ 243, 244, 249 bis 255, 260, nach § 263, nach den §§ 306 bis 306c oder § 316a des Strafgesetzbuches oder nach § 29 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 10 oder Abs. 3, § 29a Abs. 1, § 30 Abs. 1, § 30a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes oder nach § 4 Absatz 3 Nummer 1 Buchstabe a des Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetzes begangen zu haben, und bestimmte Tatsachen die *Gefahr begründen, dass er vor rechtskräftiger Aburteilung weitere erhebliche Straftaten gleicher Art begehen oder die Straftat fortsetzen werde, die Haft zur Abwendung der drohenden Gefahr erforderlich* und in den Fällen der Nummer 2 eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu erwarten ist."

Untersuchungshaft wird *zudem* bei *Schwerkriminalität* regelmäßig und zahlenmäßig recht häufig angeordnet. Vonnöten ist dazu fast nur ein dringender Verdacht und ein Haftgrund, wie die Fluchtgefahr, der bei hoher Straferwartung naheliegt oder der erleichterte Haftgrund bei Mord und Totschlag (§ 112 III StPO). Der Staat betreibt die Haft auch in diesem Fällen nicht nur von

---

615 Zum engen Zusammenhang zwischen „Gefahr, Verdacht, Vermutung" siehe Montenbruck, In dubio, 1985, 88 ff., m.w.N.

616 Ganzheitlich zur Untersuchungshaft: Morgenstern, Untersuchungshaft, 2018, unter dem Titel: „Die Untersuchungshaft – Eine Untersuchung unter rechtsdogmatischen, kriminologischen, rechtsvergleichenden und europarechtlichen Aspekten", zudem 811 ff. ("Untersuchungshaftvollzug als Vorwegvollzug der Strafe"). .

Rechtswegen zur Sicherung des Strafprozesses, sondern er setzt sie *faktisch* auch als Mittel Gefahrenabwehr *vorbeugend* ein.

Diese lediglich vom Verdacht abhängigen „*Solidaropfer*“ dienen bereits -auch- schon der vorläufigen *generalpräventiven* Befriedung der Allgemeinheit durch eine *strafprozessuale* Zwangsmaßnahme gegen einen einzelnen Menschen.

*Hoch* ist auch die Zahl der Menschen, die sich in der an sich auf sechs Monate begrenzten Untersuchungshaft, § 121 StPO befinden.[617] Häftling in der Untersuchungshaft erhalten dabei in der Regel auch *keine Resozialisierungsangebote*, allerdings immerhin den Rechtsbeistand eines Strafverteidigers.

Nachträglich angerechnet wirkt die Untersuchungshaft als einer Art von *kurzfristige Freiheitstrafe*, von der der Gesetzgeber eigentlich keine positiven Wirkungen auf den Gefangenen erwartet, § 47 StGB. Lange Hauptverhandlungen sind zudem vielfach auch mit langer Untersuchungshaft verbunden.

Faktisch besteht ferner auch die menschliche Neigung der Justiz, im Urteil ihre frühere Entscheidung für den *dringenden Tatverdacht* zu bejahen und zumindest eine passende *Haftstrafe* zu verhängen. Sie neigen wohl auch dazu, in den Grenzfällen die Untersuchungshaft mit einer Verurteilung vor und für sich selbst und vor der Allgemeinheit zu rechtfertigen. Die Untersuchungshaft drängt eine Art von *Selbstbindung* auf, der sich die Gerichte nicht immer entziehen (können). Das gilt zumal dann, wenn die *Tatgerichte selbst* in der Hauptverhandlung die Gründe für die Untersuchungshaft noch einmal geprüft und aufrechterhalten haben. Der Freispruch trotz fortbestehenden dringenden Tatverdachts ist zwar im Rechtssystem (im Zweifel für den Angeklagten) vorgesehen und gilt als stolzer Ausweis der Rechtsstaatlichkeit, dennoch würde er im Konkreten einem mutmaßlichen Täter, der vielfach auch schon vorbestraft ist, zur Freiheit hinzu auch noch einen unerträglich erscheinenden Entschädigungsanspruch bescheren.

Vor allem *lange Untersuchungshaft* wird den Beschuldigten, beraten durch seinen Verteidiger, zudem zur Überlegung Anlass geben, sie durch ein (Teil-)

---

617 In Freiheitsstrafe nach dem Statistisches Bundesamt, Strafvollzug, 2018, 11: *Strafgefangene insgesamt: 50 957*. Davon 5 bis 15 Jahre: 3 655 / lebenslang: 1 794 / Jugendstrafe: 3 701. Siehe auch Statistisches Bundesamt, Bestand, 2018 (am Stichtag 31. August 2018, 5 f., *in Haft insgesamt* einschließlich Untersuchungshaft: *73 855*), 7 (davon in Untersuchungshaft: 13 598).

Geständnis abzukürzen. Auf den Weg einer möglichen Vereinbarung dürfen auch die Strafverfolgungsorgane hinweisen, § 257 c StPO.[618]

„*Untersuchungshaft schafft Rechtskraft*“, heißt es zuspitzend unter Strafverteidigern und diesen Satz betont *Momsen*.[619]

Der Rechtsgüterschutz ist aus individualpräventiver Sicht mit der Untersuchungshaft am effektivsten zu leisten, weil er zumindest dem alsbaldigen Rückfall vorgebeugt. Aus generalpräventiver Sicht wird auf die „Erschütterung der Rechtsordnung“, die die angezeigte oder sonst bekannt gewordene Unrechtstat auslöst, bereits mit dem sofortigen Einsatz der Strafverfolgungsmaßnahmen begegnet. Schon das Ermittlungsverfahren dient dem Rechtsfrieden.

Dem Freiheitsentzug durch *Freiheitsstrafe* ist also zumindest aus der Sicht der *Strafrechtspraxis* sowie aus der *verfassungsrechtlichen* Sicht jeder sonstige Freiheitsentzug im Rahmen des Strafrechts und vor allem neben den Maßregeln auch die *anrechenbare Untersuchungshaft* hinzuzufügen.

2. *Gaede*[620] weist zudem zu Recht darauf hin, dass auch das *Verfahren* selbst eine *Sanktion* darstellt, auch wenn sie von Rechtswegen nicht als Strafe betrachtet werden darf. So dient auch die Hauptverhandlung selbst schon *generalpräventiven* Aufgaben, weil sie *Rechtsfrieden* schaffen soll, und zwar auch im Falle eines Freispruchs. Insofern trifft den Beschuldigten eine Solidarpflicht, mit *Gaede* eine Justizpflicht, die durch eine Freispruch-Entschädigung nur symbolisch ausgeglichen wird.

Aber im üblichen Falle der Verurteilung sehen wir diese Eingriffe in die Freiheitsrechte des Täters wieder *rückwirkend* als gerechtfertigt an. Wie die Untersuchungshaft ausdrücklich auf die Strafe anzurechnen ist, sehen wir sie

---

618 Zabel, Dogmatik, 2014, 340 ff., 341 ("Insbesondere bei den vereinfachten, kooperativen Verfahrensmodellen wird ersichtlich, wieder Verdachtsbegriff, etwa als hinreichender Tatverdacht, individuelle Schuldvoraussetzungen und Sanktionsbegründung, ineinander verschränkt werden.“)

619 Momsen, U-Haft, StraFo 2019, 89 ff. „U-Haft schafft Rechtskraft - Rechtswidrige "Post-mortem"-Absprache, Befangenheit und Fehlurteil“).

620 Gaede, Sanktion, ZStW 2017, 911 ff.. unter dem Titel „Sanktion durch Verfahren– Grenzen der Justizpflicht des Beschuldigten insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren,“ 911 ff., 911 („...dass schon das Verfahren die soziale Teilhabe drastisch einschränkt"), 917 („...und damit ein Übel" und "dass wir uns schon von der Hauptverhandlung eine Stabilisierung der betroffenen Verhaltensnorm versprechen.").

faktisch als *Teil der Strafverfolgung* und damit auch der Strafe („the process is the punishment“).[621]

Insbesondere bei den relativ geringen *Geldstrafen* scheint dieser Umstand, die *Belastung einer Strafverfolgung* ertragen zu haben, auch bei der geringen Strafhöhe zu Recht mit ins Gewicht zu fallen.

Bei Vortrafen wiederum gilt auch das *Erleben des Prozesses* als Teil der Warnung, sich künftig rechtskonform zu verhalten, die den Täter nicht von der neuen Tat abgehalten hat.

Die ideale vergeltende *Schuldstrafe* ist also schon über die Realität der strafprozessualen Eingriffe v*or der Verurteilung* mit einem wirkungsmächtigen „*präventiv-polizeilichen“ Umfeld* umgeben.

2. *Tatverdacht und Polizei*. Das Strafrecht und seine Macht setzen generell bereits mit der Strafverfolgung wegen eines bloßen *einfachen Tatverdachts* ein. Das rechtskräftige Urteil hingegen, das dann in der Regel gleich in die Vollstreckung übergeht, erfolgt im Regelfall erst weit nach der Tat. Der einfache Tatverdacht genügt bereits, um *polizeiliche Ermittlungen* auszulösen und zudem um bei gezielten Initiativ-Ermittlungen im Bereich der Organisierten Kriminalität und des Terrorismus (vielleicht auch verkappt im Sinne des Feindstrafrechts) *aktiv* mit den *Mitteln des Strafrechts* zu arbeiten.

Mit *Zabel* ist festzustellen: *„Der Verdachtsbegriff stellt insoweit ein Scharnier dar, das die Sicherheitserwartungen der Gesellschaft mit der Rechtsgüterschutzaufgabe des Strafprozesses verknüpft. … In den Vordergrund rückt so die Verarbeitung von Unsicherheitsgefühlen, Bedrohungswahrnehmungen, kollektiven Ängsten etc.*“[622]

*Prävention* findet in der Praxis und bei politischem Bedarf auch auf diese aktive Weise und durch die Polizei statt.

3. *Strafschärfende Ersatzfreiheitsstrafe*. Wenig zu Ende gedacht wird auch die *Ersatzfreiheitsstrafe*.

---

621 Feeley, Process, 1992 (“The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court“).

622 Zabel, Dogmatik, 2014, 340 ff., 343 (Dabei werden die "... Handlungsspielräume der Polizei … bei der Initiativermittlung besonders augenscheinlich. ... Das betrifft namentlich die Sachverhaltsaufklärung im Bereich der organisierten Kriminalität, des internationalen Terrorismus oder der Betäubungsmitteldelinquenz.“)

An sich setzt die *Geldstrafe* Geld voraus und betrifft deshalb vor allem die sogenannte *bürgerliche Mittelschicht*. Auch ist es für sie möglich, dass andere Personen die Geldstrafe bezahlen. Wegen ihrer Abhängigkeit vom Einkommen hat sie jedoch *insoweit* nur einen Denkzettelcharakter.

Die *Ersatzfreiheitsstrafe* beinhaltet deshalb zunächst und für den Unwilligen aus dem bürgerlichen Mittelstand eine bloße *Ungehorsamsstrafe,* und sie eröffnet dem Verurteilten gleichsam eine Art von *Schuldturm* und ein Wahlrecht. Er kann sich auch während des Vollzuges jederzeit *freikaufen*. Dort erfüllt die Ersatzfreiheitstrafe auch ihren Sinn.

Bestraft mit der Haft wird dann aber zumindest auch der *Ungehorsam*, nicht bezahlt zu haben, also ein *Nachtatverhalten.* Strafgrund für die Strafhaft ist die Weigerung die Geldstrafe *nicht als Denkzettel zu* akzeptieren.

Übersehen wird aber die soziale Realität, so handelt es sich der Sache nach vielfach um eine *Unterschichtenstrafe*. So ergeht häufig ein *schriftlicher Strafbefehl,* bei dem das Gericht nach Aktenlage entscheidet, den Beschuldigten nicht vor Augen hat und mit ihm *nicht* über seine *wirtschaftlichen* und *sozialen* Verhältnisse in Ruhe sprechen kann. Auch fehlen dem Amtsgericht auch in den kurzen Hauptverhandlungen häufig die Zeit und der Willen dazu. Vor allem fehlt dort die Beratung durch einen Strafverteidiger.

So gerät diese Sanktionsart bei vielen Geringverdiener und Sozialhilfeempfängern im Rahmen der *Kleinkriminalität* in eine Sackgasse. Denn die Uneinbringlichkeit der Geldstrafe (vgl. § 459c StPO) führt häufig zur kurzfristige *Ersatzfreiheitstrafe*, die § 47 StGB eigentlich mit der Geldstrafe vermeiden will. Ist eine Zahlung nicht zu erwarten, so muss nicht einmal eine Vollstreckung versucht werden. Die Ersatzfreiheitstrafe, häufig zwischen 30 und 90 Tagen, reißt *sozialschwache* Personen noch weiter aus der Gesellschaft heraus. Sie kann zum Verlust der Wohnung und der Arbeit führen und sie trifft am Ende auch die Familienmitglieder.

So gehören *rechtstatsächlich* viele Betroffene auch insofern zu den Sozialschwachen, als sie mit „*mangelnder sozialen Kompetenz*“[623] ausgerüstet sind. Sie stehen deshalb ohne den *möglichen* und *nötigen* anwaltlichen Rechtschutz dar, der ihnen helfen würde, die *Härtefallregelungen* mit einer Staatsanwaltschaft (vgl. § 459 a StGB) oder dem Gericht auszuhandeln (vgl. § 459 f. StPO).

---

623 Aus der Vollzugspraxis: Meinen, Strafvollstreckung, 2007, XII, Rn 115, der auch für eine „weniger strikte Auslegung des § 459 f StPO“ plädiert, siehe zudem Rn 112.

Dasselbe gilt für den Täter-Opfer-Ausgleich oder die Umwandlung in *gemeinnützige Arbeiten* (vgl. Art. 293 EGStGB), die an sich ebenfalls dazu dient, die *bestehende Integration* des Täters in die Gesellschaft nicht zu gefährden. Bei der Ersatzfreiheitstrafe muss dieser Strafzweck in diesen nicht seltenen Fällen hinter dem Verfassungsprinzip der „*Effektivität des Strafverfahrens*“ zurückstehen. Diese Handhabung ist vermutlich auch mit dem *generalpräventiven* Gedanken verbunden, dass man Kleinkriminalität, wie regelmäßige Ladendiebstähle, jedenfalls nicht unbestraft lassen kann und es sich um eine bittere Notwendigkeit zu Strafen handelt.

4. *Fazit* Wie meist sind es angebliche *Sonderreglungen*, die wenn sie häufig angewendet werden und dennoch unter anderen Namen laufen, einen neuen Blickwinkel auf die Gesamtbreite eines Themas, hier die des Strafens, eröffnen. „Tatverdacht und präventive Untersuchungshaft“ sowie die „strafschärfende Ersatzfreiheitsstrafe als Ungehorsamsstrafe“ und vielfach fehlgerichtet an sozial inkompetente Personen, bieten ihn.

Die *Thesen,* die sich aus allem ergeben, lauten:

- Nimmt man das Prozessrecht hinzu, so zeigt sich die gesamte Reaktion auf die Übeltat als ein *zeitlich weit gestreckter* Vorgang. Die erste Reaktion auf die aufgedeckte Tat erfolgt jedoch vielfach, und zwar sowohl aus der Sicht der demokratischen Allgemeinheit als auch aus der des wirklichen Täters „auf dem Fuße“. *Aktion* und *Reaktion* stehen vielfach noch in einem „zeitlich-räumlichen Zusammenhang“. Um allerdings emotionale *Überreaktionen* zu vermeiden, bedarf es der Streckung der Reaktion und eines Verfahrens, das die Subjektstellung des Beschuldigten beachtet und auch im Strafvollzug noch *seine Menschenwürde* bedenkt.

- Zu bezweifeln ist -nicht nur, aber auch aus diesen Gründen-, dass die Individualprävention in der gegenwärtigen Kriminalpolitik einen eigenständigen und nicht nur einen besonderen *generalpräventiven Begründungsstrang* darstellt: *Generalprävention durch Individualprävention,* allerdings vielfach mit mildernder Wirkung.

- Die soziale Realität gebietet zudem zumindest auf *nachgeordneter* Ebene die Diversifikation. Für verschiedenen *Deliktsgruppen zusätzlich* verschiedene *Unter-Strafrechte anzuerkennen* und für sie eigene und passend eingefärbten präventive *Sanktionen* und (Unter-) Strafbegründungen vorzuhalten, wie sie die *Kriminologie* zum Teil schon herausstellt (Wirtschaftsdelikte, Organisierte Kriminalität, Affekt- und

Unterschichtdelikte).[624] Aus präventiver Sicht erscheint dies zwingend, allerdings nicht aus der Sicht des Tatschuldstrafrechts, nach dem der Täter sich frei oder gegen die Tat entscheidet.

.

- Für die Frage nach Sinn und Zweck des Strafens sind -auch deshalb- als die Kerndelikte vorrangig die *schweren Gewalt- und ihr Kern die vielfältigen Kapitaldelikte des § 74 II GVG* heranzuziehen und die *hartnäckigen Wiederholungstäter* zu betrachten.

## IV. Zwischenbewertung der Individualprävention

1. Wichtig für das deutsche Strafrecht ist das Verhältnis der Strafidee der Individualprävention zur und die Einbettung in die *Schuldstrafe als Regelstrafe*.

Bei wichtigen Rechtsinstituten, wie der Strafaussetzung zur Bewährung, §§ 56 ff. StGB und der bedingten Entlassung, §§ 57 ff. StGB, wirkt die Idealprävention aus der Sicht des Schuldstrafrechts *nicht* als *strafbegründend*. Sie bewirkt vielmehr die Aussetzung der an sich verdienten Schuldstrafe. Sie rechtfertigt nur den (teilweisen) *Strafverzicht*.

Zur offenen und eigenständigen Begründung des Freiheitsentzuges dient die Individualprävention nur für die zusätzliche und auch dann immer noch an eine Schuldstrafe nur angehängte und seltene Sicherungsverwahrung gemäß §§ 66 StGB. Im Rahmen der Schuldstrafe selbst ist sie allerdings „mit zu berücksichtigen“.

Methodisch könnte ein Gesetzgeber auch umgekehrt vorgehen. Er könnte in etwa im Sinne des sozial-liberalen *Alternativ-Entwurfs* die Individualprävention zur Leitidee erheben, ein Erziehungs- als Maßregelstrafrecht ausformen und nur für gesonderte Schuldschwere (vgl. § 57a StGB) Ausnahmeregelungen vorsehen etwa analog dem Jugendstrafrecht (vgl. § 17 JGG).

Der Gesetzgeber könnte dann auch die Sonderfälle der besonderen Schwere der Schuld noch generalpräventiv einbetten und dafür den Begriff der „Verteidigung der Rechtsordnung“ verwenden. Damit wären dann diejenigen Fälle erfasst, in denen die Allgemeinheit den Verzicht auf Freiheitstrafe für grob ungerecht und unerträglich halten würde.

---

624 Statt vieler: Neubacher, Kriminologie, 2017, 15. bis 25. Kap. E., insbes. 20. Kap. („Wirtschaftskriminalität“), Kap. 21 („Kriminalität der Mächtigen“), 23. Kap. („Organisierte Kriminalität“).

Eine präventive Neufassung steht aber nicht an und sie würde auch an verfassungsrechtliche Grenzen stoßen Insofern ist die Idee der Individualprävention in das vorhandene deutsche *gesetzliche* Strafensystem einzupassen, das das *Bundesverfassungsgericht* ausformt. Dort hat sie ihren wohl erworbenen Platz und entfaltet ihre Kraft vor allem beim humanen Verzicht auf strenggerechtes Strafen. Sie dient auch der Begründung der Maßregel der *Sicherungsverwahrung,* die aber eine Schuldstrafe und deren volle Verbüßung *voraussetzt*.

2. Über das Ausmaß des Gewichts der Individualprävention innerhalb dieses Rahmens ist hingegen fachwissenschaftlich zu streiten.

Ein von der Idee der Individualprävention zumindest *mitbeherrschtes* Strafrecht muss zu einer entsprechenden *teleologischen Auslegung* (oder gar auch Umdeutung) des Schuldbegriffs und der Strafzumessung führen. Eine solche Deutung ist durchaus denkbar, auch wenn üblicherweise die Schuld die Vorwerfbarkeit einer vergangenen Rechtsgutverletzung bedeutet. Schuld meint in diesem Falle, ausweislich der Tat eine menschliche aktive *Gefahrenquelle* darzustellen, 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. Die Strafe, die danach dann eigentlich eine *Maßregel der Besserung und Sicherung* darstellt, dient in einem solchen System vorrangig dazu, den Täter im Sinne von *Liszt* „unschädlich“ zu machen.

Einen derartig radikalen individualpräventiven Ansatz vertritt zwar niemand. Er steht aber hinter dem *Begründungsstrang* der Individualprävention und entspricht in seiner Konsequenz, unter anderem der *jakobsschen* Umdeutung der Schuld im Sinne der *funktionalen* Systemtheorie.

3. Die naheliegenden Bedenken und die ebenso naheliegenden Antworten darauf lauten:

*Kritik*. Die rechtlichen *Folgerungen* aus der rein gedachten Individualprävention sind *verfassungsrechtlich* bedenklich: Die maßgebenden Umstände, die den Täter als künftig gefährlich erscheinen lassen, müssen den Betreffenden „als die seinen“ nur noch typisiert zugerechnet werden. Individuelle Schuld ist nicht vonnöten. Der Täter gilt ist als ein *sozialpathologisch* defekter Mitmensch, dem erziehungsbedürften Kind und dem allgemeingefährlichen Geisteskranken gleichgestellt. Er wird als Störer im polizeirechtlichen Sinne behandelt. Es genügt, dass der Täter objektiv eine Gefahrenquelle darstellt.

Wer durch Strafrecht vor allem *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 und diese läuft Gefahr, ihn auszuhöhlen.

Der bloße Verdacht reicht für erste Maßnahmen zu Gefahrenabwehr zunächst zwar aus. Die Gefahren müssen aber ordnungsgemäß verifiziert werden. Insofern ist ein Gerichtsverfahren nicht überflüssig. Denn die falsche Gefahrenquelle beseitigt zu haben, befriedet vielleicht vorübergehend das aufflammende Vergeltungsbedürfnis, nicht aber die reale Gefahr.

*Replik*. Deshalb setzt die individualpräventive Lehre seit jeher das *Bürgerstrafrecht* als magna carta des Verbrechers voraus.

*Kritik*. Im Kern handelt es sich bei der Individualprävention „als solcher" um eine Art von ausgegliedertem Polizeirecht. Die Gefahrenabwehr ist für sich allein betrachtet nur künstlich über die Straftat an das Strafrecht gebunden. Ein bloßer dringender Verdacht analog zur Untersuchungshaft, die die Strafverfolgung sichern soll, § 127 I StGB, würde deshalb auch schon ausreichen. Den Ausnahmehaftgrund der Wiederholungsgefahr kennt das Gesetz auch in § 127 a StPO.

*Replik*. Das Strafrecht räumt jedoch den Gefährdern auf diese Weise den Grundrechtsschutz des Strafrechts, samt dem ausgefeilten Strafprozessrecht, ein. Diese Einordnung erlaubt es umgekehrt dem Polizeirecht, sich vorrangig auf die Abwehr von unmittelbaren Gefahren zu beschränken und nicht auch schon die *latenten Wiederholungsgefahren* in seinen Kernbereich mit einzubeziehen. Beim Versuch einer Straftat kann aber die Polizei auch nach eigenem Recht einschreiten.

Die Gefahr des *politischen Missbrauchs von Prognosen und der Untersuchungshaft* ist erkennbar groß. Ihr ist am besten mit der Betonung des generellen Vorranges eines *rechtsstaatlichen Tatschuldstrafrechts* entgegen zu steuern, das zwar für präventive Erwägungen offen ist, sie aber in die zweite Reihe verbannt und sie zudem als eine sorgfältig zu *begründende Ausnahme* ansieht.

4. *Fazit*. Dennoch bleiben drei große Vorzüge, vor allem der empirisch ausgerichteten *Individualprävention*. Sie versagt zwar aus rechtsstaatlichen Gründen bei der Rechtfertigung der „Strafe als solcher", aber sie rechtfertigt (seit langem schon) den *Verzicht* auf Strafe. Außerdem gibt die mäßige Rückfallquote bei Geldstrafe und bei Strafvollzug Anhaltpunkte für Art und

Ausmaß der *Willensfreiheit* des Menschen. Vor diesem Hintergrund belegt sie auf ihre rationale Weise für die Strafidee der Generalprävention Art und Ausmaß unseres dennoch bestehenden eher emotionalen Gerechtigkeits- und Strafbedürfnisses.

## 6. Kapitel

## Präventive Verbundkonzepte und das komplexe Gesetzessystem

### I. Präventive Verbundkonzepte: Sozialer Schuldbegriff, Integrationsprävention (*Roxin, Müller-Dietz*), individualpräventive notstandsähnliche Schuldstrafe (*Frisch*), Repression als Prävention (*Kunz*)

1. Vier wichtige präventive Mischkonzepte, die sich (noch) innerhalb des Systems der deutschen Strafgesetze bewegen, sind vorzustellen: die Idee der sozialen Schuld allgemein, die Integrationsprävention (*Roxin, Müller-Dietz und andere*), die Gemengelage von Strafe und Maßregel (*Frisch*) und zusätzlich die pragmatische Einbeziehung der Polizei (*Kunz*). Alle diese Konzepte dienen zugleich als *Beispiele* für ein strafrechtswissenschaftliches Denken, das vorrangig die Schutzidee der *Gefahrenabwehr* lebendig werden lässt.

*Sozialer Schuldbegriff.* Auf die Feststellung der höchstpersönlichen oder auch der autonomen Schuld verzichten diejenigen Autoren folgerichtig, die an die Stelle der individuellen Schuld, etwa mit *Streng*, einen verallgemeinernden sozialen Schuldbegriff[625] setzen, die offen ein anderes Wort wählen und von Zuschreibung[626] oder subjektiver *Zurechnung* sprechen oder die aber wenigstens den Gedanken der Verantwortung im Sinne von Zuschreibung vor die eigentliche Schuldfeststellung stellen. *Momsen* denkt über einen „zweckrationalen Schuldbegriff" nach.[627] *Jakobs* behandelt den „gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff".[628]

*Freund* sieht eine „*Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem*".[629] 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

---

625 Vgl. Streng, Schuld, ZStW 1980, 637 ff. , 643, u. Hinw. auf den psychologischen Ansatz von Alexander/Staub, Verbrecher, 1929/1971, 203 ff., 388.

626 Siehe auch Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff.., 118 ff. („Zur Legitimation der normativen Zuschreibung von Schuld").

627 Momsen, Überlegungen, 2007, 569 ff. , 569 ff.

628 Jakobs, Bemerkungen, 2014, 280 ff., 280 ff.

629 Freund, Legitimationsfunktion, 1996, 43 ff., 55; Freund, Strafrecht AT, 2008, § 1 Rn 2 (Hervorhebungen im Original).

legitimiert sein durch die präventive Aufgabe des Staates, Rechtsgüter zu schützen".

Mit diesen Deutungen wird der Begriff der Schuld für die *präventiv* ausgerichteten *Straftheorien* -schlüssig- umgeschrieben und angepasst. Denn das *Gesetz* setzt die *Tatschuld* ausdrücklich voraus. Der Schuldbegriff wird also verwendet. Insofern bleiben diesen Lehren mit auch der strafgesetzlichen Folgeidee des gerechten Tatschuldausgleichs verhaftet. Sie bildet ihre *Grundlage*. Aber sie *überformen* sie in den Dienst ihrer Strafzwecktheorie.

Die Vertreter dieser Lehren, wie auch *Jakobs* oder *Freund*, neigen dazu, diese Grundlagen als gleichsam selbstverständlich zu unterstellen oder sie zu verschweigen und sich dazu von ihnen, soweit als möglich, abzusetzen, ohne sie sie doch vollends aufzugeben. Das *Strafgesetz* deuten sie aus, aber sie verlassen dessen „Bürgerschutzgrundlagen“ nicht. Zu denen zählen auch das *Tatstrafrecht* und damit die Festlegung, dass die Strafe nur „wegen“ der gesetzlich bestimmten „Tat“ erfolgt. Die personale Verbindung von rechtswidriger Tat und Täter bildet wiederum vereinfacht „seine“ Täterschaft und „sein“ Unrechtsbewusstsein.

Die Vertreter diese Lehre könnten anderseits auch darauf hinweisen, dass das Gesetz selbst für die Tatbestände nur die *Ausnahmenfälle* der fehlenden Schuldfähigkeit oder der Entschuldigung das Gesetz regelt und erst bei der Strafzumessung die Schuld positiv einsetzt.

Sie können dabei nach dem Modell der (Unter-)Auftrennung in „Strafgesetz, Strafurteil und Strafvollzug“ eine Abstufung vornehmen. Danach ist die schuldvergeltenden Strafzumessung des § 46 StGB erst später bei Strafurteil einzuordnen. Der *gesetzliche Verbrechenrahmen* aber ist -danach. Dann aber vorrangig vom gesellschaftlichen Zwecke her bestimmt.

Sie können aber auch mit guten Gründen erklären, dass auch der Gericht nur *sozialen* Zuschreibung von Schuld vornimmt und faktisch nur noch die Zugehörigkeit zu diesem oder jenem *Maßstab* oder *Typus* aufzeigt. Der Täter gilt als „normal” oder aber er zeigt die Eigenheiten einer bestimmten Geisteskrankheit, die dazu führt, dass sich in der Gesellschaft nicht mehr funktionieren kann. Beides ist als *sozialer Zuschreibungsakt* jeweils voll nachweisbar, wenn nur dessen Voraussetzungen nachzuweisen sind. Die *höchstpersönliche* Schuld bei Begehung der Tat braucht faktisch *nicht* mehr bestimmt zu werden, wenn und weil 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 von der

sozialen Schuld „als solcher“ zwar nicht zu vereinbaren. Es ist aber ein ehrlicher Weg, der die allgemeine Überzeugung von der Verantwortungsfähigkeit des Menschen als eine ebensolche „soziale“ versteht. Er nimmt auch den Menschen dennoch als „Subjekt“ war, aber er ist es nur aus dem Blickwinkel *der Anderen,* und der Gesellschaft, also aus der Position der Zuschreibenden.

Wie es aber *Freunds* Sicht belegt, überwölbt und formt die Prävention die gesetzliche Schuldstrafe. Man kann das Gewicht der präventiven Sicht auch verringern und „Zweck“ und „Sinn“ als einander *ergänzende,* aber insofern gleichrangigen Sichtweisen, etwa im Sinne von *Jescheck* oder *Gössel* einsetzen.

2. *Integrationsprävention.* Eine Reihe deutscher Strafrechtswissenschaftler verbindet den Gesichtspunkt des *Schuldausgleichs* mit demjenigen der Prävention, und zwar unter der *Vorherrschaft* der *positiven Generalprävention.* Man kann auch von einer *herrschenden Lehre* unter denjenigen Autoren sprechen, die sich überhaupt intensiver mit der Straftheorie beschäftigen und die sich in der Nachfolge des (sozialliberalen) Alternativ-Entwurfes zum Allgemeinen Teil des StGB von 1975 sehen (könnten).

Trotz einiger Unterschiede im Einzelnen ist diese Lehre mit der *wirkungsmächtigen* Ansicht von *Roxin*[630] verbunden und auch mit den Namen *Müller-Dietz*[631], *Baratta*[632] und *Noll*[633] verknüpft.

Dass das Strafgesetzbuch „als solches“ und aus der Sicht des *Gesetzgebers* auch seine Umsetzung von der *Generalprävention* beherrscht wird, erscheint ohnehin als offenkundig. Denn als allgemeines Gesetz wendet es sich zunächst einmal an die *Allgemeinheit,* um dann erst im konkreten die gesetzliche Grundlage für das Strafurteil und über das Urteil die mittelbare Grundlage für den Strafvollzug zu bilden.

Dieser generalpräventive Grundgedanke ist ganz oder teilweise mit der Formel vom Strafen als „Integrationsprävention“ verbunden und wird grob als Synonym für die „positive Generalprävention“ verwendet. 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

630 Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff.

631 Müller-Dietz, Integrationsprävention, 1985, 813 ff., 823.

632 Baratta, Integration, KrimJ, 1984, 132 ff.

633 Noll, Schuld, 1966, 219 ff.

umschreibt danach die allgemeinen *Schutzwerte* mit konkreten Tatenbeispielen und will auf diese Weise unser aller *Rechtsgefühl* stärken.

Insofern erhält der Gedanke der *Resozialisierung*, der eigentlich den konkreten Vollzug mit beherrscht, indirekt schon Eingang in die generalpräventive Sicht.

Hinzu tritt die große *vollzugsbezogene Bedeutung* der Lehre von der *Integrationsprävention*. Denn mit der Straftheorie selbst beschäftigen sich, wenn überhaupt gesondert, vor allem die Dogmatiker, etwa im Verbund mit der sozialen Handlungslehre und der Idee der Zurechnung. Sie betrachten das Strafgesetzbuch und nicht den Vollzug und neigen schlüssig dem generalpräventiven Ansatz zu.

Hingegen sind die am Vollzug interessierten Lehrbücher und Autoren weniger an einer geschlossen Straftheorie interessiert, sondern empirisch ausgerichtet und neigen zur Kriminologie. Der praktische Vollzug aber betont die *Resozialisierung,* die wiederum ein wesentliches Element der Integrationsprävention darstellt.

*Praktiziert* wird also vor allem eine Integrationsprävention. Auch wenn der Vollzug gemeinsam mit seiner Wissenschaft ein eigenes strafrechtliches Untersystem mit einer gesonderten Binnenethik bildet (wie auch die Strafgesetzgebung und die Strafgerichte), so muss der Vollzug doch, wie die beiden anderen auch, nach der *Strafidee als solcher* fragen. Warum und wozu strafen meine Verfassungsgesellschaft und damit auch ich eigentlich?

Im Einzelnen:

Für die *Integrationsprävention* bietet vor allem *Roxin* mit seinen schlüssig ausgearbeiteten Verbund-Lehre den Überbau..

So führt die schuldangemessene Strafe nach *Roxins*[634] Vorstellung von der Integrationsprävention zu einer „Befriedigung"[635] des Rechtsgefühls und stabilisiere die Moral auf dem jeweils gegebenen Niveau.[636]

*Roxin*[637] will dabei differenzieren und die gesetzliche Strafdrohung generalpräventiv und den Strafvollzug individualpräventiv verstehen. Die

634 Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff.

635 Dazu auch: Schumann, Generalprävention, 1989, 1.

636 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.

Tatschuld soll für die gerichtliche Strafzumessung nur als *Obergrenze* dienen, also nicht strafbegründend, sondern nur mildernd (limitierend) eingreifen. Allerdings wirkt die Schuld folglich nicht als Untergrenze. Fehlen präventive Gründe, könnte das Gericht also innerhalb der Strafrahmen auf Strafe ganz oder weitgehend verzichten.

*Noll*[638], auf den *Roxin*[639] verweist, erklärt unter anderem, ohne die subjektive Zurechenbarkeit der Tat sei es vom präventiven Zweck her sinnlos, den Täter zu bestrafen[640]. Danach begründet statt der Schuld Art und Maß der „*subjektiven Zurechnung"* des Tatunrechts die Strafe. Die subjektive Zurechnung bestimmt den eigentlichen *Rahmen* und damit auch die Untergrenze der Strafe. Ihn aber kann man nach *Roxin* offenbar zusätzlich noch aus integrativen Gründen unterschreiten.

Eine solche Sicht führt für *Roxin* folglich

- zur Idee der normativen Ansprechbarkeit[641] oder auch zu einem sozialen Schuldbegriff,
- zur Umformung der wertorientierten Rechtsgutslehre in die sozialnützliche Interessenlehre[642]
- und zur Leitidee der rollenhaften Person (anstelle auch der Menschenwürde).

Das Maß des Tatunrecht wird also vorrangig vom *Maß der Sozialschädlichkeit* mitbestimmt und der Täter in seiner personalen Rolle begriffen und also *sozial-liberal*, etwa als freier und zugleich sozialpflichtiger Bürger. Mit der Strafe wird dann diese Rolle beschnitten, was die Freiheitsrechte antrifft. Die Integration wird von Täter gefordert, weil diese sich aus seiner Sozialpflichtigkeit ergibt. So *ausgedeutet,* ergibt sich ein in sich geschlossenes System.

Aber *Roxin* verlangt zudem der Sache nach *parallel* eine fiktive Schuldstrafe zu ermitteln, die dann die Präventionsstrafe deckeln (limitieren) soll. Zum Beispiel

---

637 Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 34 ff.

638 Noll, Schuld, 1966, 219 ff.

639 Roxin, Schuld, 1974, 171 ff., 186, u. Hinw. auf Gimbernat Ordeig, Nichtbeweisbarkeit, 1973, 151 ff., 186; vgl. auch Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff., 299.

640 Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1985, 39 f. Zusammenfassend: Schumann, Generalprävention, 1989, 1. Kap.

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

642 Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 9

sollen rückfallgefährdete Kleinkriminelle nicht Jahre im Vollzug verbringen, nur um dort eine Ausbildung abzuschließen.

*Roxin* bietet also einen letztlich zweispurigen Ansatz, der die Schuldstrafe nur, aber immerhin als *Korrektiv* einsetzt.

Diese gesamte Gedankenwelt ist in sich schlüssig; aber dennoch verkappt de lege ferenda ausgerichtet, zumal sie historisch ohnehin eng mit dem Alternativ-Entwurf verbunden ist. Das *Strafgesetzbuch* setzt seinem Wortlaut nach exakt umgekehrt an. Es geht von Schuldstrafrecht aus (§§ 17 ff, 35 StGB, und zwar ausdrücklich auch für die Strafbemessung, § 46 I StGB und es nutzt die Prävention als Korrektiv. Zumindest handelt es sich um eine recht *extensive* Auslegung des Strafgesetzbuches.

Umgekehrt ist vermutlich mit dieser *sozial-funktionalen* Sicht das Dilemma der *Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit* entweder zu vermeiden oder zumindest die Beweislastfrage zu lösen. Denn danach dient die Schuld *nicht* der Strafbegründung, sondern nur der Strafmilderung. Insofern ist die Tragfähigkeit der Präventionsstrafe in einem gesetzlichen Schuldstrafrecht in erheblichen Maße von der *Grundsatzfragen nach der Nachweisbarkeit Willensfreiheit* abhängig. Ein solche recht extensive Auslegung wäre also vielleicht sogar geboten.

Dem der reinen Prävention drohenden Verdikt der *Verfassungswidrigkei*t entgeht jede *präventive Vereinigungstheorie* immer dann, wenn sie und soweit sie in einem die Strafbegründung mittragenden Maße „auch“ auf das Schuldstrafrecht und die Eigenverantwortung des (auch deshalb) würdigen Menschen, auch zwar im Vollzug, setzen.

Aber jede ausgearbeitete Vereinigungstheorie, eine vorrangig präventive wie eine vorrangig vergeltende, wird die jeweils andere Sicht als *Korrektiv* nutzen, und also grundsätzlich *zweispurig* denken müssen.

3. *Individualpräventive notstandsähnliche Schuldstrafe.* Man kann den Streit zudem auch noch auf die allerdings wichtigen *Ausnahmenfälle* zurückstufen, in denen die Widersprüche (die Antinomie) zwischen Strafideen konkret relevant werden. Denn in der Regel und im Groben lassen sich dieselben konkreten Strafen sowohl *präventiv* als auch *schuldvergeltend* rechtfertigen. Beim Schuldspruch und Strafausspruch einerseits und andererseits bei der Vollstreckung und der Aussetzbarkeit zur Bewährung finden ohnehin eine gesetzliche Vermischung von beiden Ansätzen, der Prävention und der Vergeltung, statt.

*Frisch* begreift in diesem Sinne die herkömmliche Schuldstrafe pragmatisch und liest sie vor dem *Hintergrund* der individualpräventiven Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff. StGB). Seine Erwägungen enthalten eine vorzügliche Zusammenfassung der *Argumente,* die zwar gegen eine Gleichschaltung von Strafe und Maßregel sprechen, aber für die Annahme einer Verwandtschaft. Danach würde sich dann die gedankliche Kluft zwischen Präventions- und Schuldstrafe verringern.

Seine Argumente lauten:

- *Argument rechtsgeschichtliche Versäumnisse*. *Frisch* verweist insoweit 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: So habe man das Institut der Maßregeln rein *utilitaristisch* verstanden, so auch der Gesetzgeber, als er sie in das Gesetz zur Bekämpfung von gefährlichen Gewohnheitsverbrechern von 1933 aufgenommen hat.[643] 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*.

*Verwandtschaft von Maßregeln und Strafe*. Aber schon früh hätten einige Autoren die Frage gestellt, ob Maßregeln denn überhaupt von Strafe zu unterscheiden seien[644]. Zu Recht merkt *Frisch* 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 aufgehoben.[645]

*Frisch* argumentiert dennoch vorsichtig und *kriminalpolitisch,* wenn er erklärt, die Gemeinsamkeit, *Freiheit* zu entziehen, könne die Einheitlichkeit von Strafe und Maßregel nicht begründen, schließlich seien auch Quarantänemaßnahmen

643 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 352 f., u. Hinw. auf Exner, Sicherungsmittel, 1914, 6 f. (”völlig analog dem ökonomischen, wirtschaftspolitischen Prinzip”).

644 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 355. So naheliegender Weise bereits Liszt, Zurechnungsfähigkeit, 214 ff., 227; sowie Dreher, Vereinheitlichung, ZStW 1953, 448 ff.

645 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 355, u. Hinw. auf Schmidt, E., Strafrechtskommission, 51 ff., 52 f.; Nowakowski, Maßnahmenkomponente, 193 ff., 200 f.

oder Beugehaft für Zeugen freiheitsentziehende Eingriffe.[646] Es bestehe gleichwohl 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 verknüpft.[647]

Anzufügen ist, dass für eine Prävention eigentlich auch schon ein dringender Tatverdacht ausreichen müsste. Deshalb ist aus rechtsstaatlicher Sicht der *Tatbezug* vonnöten, den wiederum nur die Vergeltungsidee bietet. Auf der einzelnen *strafprozessual* nachzuweisenden *Anlasstat* beruht auch das strafrechtliche Maßregelrecht. Dadurch unterscheidet es sich vom sonstigen polizeilichen Präventionsrecht.

*Sachgerechter* erscheint es *zudem* und ohnehin, wie üblich zwischen den Maßnahmen zur 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* oder *Wiederholungsgefahr* von erheblichem Gewicht an und verlangt zum Beleg eine entsprechende nachgewiesene an sich bereits *strafwürdige Tat*.

- *Argument Strafe als Notrecht.* Zur Rechtfertigung der Individualprävention verweist *Frisch* außerdem auf einen wichtigen Gesichtspunkt: Die Eingriffsbefugnisse des Staates in die Freiheitssphäre des (gefährlichen) Bürgers würden klassischerweise mit Hilfe der Gedanken der *Notwehr*[648] und des *Notstandes*[649] begründet werden.

---

646 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 357 ff.

647 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 358 ff.

648 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 358 ff., ähnlich Kaiser, G., Kriminologie, 1996, § 116, 1002 Rn 54.

649 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, 1986, 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, 1995, 19 ff., 31.

Gegen den Rückgriff auf den Grundgedanken der Notwehr gemäß § 32 StGB wendet *Frisch* zwar selbst und zu Recht ein, dass nach der Begehung der Tat *kein gegenwärtiger* Angriff mehr vorliegt.[650] Es fehlt an der akuten Notlage.

Deshalb sei, und insofern stimmt er auch mit *Prittwitz* überein[651], auf den Gedanken des *überwiegenden Interesses*, also auf den des *rechtfertigenden Notstandes* analog § 34 StGB abzustellen: Die Achtung der Rechte des gefährlichen Bürgers müsste hinter der Schutzverpflichtung des Staates gegenüber den gefährdeten Bürgern zurückstehen.

Allerdings bleibt es -danach- noch offen, weshalb die Waage sich zugunsten des Gefährdeten neigen soll. Jedenfalls hinter dem Gedanken des rechtfertigenden Notstands verbirgt sich nichts weiter als das allgemeine utilitaristische Güterabwägungsprinzip, das dem *Gemeinwohl* den Vorrang einräumt Strafe muss ultima ratio, darf dann aber sein.

Eigentlich handelt es sich um die Übernahme der Idee des *defensiven Notstandes* gem. § 228 BGB mit seinem Grundmodell des Tierangriffs. Zudem setzt *Frischs* Sicht den Nachweis einer *Wiederholungsgefahr* voraus. Mit dieser Art der *Gefahrsetzung* durch den Täter ist eine Minderung des Schutzwertes seiner Güter verbunden und eine Abwehrhandlung erlaubt. Ungefährliche Konflikttäter dürfte dann allerdings kein Freiheitsentzug mehr treffen.

Eröffnet ist auf diese Weise zudem der bedenkliche Weg, die Strafe nicht mehr nur allein als hoheitlich, sondern über den rechtfertigenden Notstand auch *privatrechtlich* als ein *unmittelbares Bürgerrecht* zu begründen. Vor allem aber reicht für den rechtfertigenden Notstand eine Notlage, also eine *bloße Gefahr* als *Dauergefahr* aus. Die Art einer *Wiederholungsgefahr*, die den Nachweis einer Tat erfordert, ist zwar naheliegend, aber nicht geboten, um eine Notlage anzunehmen.

*Frisch* folgert zwar weiter, *bloße Gefährdung* reiche nicht aus und 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.[652] Insofern greift er auch selbst das Bedenken auf, dass eine Prävention nur auf eine *Gefahr* regiert, und das nur bei der Notwehr, die hier nicht greift, immerhin schon eine gegenwärtiger Angriff in Sinne einer *Versuchshandlung* vorliegt.

---

650 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.

651 Prittwitz, Schutz, 1995, 19 ff., 31 mit Fn 44.

652 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 376.

So übersieht *Frisch* auch, dass er selbst das Quarantänerecht bei Seuchengefahren herangezogen hat und auch, dass vor allem auch die *Unterbringungsgesetze* der Bundesländer die *Gefahrenlagen* ausreichen lassen. Selbst die die Untersuchungshaft bei Wiederholungsgefahr gemäß § 112 a StPO verlangt nicht den Nachweis einer Tat.

Also *in der Regel* ergibt sich eine Dauergefahr aus einer drohenden Wiederholung, aber manchmal auch daraus, dass sich *andere* Menschen vor ihrer Tat ähnlich auffällig verhalten haben. Nur das Tatschuldstrafrecht gebietet den Nachweis einer bestimmten Tat. Es bleibt auch die Einsicht, dass die Rückfallquote, etwa bei Tötungsdelikten relative gering ist, dann also eigentlich auch die Freiheitstrafe, wenn sie denn überhaupt erforderliche wäre, gering ausfallen müsse.

Für sich *allein* reicht also der *Notstandsgedanke* nicht aus. Dennoch steckt in jeder *Schutzidee*, sei es dem Rechtsgüterschutz oder der Schutz vor soziallschädlichen Handlungen.

- *Argument subsidiäre Maßregel*. 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 *Frisch* müsste also zuvor eine *Doppelprüfung* einfordern, die zumindest das Gleichgewicht von Schuldstrafe und Unschädlichmachung offenbart.

- *Argument der Rückkoppelung der subsidiären Maßregel mit dem Schuldstrafrecht. Frisch*[653] 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 *fiktiv* 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 wäre.[654]

*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

653 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 380.

654 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 382 ff. (insbes. 386 f. samt den Erläuterungen 196, 197).

vorzugehen sei.[655] 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.

So 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 bleibt 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 könnte durchaus gering sein, die Gefährlichkeit aber lange währen.[656]

- *Annäherung der Maßregeln an die Strafe. Frisch* sieht zudem nicht nur die Strafe vor dem Hintergrund der Maßregeln der Besserung und Sicherung, sondern will zugleich *die Maßregeln an die Tatstrafe heranführen.* Er nähert Schuldstrafe und Individualprävention einander an.

*Zwischenfazit. Frisch* bietet also 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 Gemeinschutz mitenthalten.

*Frischs* Ansatz erfordert der Sache nach weiterhin und zurecht *zweierlei Sanktionssysteme*, das Tatschuldstrafrecht und ein tatbezogenes Maßregelrecht sowie die Folgerung, sie soweit möglich aufeinander zu beziehen. Insofern

---

655 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 389.

656 Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 390 f., u. Hinw. auf Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974, 393 ff. (zur sog. "Antinomiediskussion"); Stratenwerth, Tatschuld, 1972, 22 ff.

bietet er ein hoch argumentatives Beispiel für die oben beschriebene individualpräventive Sicht auf das Schuldstrafrecht.

4. *Repression als Prävention*. *Kunz*[657] 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, stellten eine Form der *Prävention* dar. Sie dienten jeweils der Vorbeugung.

Allerdings meint *Kunz*, das repressive Strafen enthielte nur eine *unzulängliche Form der Prävention*. 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 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.

Auch ist 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 voraus[658]. 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 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.

---

657 Kunz, Vorbeugen, 1987, 17 f. Kritisch auch Naucke, Rezension, GA 1989, 524 ff.

658 Zur Nacheile und ihrem Zusammenhang mit der Notwehr: Weigend, Deliktsopfer, 1989, 28 ff.

5. *Fazit*. Damit sind vorrangig präventive Verbundkonzepte vorgestellt, die auch das Schuldstrafrecht mitbedenken: die besonders wirkungsmächtige Idee der Integrationsprävention (*Roxin*, *Müller-Dietz*), vor allem in der Ausformung von *Roxin*, die individualpräventive notstandsähnliche Schuldstrafe (*Frisch*) und die Idee, „Repression als Prävention" zu begreifen (*Kunz*).

## II. Reine Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht (*Kaspar*) oder Schuldangemessenheit als Verhältnismäßigkeit (*BVerfG*); Trennung von Staats- und Strafrecht

1. Überzuwechseln ist auf die Ebene der Verfassung und noch einmal zu *Kaspar*. Die beiden Lehren, die alternativ zur Wahl stehen, lauten: reine Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht (*Kaspar*) oder Schuldangemessenheit als Verhältnismäßigkeit (*BVerfG*).

*Reine Verhältnismäßigkeit*. *Kaspar*[659] bietet ein „Präventionsstrafrecht", das er schlüssig aus dem *öffentlich-rechtlichen Blickwinkel* des deutschen Verfassungsrechts heraus entwickelt. Er sucht vor allem, die wichtige Einzelfrage nach der Verhältnismäßigkeit des Strafens auszuloten.[660]

Anstelle der schuldangemessenen Strafe sei das Verfassungsprinzip der (Un-) Verhältnismäßigkeit zu verwenden. 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.

Auch das Tadelselement will er folgerichtig nicht besonders herausgestellt wissen.

In der Tat fordert auch die EU-Grundrechtecharta in ihrem Art. 49 III nur:

---

659 Zu „Verhältnismäßigkeit und Präventionsstrafrecht", Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014, 27 ff (Zusammenfassung, 820 ff.), siehe auch etwa 28 f. (zur verfassungsrechtlichen Legitimation und Begrenzung speziell des materiellen Strafrechts). Dazu auch: Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff. . Zur geringen Bedeutung des Tadels: Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014, 324. Für eine -aus Gründen der Logik- naheliegende Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe plädieren: Höffler/Kaspar, Plädoyer, GA 2015, 453 ff. ..

660 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".

„*Das Strafmaß darf gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein.“*

Von Schuldangemessenheit spricht die Grundrechtecharta jedenfalls nicht, und ob der Satz von der Unantastbarkeit der Menschenwürde in ihrem Art. 1 aus der Gesamtsicht der Europäischen Völker ein *subjektives* Recht oder nur eine allgemeine Idee beinhalten soll, ist noch nicht hinreichend geklärt.

Gemäß Art. 276 AEUV ist der Gerichtshof der Europäischen Union zwar „nicht zuständig für die Überprüfung der Gültigkeit oder Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats oder der Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit“. Insofern greift das Subsidiaritätsprinzip. Aber die *Strafverfolgung* wird begrifflich dem *öffentlich-rechtlichen Ordnungs- und Sicherheitsrecht* unterstellt. Dasselbe gilt auch für den *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*.[661]

2. *Schuldangemessenheit als Verhältnismäßigkeit*. Von der EU-Charta setzt sich jedenfalls das *Bundesverfassungsgericht* mit seiner Lissabon-Entscheidung ab, indem es das *Subsidiaritätsprinzip* gem. Art. 51 I EU-Grundrechtecharta 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 *verschmilzt das Bundesverfassungsgericht* beide Ansätze sogar unter der Vorherrschaft der Idee der Schuldangemessenheit, wenn es erklärt:

*„Auf der Ebene des Straferkenntnisses verlangt der Verhältnismäßigkeits-grundsatz eine Zumessung der Strafe nach dem Maß der Schuld und der Strafbedürftigkeit. Er deckt sich insoweit in seinen staatliches 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:

---

661 Tomiak, Verhältnismäßigkeit, ZStW 2019, 804 ff. („Die Verhältnismäßigkeit der Strafen in der Rechtsprechung des EGMR“).

Die *„Durchführung des Strafverfahrens und Strafausspruch sind verhältnismäßig.*“[662]

Die Standpunkte unterscheiden sich jedoch. Die Schuldidee gehört zu einem *halbselbständigen Strafrecht*. Die Verhältnismäßigkeit gründet dagegen unmittelbar auf dem Verfassungsrecht. Danach ist eine darauf gegründete Straftheorie nicht mehr halbautonom, sondern im Sinne von *Kaspar* 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 „Anmessens“ der Strafe 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.

Auch ist verfassungsrechtlich zu trennen. Den Hintergrund des Schuldprinzips bildet vereinfacht die *Menschenwürde* (Art 1 I GG). Das Verhältnismäßigkeits-

662 BVerfG Beschluss vom 04. Dezember 2007 - 2 BvR 38/06- 2 BvR 38/06, Abs. Nr. 39 und 41. Siehe auch Frisch, Schuldgrundsatz, NStZ 2013, 249 ff. („Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip“).

prinzip stützt sich dagegen für das Strafrecht auf den Gedanken der „Effektivität der Strafrechtspflege“[663] und ist im *Rechtsstaatsprinzip* verankert (Art 20 III).

Es setzt als solches betrachtet, also nicht zusätzlich ethisch durch *Rechtsgüterschutz* aufgeladen[664], sondern *ökonomistisch* und *utilitaristisch* an. Ziel ist danach der größtmögliche Nutzen für mögliches viele, aber nicht für jeden. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip reicht weiter, etwa auch ins Prozessrecht hinein, und es ist für alle Arten von *Abwägungen* offen, auch und vor allem für solche zugunsten des Gemeinwohls. Vereinfacht dient es dem *Gemeinwohl*. Das Schuldprinzip funktioniert hingegen nicht ohne das Bild vom eigenverantwortlichen Menschen.

3. *Zweispurigkeit*. Beide Wege, der öffentlich-rechtliche Pfad des Verhältnismäßigkeitsprinzips seitens einer *Verwaltung* und das strafrechtliche Prinzip der gerechten Bemessung der Schuldstrafe durch ein *Strafgericht*, zudem mit Laienbeisitzern in schweren Fällen, sind inzwischen rechtsstaatlich *gut ausgebaut*.

Das öffentliche Recht unterliegt aber unmittelbar der Verfassung, die in der Rechtsgeschichte schon häufiger ausgewechselt wurde als das Strafrecht, das auf einer *überstaatlichen* Idee von Bürgerrecht beruht. Insofern lohnt es sich auch für das öffentliche Recht, diese ältere und immer hoch *halbautonome Sonderrechtskultur* solang als möglich beizubehalten.

Insofern geht es also nur um eine *Konkurrenz* zwischen zwei erprobten Wegen. In der *Konkurrenzlösung* des *Meistbegünstigungsprinzips*, und zwar vor allem, aber nicht nur, derjenigen des einzelnen Täters, liegt der übliche praktische Ausweg, den das Strafrecht *selbst* auch schon ausgebaut hat.

Diese *Konkurrenzregel* findet im Strafrecht ihre allgemeine Unterstützung vor allem in der Idee, dass das Strafen wirklich nur *ultima-ratio* sein dürfe. Welche rationalen Gründe also auch immer zur Milderung oder zum Verzicht auf Strafe führen, sie sind zu berücksichtigen.

Vor allem aber regiert das *Sanktionenrecht* allgemein das Prinzip der *Zweispurigkeit*. Besonders die *präventive Aussetzung* der an sich *verdienten* Schuldstrafe zur Bewährung oder die bedingte Entlassung beruhen rechtsmethodisch auf einem solchen *zweispurigen* Denken, §§ 56, 57, 57 a

663 Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014, 518 ff (Zum Konzept des „verhältnismäßigen Rechtsgüterschutzes“)

664 Vgl. etwa BVerfG 51, 324, 343; BVerfG 100, 313, 394: Bei Strafverfolgung höhere Eingriffsschwelle als bei präventiver Gefahrenabwehr.

StGB. Die *Bagatell*-Regelung der Einstellung des Verfahrens mangels öffentlichen Interesses gehört ebenfalls dazu, §§ 153 ff. StPO. Das Strafgesetzbuch kennt zudem die Rückausnahme in der Form der den Mehrfachtäter zusätzlich belastenden *Sicherungsverwahrung*, für die das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* unmittelbar gilt.

*Roxin* versucht zudem methodisch in ähnlicher Weise und speziell bei der Strafzumessung, die Schulduntergrenzen, wo nötig und möglich, mit präventiven Erwägungen zu unterschreiten.

Ist *darüber hinaus* einmal eine *parallel* durchgeführte Verhältnismäßigkeits-prüfung *eindeutig* und *erheblich* „günstiger", so sollte sie *subsidiär* greifen, notfalls auf dem vom Strafrecht gesonderten *Gnadenwege* der Länder und des Bundes.

In der Regel aber eröffnen die Strafzumessung gemäß § 46 I, II oder die gem. § 54 StGB ohnehin den Weg, präventive Erwägungen *innerhalb* des Schuldrahmen mit einzubeziehen. Die Anzahl der Fälle erscheint also als gering. Sie betreffen Sachverhalte, bei denen der *Gesetzgeber* hohe Mindeststrafen festlegt und zudem die *Tatgerichte* ihre gesetzlichen Möglichkeiten auf besondere gesetzliche Milderungsgründe oder minder schwere Fälle (auch in dubio pro reo) etc. zu erkennen, nicht voll ausgeschöpft haben oder dies nicht wollten.

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 sich jedenfalls bis auf weiteres für das alte und strafgesetzliche *Schuldprinzip* entschieden. Das Grundgesetz hat zudem 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 wollte.

4. *Fazit.* Die beiden verfassungsrechtlichen Alternativen lauten also „reine Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht (*Kaspar*) oder Schuld-angemessenheit als Verhältnismäßigkeit (*BVerfG*)". In jedem Falle regiert die Idee der Verhältnismäßigkeit das öffentliche Verwaltungsrecht. Es handelt sich vereinfacht um den *staatsrechtlichen* Blickwinkel des Art. 20 GG.

Dagegen geht das Schuldstrafrecht vom würdigen Menschen als „geistig-sittlichem Wesen“ aus, das bei Verletzung von sittlichen Werten höchstpersönlich Schuld empfinden kann und sie auch übernehmen muss. Danach ist Verhältnismäßigkeit nachrangig, wie die Demokratie dem Menschen dient und nicht umgekehrt. Deshalb muss das Verhältnismäßigkeitsprinzip mit dem Schuldprinzip in Übereinstimmung gebracht werden.

Auf diese Weise könnte mit dem *Bundesverfassungsgericht* die Frage *offenbleiben*, welchem Grundsatz der *Vorrang* gebührt, Art. 1 GG oder Art. 20 GG. Zudem helfen die inzwischen breit ausgearbeiteten Kriterien und Falltypen des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die strafrechtliche Schuldidee mit abzustützen. Denn beide Ideen sind verwandt und fordern zur *zivilisierten Angemessenheit* bei der richterlichen Umsetzung des abstrakten Gesetzesrechts auf.

## III. Rechtsgrund und Rechtsmethoden: Sozialpflichtigkeit des Menschen (*BVerfG*); gesetzliche Ausgliederung von Maßregeln und Jugendstrafrecht

1. Für die Einordnung und die Umsetzung der präventiven Ansätze ist mit dem *Bundesverfassungsgericht* ein Blick auf die Grundstruktur des Staatsrechts und danach noch einmal einer auf die gegliederte Struktur des Strafrechts zuwerfen.

*Sozialpflichtigkeit des Menschen*. Vor allem stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der präventiven Strafideen zur Idee von der Menschenwürde, Art. 1 GG, und zugleich die Frage nach dem *Grunde,* auf dem die präventive Strafidee beruht, *wenn* wir das Strafen vom *einzelnen Menschen* her denken, also aus der Sicht eines vernünftigen Täters und eines jeden empathischen Dritten. Wie können wir ihnen und auch *uns allen* als vernünftigen und solidarischen Demokraten die präventive Strafe erklären?

In diesem Sinne betont das *Bundesverfassungsgericht* zur *Sicherungsverwahrung* Folgendes*:*

*„Der Einzelne ist eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende Persönlichkeit. Der Gewährleistung des Artikel 1 Absatz I 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).*

Der Mensch entfaltet seine Persönlichkeit also zumindest auch *innerhalb* einer Gesellschaft.

*„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 I GG ist die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe auch unter dem Aspekt der Verfolgung des Sicherungszwecks zum Schutz der Allgemeinheit grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar".*[665]

Das *Bundesverfassungsgericht* erkennt offenbar das Dilemma und setzt *neben* die Idee der *Menschenwürde* noch das besondere *Menschenbild* des Menschen als sozialem Wesen. Jener hat also passiv *Solidaritätspflichten* zu tragen. Hier entwickelt das *Bundesverfassungsgericht* eine „zweite Spur", die letztlich aus dem Sinn und dem Gewicht des Art. 20 GG folgt. Der Mensch, hier auch rollenhaft als „Person" bezeichnet, hat sich in Deutschland auch als Teil und Mitglied der Verfassungsgesellschaft zu begreifen. In dieser Rolle darf er von ihr zwar *auch*, aber eben nicht „bloß" zum Objekt gemacht werden.

Dieser Gedanke trägt nicht nur die Ausnahmeregelung[666] die rein *präventive Sicherheitsverwahrung,* sondern er begründet auch die *gesamte Idee der Prävention* aus der Sicht des Einzelnen.

Gegen den staatlichen Missbrauch der Sozialpflichtigkeit, wenngleich aus der Sicht der *individualpräventiven* Maßregeln, nur aber immerhin *ergänzend*, sind aufgrund der deutschen Verfassung ohnehin zwei andere Standpunkte mit zu bedenken,

---

665 Zur Sicherungsverwahrung: BVerfG, *Beschluss* vom 8. 11. 2006 - 2 BvR 578/0. Absatz-Nr. 69 und 70.

666 Vgl. Statistisches Bundesamt, Strafvollzug, 2018, 11: *Strafgefangene insgesamt: 50 957* davon in Sicherungsverwahrung 566 sowie 2 bis 5 Jahre: 10 441 / 5 bis 15 Jahre: 3 655 / lebenslang: 1 794.

- die auf Autonomie setzende *Freiheitsidee* und
- die *Gleichheit* im Sinne des nachträglichen strafenden Ausgleichens.

Die strafbegründende Idee der *Solidaritätspflicht* des Täters ist also *im Verbund* mit den Korrektiven der *Freiheit* und der *Gleichheit* zu lesen.

Aus der Sicht der Autonomie und Würde der verwahrten 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 *Triebtätern* stellt sich auch 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 und im Verfahren einen rechtlichen Beistand.

2. *Differenziertes deutsches Strafrecht*. Zudem aber formen 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 *Gestaltungmacht* frei.

Auch erscheint es auch im Hinblick auf das Tatschuldprinzip sinnvoll, diese *kleine* hoch gefährliche Tätergruppe *gesondert* zu behandeln. Aber die Verwahrten werden dennoch -m. E.- immer auch „*wegen",* und nicht nur „aus Anlass" ihrer Taten nach der Strafe noch weiterhin gemaßregelt. *Ausgeglichen* wird die meist verschuldete *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 *Anlass*- und die *Vortaten* haben die zu nach § 66 StGB zu verwahrenden Personen auch *schuldhaft* begangen.

Aber die Verlängerung der Haft sicherungshalber geschieht auch nicht einmal zwingend *zu ihrem Nachteil*. Grundsätzlich wären auch *allgemein* höhere *Obergrenzen* denkbar und ein Einheitsstrafrecht möglich, das die präventive *Sozialverteidigung* nicht ausklammert, sondern gleich mit einbezieht.

Insofern geht es den *deutschen* Sicherungsverwahrten sogar im Hinblick auf die Art der Unterbringung, die Angebote und die rechtliche Überprüfung noch *besser* als in einem denkbaren *alternativen Einheits-Strafrecht*, das diesen Aspekt der *Gefährlichkeit* bei der *Höhe der Strafrahmen* und auch in die *konkreten Strafe* gleich mit *einbezieht* oder auch grundsätzlich *offene Strafen* oder gar die Todesstrafe zulässt.

Dass eine Allgemeinheit auf die hohe Rückfallgefahr auch nach der Strafverbüßung nicht reagiert, ist nicht zu erwarten. Aus *generalpräventiver* Sicht droht zumal bei Triebtätern Selbstjustiz.

Strukturell handelt es sich bei der *Ausgliederung* der *Maßregeln der Sicherung und Besserung* um eine Parallele zum deutschen *Jugend- und Heranwachsenden-Strafrecht*, das die Prävention und den Erziehungsgedanken gesetzlich 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 nicht nur besser als mit der Alternative eines *einzigen* Einheits-Strafrechts. Vielmehr gestattet es die Befreiung von zwei Tätergruppen auch, im Übrigen das Schwergewicht auf das *Tatschuldstrafrecht* zu legen. Denn ohne diese Reduktion auf ein Kernstrafrecht würden die *präventiven* Ansätze über weit mehr Gewicht verfügen.

Mit der Ausgliederung des Jugendstrafrechts erscheint *umgekehrt* der *Erziehungsgedanke* für *Jungerwachsene ab 21 Jahren* zu Unrecht nicht mehr in der allgemeinen Diskussion im Erwachsenenstrafrecht und dort als ein *eigenes Element* der *Individualprävention*.

3. *Fazit*. Dass der Mensch seine Persönlichkeit in der Regel nur „innerhalb der Gemeinschaft“ entfalten kann, leuchtet ein. Sie beinhaltet aber auch nur die alte Idee vom Vorrang des *Gemeinwohls*. Dass der Mensch als ein *soziales Wesen* Einschränkungen seiner Fortbewegungsfreiheit in dieser gravierenden Art, zudem noch *im Anschluss* an eine l*ängere Strafhaftzeit* „zur Sicherung von Gemeinschaftsgütern“ schlicht „hinnehmen muss“, erscheint *schlüssig* begründet. Aber es rechtsfertigt offenbar auch so erhebliche Opfer, dass sich die Frage nach der Verletzung des *Wesensgehaltes* der Grundrechte stellt, die das *Bundesverfassungsgericht* für das althergebrachte Strafrecht ausgeklammert hat.

Auch erklärt die *Sozialpflichtigkeit* des Menschen gewiss die *präventive* Strafidee als *ein Teil* der Vereinigungstheorie und sie vermag letztlich alle Ausnahmefälle des Maßregelvollzuges zu begründen. Zudem aber verlangt die

Sicherungsverwahrung *zuvor* die Verbüßung einer Schuldstrafe für eine schwere nachgewiesene Straftat. Es geht insofern also *nur* um eine *zusätzliche* Sicherungshaft.

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 die Idee der Sozialpflichtigkeit des Menschen den *Vorrang* genießen (Art. 20 GG) oder
- ein an der Menschenwürde ausgerichtetes Tatschuldprinzip (Art 1 GG) oder aber
- benötigen wir *komplementär* zum gesetzlichen „Sinn“ (gerechter Tatschuldausgleich) auch einen gesamtgesellschaftlichen Zweck, sodass allerdings *immer* einer *doppelten Begründung* des Strafens bedarf?

- Oder hilft es nicht auch schon, dass zumindest *in der Regel* „Sinn und Zweck“ gemeinsam die Strafe begründen (können), auch wenn in Ausnahmefällen zu-widersprüchliche Ergebnis zu erwarten sind? Ist also die sogenannte *Antinomie* mit *Frisch* nicht sonderlich gewichtig?

Am Ende geht es also nur, aber immerhin um die *Gewichtung* von an sich altbekannten Ansätzen. Dafür bedarf es möglichst vieler Argumente.

# 7. Kapitel

## Diskussion der präventiven Strafideen

## I. Nachweisdilemma der präventiven Wirksamkeit des Strafens und Ausgleich durch weitgehenden Verzicht auf Strafvollzug

1. Die Diskussion der präventiven Wirksamkeit, also der Effektivität des Strafens, zeigt vor allem die Schwächen dieses Vorbeugungsansatzes auf, die letztlich nach einer Art von Vereinigung mit einer Schuldausgleichlehre rufen, die ebenfalls Schwächen offenbaren wird.

Zum ersten Überblick sind diese plakativen Thesen anzubieten:

- Die Strafidee der Prävention setzt voraus, dass die Strafe vorbeugende Wirkung hat. Für die *Prävention* benötigen wir deshalb empirische *Belege* dafür, dass sich das Strafen *überhaupt* oder wenigstens *hinreichend plausibel* präventiv auswirkt, und zwar generalpräventiv im Hinblick auf das Verhalten der *Allgemeinheit* und individualpräventiv bezogen auf den *Rückfall* des Täters.

- Der empirische Haupteinwand gegen die beiden präventiven Theorien lautet, die *Wirksamkeit* der Strafe zur Verhinderung künftiger Straftaten sei bislang *empirisch* nicht nachzuweisen gewesen.[667] Sie geht vom *Dogma, der Fiktion* oder auch der *Evidenz* der Effektivität der Strafe aus.

- Von einem *Dilemma* ist deshalb zu sprechen, weil die Alternative des vollen Nachweises dazu führen würde, dass der Mensch *gänzlich* fremdbestimmt wäre. Damit würde unter anderem auch der Grundidee der staatlichen Demokratie, des Wahlrechts von freien und mündigen Bürgern der Boden entzogen sein. Der Begriff ist auch gewählt, um ihn an die Seite des bekannten und sogenannten Dilemmas zustellen, die Willensfreiheit nicht nachweisen zu können, die wiederum die Grundvoraussetzung für die Schuldstrafe und die Idee der Menschenwürde bildet.

- Außerdem beruht die Prävention anerkanntermaßen immer nur auf einer *Prognose* für die Zukunft. Prognosen begnügen sich mit einer großen oder

667 So nachdrücklich Kühne, Strafrechtsstrukturen, 2000, 9 ff., 10; 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?).

auch nur kleinen *Wahrscheinlichkeit*. Sie sind zudem hoch *selektiv*, weil sie auch die Erwartungen und Interessen der Strafenden widerspiegeln und das übergroße Dunkelfeld der unentdeckten Täter nicht mit betrachten können. Die bloße Prognose, also eine Art von *Wette auf ein zukünftiges Ereignis*, dass die Strafe allgemein oder individuell vorbeugend wirkt, mit welchem Wahrscheinlichkeitsgrad auch immer, reicht danach aus, um damit auch eine langjährige Freiheitstrafe *vorrangig* zu rechtfertigen.

Diese Sicht ist offenbar nur dann einsichtig, wenn sie *zusätzlich* das Bürgerstrafrecht und den Nachweis einer gesetzlich bestimmten Straftat als Prognosegrundlage *voraussetzt.*

- Aber neben dem rationalen Strafgrund der latenten Rückfallgefahr treibt uns offenbar -auch- ein *emotionales Straf- und Gerechtigkeitsbedürfnis*. Dieses gilt es dann zu befriedigen und zugleich zu zivilisieren. *Insofern* geht es dann aber nur noch um das „Wie" aber nicht mehr um das „Ob" des Strafens. Soweit dieses allgemeine Sühnebedürfnis, zum Ausgleich von verschuldetem Unrecht schmerzhafte Strafen zu fordern, uns antreibt, soweit versuchen wir nur mit der *Straftheorie* eine besondere Art des Gerechtigkeitsgefühls zu *rationalisieren.*

- Wir sollten uns deshalb also auch mit der „Vernunft der Gefühle" beschäftigen. Die *Evolution* hat sie dem Menschen möglicherweise aus guten Gründen eingepflanzt[668], und zwar im Sinne von *Gehlen*[669] zum Ausgleich dafür, dass sie ihn von den genetisch-instinkthaften Verhaltensprogrammen *befreit* hat, die etwa auch noch das Verhalten von heutigen Menschaffen regeln. Evolutionär gedeutet bilden dann aber das Gerechtigkeitsgefühl und seine Sonderform des Strafens *keinen* Selbstzweck, sondern dienen dem *Zweck* der menschlichen Evolution,

---

668 Siehe auch unter dem Titel: „Menschliches Verhalten und staatliche Strafe: Abschreckung, Kooperation und Verteilungsgerechtigkeit" Rodríguez Horcajo, Verhalten GA 2018, 609 ff., 610 (So sind „Gefühle und Emotionen nicht willkürlich", sie haben sich „evolutiv als bedeutsam erwiesen") .

669 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 bedürften 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.

also vereinfacht dem Fortkommen des von Instinkten teilbefreiten Menschen. Aber derselbe teilbefreite Mensch *muss* auch nicht seinen Gefühlen folgen. *Niedere* Beweggründe muss er beherrschen können, meint jedenfalls das Strafgesetzbuch in §§ 211, 17 ff. StGB. Ob also das Strafen gut und vor allem auch der wütende Strafreflex wirklich für ihn *langfristig nützlich* ist, sollte er rational prüfen.

Im Einzelne lässt sich wie folgt differenzieren und abwägen:

2. *Generalprävention*. Nachweise für die Effektivität der Generalprävention sind nur schwer zu erbringen, was die Präventionsidee nicht entlastet.[670] Aber es existieren offenbar gegenwärtig keine einigermaßen *eindeutigen* Beweise für oder gegen die vorbeugende Wirkung der Strafe überhaupt.[671] *B- D. Meier* erklärt[672], es gebe *„derzeit ein non liquet für die Theorie“,* weder überzeugende Beweise dafür noch dagegen.

Mehr noch fehlt auch das Bemühen um *umfassende* Studien zu dieser Frage.[673] Deshalb müssen viele einzelne *Vermutungen*, *Annahmen* und *Indizien* ausreichen.

Aus *sozialer* Sicht genügt es dennoch, wenn (a) *kein* klarer empirischer *Gegenbeweis für die Ineffektivität* von Strafe generell und für die *Freiheitsstrafe* insbesondere vorliegt. (b) Denn es besteht offenbar ein *kollektives Strafbedürfnis*, welches für die Allgemeinheit von *evidenter* Art ist und dieses ist zu befriedigen.

Drei einzelne generalpräventive Erwägungen lauten:

- Der belegte Umstand, dass ein Strafrecht nahezu allen *politischen Gemeinschaften* zu eigen ist, bildet deshalb einerseits immerhin ein *Indiz* für seine Wirksamkeit.

---

670 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: das Entdeckungsrisiko sei nur bei leichteren Delikten relevant.

671 Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017, § 4 Rn 1 ff, siehe zu „Empirischen Befunden“, Rn 2 zur Generalprävention „schwierig durchzuführen“.

672 Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 3. 3. 1.

673 Ausführlich zu „Normwirkungsforschung“ und deren Methoden Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 20 Rn 13 ff.; zur negativen Generalprävention: § 41 Rn 5 ff.; zur positiven Generalprävention: § 41 Rn 35 („Konkrete Versuche zur methodischen Überprüfung von positiv generalpräventiven Mechanismen wurden bislang nur selten gemacht“).

Andererseits setzt dies konkludent die *rationale Begründbarkeit* des Strafens voraus. Strafen könnte stattdessen auch entweder alternativ oder kumulativ in einem jedenfalls vorrangig *emotionalen* Gerechtigkeits- oder *Vergeltungsbedürfnis* des Menschen gegründet sein.

Er könnte auch mit ihm einem dunklen *emotionalen Harmoniekult* dienen. In einer rationalen und säkularen Welt müsste ein solcher Drang nach heilig-gerechter 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.

- Einen hypothetischen Prüffall für die Wirksamkeit der staatlichen Strafe aus *generalpräventiver* Sicht bietet die Frage nach der Möglichkeit eines demokratischen Staates mit Gewaltmonopol, der sich mit *Gewalttaten* konfrontiert sieht, sich aber nur auf die *unmittelbare polizeilich Gefahrenabwehr* von Angriffen beschränkt und Sozialhilfe anbietet, aber ohne Tatstrafe oder auf nachweisbare Taten gegründete Maßregeln oder ohne punitiven Schadenersatz oder Aberkennung staatlicher Leistungen und Chancen, ohne Verbannung oder soziale Marginalisierung aus kommen will.

Die *gegenwärtige* machtpolitische Antwort lautet: Ein solcher *Staat* könnte nicht existieren, er würde zerfallen. Egoistische Gewaltakte dürfen keinen dauerhaften Erfolg nach sich ziehen. Gewalt erfordert Gegengewalt. Die freien Bürger würden Bürgerwehren gründen und Selbstjustiz üben. Die Staatsmacht würde in mittelalterliche Zustände zerfallen (failed states). Warlords würden sich ihrer auf dem Lande bemächtigen und auch religiöse Sekten würden die Staatmacht an sich reißen. Sie würden sie mit der lokalen Macht der gesicherten Städte teilen. *Mittelalterliche Bürgerkriege* wäre die Folge, wie sie in zerfallenden Staat wie Afghanistan oder Somalia existieren.

Die Folgerung lautet dann: Mit dem *demokratischen Staat* hat sich also auch das demokratische Strafen vor allem von Gewalttaten „empirisch“, wenngleich nur mittelbar nachweisbar bewährt.

- Ähnliches gilt für die Vorstellung, dass das kollektive Strafen auch das Kollektiv der Verfassungsgesellschaft stärkt (stabilisiert). Mit der Bemakelung und Bestrafung bestimmter Verletzungen *individueller* und auch *kollektiver* Werte (oder die Enttäuschung der *Erwartung* an normgemäßes Verhalten) wird die *Achtung* der Werte und der Normen in einer „Parallelwertung aus der Laiensicht“ gestärkt. Die allgemeine *Moral* als Teil der eigenen Kultur wirkt

hemmend,[674] und die Strafe *dient* nur als letztes Mittel dazu, die Moral zu bekräftigen, damit die Allgemeinheit (!) rechtstreu bleibt.

Allerdings zu welchen Grausamkeiten der Mensch, individuell und auch kollektiv dennoch *grundsätzlich fähig* ist, belegen die Strafgesetzbücher, die Verfassungen und auch die Menschenrechtskonventionen.

- Mit dieser Art von allgemeinen *Erfahrungssätzen* begnügt sich der generalpräventive Ansatz, und zwar auch dann, wenn er das Hauptgewicht der Strafbegründung tragen soll.

Auch die Gefangenhaltung von Menschen, vorrangig um damit ein Zeichen an die *Allgemeinheit* zu senden, wirkt dann aber wie eine Art von notwendigem, wenngleich zivilisiertem Menschenopfer.

3. Eine demokratische Grundhaltung, die offenbar auf umfassende Nachweise für die präventive Wirksamkeit verzichtet und die das Strafen und seine Begründung als Teil einer *althergebrachten Rechtstradition* betrachtet, scheut vielleicht sogar die möglichen Aussagen, die bei wirklich umfassenden *empirischen Studien* ans Licht treten könnten.

*Schumann* etwa erklärt, dass die Abschreckungswirkung des Strafrechts verschwindend gering ist, und meint zugespitzt, aber einsichtig, dass es sich insoweit nur um eine *generalpräventive „legitimatorische Denkfigur"* handele. Sie sei Teil eines bloßen normativen Diskurses.[675] Diese Sichtweise *immunisiere* sich selbst derart *gegen die empirische Überprüfbarkeit*, dass sie die denkbaren und bereits auch betriebenen kritischen Wirksamkeitsprüfungen nicht einmal mehr wahrnehme.[676] Dies ist das Wesen eines Strafdogmas, an dessen Berechtigung fest *geglaubt* wird.

Allerdings sind für die „Erhaltung der Rechtsstreue der Allgemeinheit" in der Tat jeweils nur die *Annahmen* beachtlich, von denen die jeweilige Allgemeinheit der Rechtstreuen ausgeht. Deshalb genügt es der Allgemeinheit, an das rationale

---

674 Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017, § 4 Rn 2: „Wesentlich bedeutsamer … die wahrgenommene moralische Verbindlichkeit der Strafnorm bzw., die Strafakzeptanz".

675 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.

676 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."

Argument der Gefahrenabwehr durch Strafe zu *glauben*. Obwohl empirische Nachweise wenigstens erstrebt werden könnten, reicht auf der sozialen Ebene der normative Konsens aus.

Zugespitzt erhält die Strafe danach den Rang einer *sozialen Weltanschauung*, die an die Idee der *Universalität der Gerechtigkeit* glaubt und zudem mit ihr die Offenkundigkeit (Evidenz) der *Effektivität* der Strafgerechtigkeit verbindet.

4. Weitere Einwände:

- Dass die abschreckende Wirkung der *Androhung* von Strafen nicht so sehr von ihrer Härte als vielmehr von der *Gewissheit ihres Eintritts* abhängt, dies haben bereits und zu Recht *Montesquieu* und *Beccaria* erklärt.[677] Dieser Einwand ist also altbekannt. Ad absurdum argumentiert: Gesetzt den Fall, alle Straftäter würden bekanntermaßen sofort gefasst und bestraft und sie 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 empfiehlt sich dann auch statt der Strafe die Unterbringung.

Da jedoch eine derartige *effektive Strafverfolgung* entweder nicht zu leisten ist oder zu einem totalitaristischen *Überwachungsstaat* führen würde, wird öffentlichkeitswirksame *exemplarische Strafverfolgung* betrieben. Insofern handelt es sich bei der Tatstrafe um einen *Preis für die Freiheit*. Denn die *sozialistischen Überwachungsstaaten* neigen dazu, Straftaten -selektiv- eher als Angriffe auf das *System* zu verstehen und statt auf eine Tatstrafe verstärkt auf Umerziehungslager zu setzen, für die der Verdacht zur Vorbeugung ausreicht.

- *Prävention* stützt sich auf *Prognosen. Prognosen* sind generell einerseits auf künftiges Verhalten gerichtet und beruhen andererseits auf der Erfahrung mit vergangenem Verhalten.[678] Deshalb folgt daraus aber auch, dass es gilt, möglichst viele Fakten aus der Vergangenheit als *Grundlagendaten* zu ermitteln.

---

677 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.

678 Mathiesen, Gefängnislogik, 1989, 100 ff., u. Hinw. auf die Untersuchungen zur „Selective Incapacitation" von Greenwood/Abrahamse, 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.

Der Gedankenschluss lautet also, eine auf Prognosen gegründete Strafe muss zwar (a) soweit es geht auf „harte Strafen“ verzichten, aber sie verlangt (b) die *Tatumstände* empirisch zu ergründen, (c) sich mit den Persönlichkeitstypus des Täters (als Täter) zu beschäftigen und (d) das Individuelle dieses Menschen zu ermitteln.

Exakt dieser Grundsatz der *Wahrheitsermittlung* regiert unser gegenwärtiges Strafrecht, vgl. § 261 StPO. Die Strafen fallen dagegen relativ *milde* aus und die Gerichte, die eine *effektive* Strafrechtspflege betreiben wollen, erkennen in der Regel auf Geld- und Bewährungsstrafen. Wer nach „Sinn und Zweck“ des Strafens fragt sollte, immer auch prüfen, weshalb *nicht* streng-gerecht oder weshalb allgemein so *milde* bestraft wird. Dies beruht vor allem auf *präventiven* Gründen.

Diese Gründe hat das *Bundesverfassungsgericht* nunmehr zwar auch mit dem Prinzip der Menschenwürde verfassungsrechtlich unterlegt. Bestünde aber eine Notwendigkeit, so würde es auch auf die Gründe der *Sozialpflichtigkeit* des Menschen verweisen (können), mit denen es auch die seltene Sicherungsverwahrung gerechtfertigt hat.

Prognosen sind -auch- deshalb schwierig zu stellen, weil die Gefährlichkeit des Täters vielfach vermutlich weitgehend *situationsbedingt* ist.[679] Gegen die *Wirkung* der Strafe spricht also, dass die *emotionalen Motivationsstränge*, die zu einer Tat führen, nicht durch Strafen eines fernen Staates zu beeinflussen sind. Allerdings werden die Täter vermutlich dennoch unmittelbar von dem beeinflusst, was ihre „Nächsten“, also ihre Familien, Freunde und persönliche Netzwerke sagen würden und damit auch Situationstäter in sich Wut- oder Lust-*Hemmungen* aufbauen (können). Mittelbar können also die *Nächsten-Ethiken* die Bekräftigung von *allgemeinethischen Normen* auf ihn individuell und auf Seinesgleichen allgemein einwirken.

- Das *Grundmodell* bildet jedoch der *bewusst planende* Täter, Affekttaten stellen aus dogmatischer Sicht eine Sonderfallgruppe dar.[680] Insofern ergeben zwar Untersuchungen, dass der planende Täter als eine Art von schlechtem homo oeconomicus zu begreifen ist, und hier als Teil der *tatgeneigten* Allgemeinheit das *Verurteilungsrisiko* als zu hoch und auch die zu *erwartende Strafe* zu hart

679 Mathiesen, Gefängnislogik, 1989, 117.

680 Zabel, Affekt, 2002, 23 ff. („Der Affekt als Schuldminderungs-, Strafausschließungs- bzw. Strafzumessungsgrund und seine Typisierung im Rahmen des Allgemeinen Teils - zur Klarstellung der Begründungsstruktur sowie der verbrechenssystematischen Einordnung“, im Sammelband: „Affekt und Strafrecht“.

einschätzt. Die Symbolik der Gesetzgebung mit ihren hohen Strafrahmen wirkt also auf die Tatgeneigten.

Aber tatgeneigte Täter begreifen sich vermutlich nicht nur als risikobereiter. Sie sie lockt auch das *aktuelle* Tat-Risiko und sie verdrängen vermutlich das spätere Strafrisiko. Sie vertrauen selbst bei schweren Straftaten offenbar darauf, entgegen ihrer eigenen rationalen Annahmen, *nicht entdeckt* oder *nicht überführt* werden zu können.

5. *Individualprävention*. Ähnliches gilt für die Individualprävention.

- Auch die vorhandenen Gründe und Möglichkeiten, wenngleich auch Gefahren und Grenzen der *Individualprävention*, werden nicht, wie in der Demokratie zu erwarten wäre, öffentlich in einem kriminalpolitischen Gesamtkonzept abgewogen und dargelegt. Für das Verfassungsprinzip der *Effektivität der Strafrechtspflege* haben wir uns also scheinbar insbesondere auf die Generalprävention zu stützen.

In seiner Entscheidung zur *lebenslangen Freiheitsstrafe* konstatierte das *Bundesverfassungsgericht* damals schon, dass es bisher „*keine fundierten Effizienzuntersuchungen*“ gebe.[681] Es forderte sie aber auch *nicht* mit den ihm zur Verfügung stehenden Auflagen ein. Aber zum Beispiel die wirtschaftliche Entwicklung und die Steuereinnahmen lässt der Bundessstaat durch Sachverständigengutachten abschätzen. Der gesetzlichen Kriminalpolitik fehlt es offenbar zum Teil bereits an der *Erwartung*, den Steuerungseffekt, zumal durch die Vollstreckung von Freiheitsstrafe, überhaupt *voll belastbar* belegen zu können.

Die Kriminologen *Eisenberg* und *Kölbel* stellen dazu zunächst fest: *„Zur Frage, ob die Verhängung einer Strafe die davon betroffene Person von einer neulichen Straftat abschreckt, liegen bislang kaum bejahende Befunde vor.“*[682] Immerhin sei der Forschungsstand zu den *Maßnahmen* des Behandlungsvollzuges *„sehr viel differenzierter, wenngleich in seinen Ergebnissen keineswegs widerspruchfrei“*. Auf diesen Wissenstand die *Effektivität* von Strafe, insbesondere von *Strafhaft* zu gründen, erscheint aus rationaler Sicht also bedenklich.

- Ältere empirische Einzel-Untersuchungen haben zudem ergeben, dass nicht einmal ein Zusammenhang zwischen Todesstrafe und Mordrate festzustellen

681 BVerfG 45, 187, 256; Küpper, Grenzen, 1990, 57.

682 Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 41 Rn 5.

war.[683] Zudem existieren besondere Methodenprobleme: Für Gewalttäter, die Ersttäter sind, und sie bieten 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 werden.[684] 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.

- Die Forderung, die Strafe als *ultima ratio* anzusehen, ließe sich eigentlich als deren verfassungsmäßiges Gegenrecht verstehen. Die Wirkung der Strafe *müsste* danach aus verfassungsrechtlicher Sicht zumindest insoweit empirisch aufzuzeigen sein, dass der Gesetzgeber sich mit seinem weiten *politischen Gestaltungspielraum* auf die Untersuchungen ernsthaft stützen und seine Kriminalpolitik nach dem Verfassungsprinzip der *Effektivität der Strafrechtspflege* auf sie gründen könnte.

*Replik*. Aber die *Rechtspraxis* reagiert eben schon lange und gerade auch in individualpräventivem Sinne „effektiv" und *verfassungskonform.* Sie *verzichtet* im hohen Maße auf die vollstreckende Freiheitstrafe. Die empirische Sicht der Marburger Schule (*Liszt*) hat durch die *Zweifel* an der Verhinderung von Rückfalltaten[685] durch Freiheitentzug bereits zu einer erheblichen Strafmilderung und vor allem den *Verzicht auf Freiheitsstrafen* beigetragen.

6. *Fazit.* So gilt es sich -innerhalb dieses 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:

---

683 Vgl. den Überblick bei Meier, B.-D., Sanktionen, 2015, 3.3.2 („Spezialpräventionsforschung").

684 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 Erkenntnisquell 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.

685 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").

- Welchen Umfang von *Strafverzicht* erträgt unsere Gesellschaft aus generalpräventiver Sicht?

- Welches Gewicht hat etwa die Rechtsfigur der „*Verteidigung der Rechtsordnung*“, die trotz günstiger Legalprognose eine Aussetzung zur Bewährung ausschließt?

Der empirische Haupteinwand gegen die beiden präventiven Theorien lautet also, die *Wirksamkeit* der Strafe zur Verhinderung künftiger Straftaten ist bislang *empirisch* nicht überzeugend nachzuweisen gewesen und soweit doch, so beruht sie auf einer bloßen *Prognose*. Ungefährliche Personen würden in erheblichem Maße belastet. Ohne den vollen *Nachweis der Tat*, wäre die Begründung der Strafe mit der Prävention allein rechtsstaatlich unerträglich. Dann aber spricht einiges auch dafür, die Strafe immer *zusätzlich* auch auf den Gedanken des gerechten Tatschuldausgleichs zu stützen. Mittelbar steckt er auch im generalpräventiven Ruf nach Recht und Gerechtigkeit.

## II. Präventive Strafbegründungen: Kritik und Replik

1. Die *Standarteinwände* gegen die beiden eng verbundenen präventiven Strafbegründungen ergeben sich zugleich aus den entsprechenden Vorzügen des Gedankens der *Tatschuldvergeltung*:

Zu beginnen ist mit diesen Punkten:

- Der *verfassungsrechtlich* relevante Haupteinwand gegen die Begründung der Strafe mit dem Erfordernis der Prävention heißt: Jede Form der Prävention erniedrige den Verurteilten zum *Objekt* der Strafverfolgung.[686]

Auch sei das exemplarische Strafen mit dem modernen Menschenbild des Art. 1 GG nicht zu vereinbaren, auf dem das Schuldprinzip beruht.

- Zur Erhaltung der Rechtstreue zu strafen, heißt nur die Allgemeinheit *vor sich selbst* zu schützen und wilde Selbstjustiz abzuwenden

- Die für die Individualprävention erforderliche, *Prognosen* menschlichen *Verhaltens* sind in aller Regel nur *unsicher* zu erstellen. Darauf lässt sich kein Sanktionsrecht gründen.

---

[686] Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983, 33 ff., 40 ff.; Badura, Generalprävention, JZ 1964, 337 ff.; so auch etwa Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 35.

- Die eigentlichen Konsequenzen für die *Strafzumessung* sind unerträglich. 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. Die besonders grausamen und öffentlichen Vollstreckungen der Todesstrafe, verbunden mit Volksfesten, kennzeichnen die Auswüchse eines Ansatzes. Dem steht nur das Schuldprinzip entgegen.

*Replik.* 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. Dann wird der Täter nicht nur aus präventiven Gründen sanktioniert. Er wird zwar auch, aber eben „nicht bloß" zum Objekt der allgemeinen Verbrechensbekämpfung degradiert. Dafür aber hat eine dem entsprechende *präventive Vereinigungstheorie* den dogmatischen Preis der Widersprüchlichkeit für bestimmte Fallgruppen zu tragen und folglich auch alle Einwände gegen die dann komplementäre Tatschuldlehre mit zu ertragen. Vereinfacht gilt, je klarer die Dogmatik einer bestimmten Strafidee ausgearbeitet ist, als desto einseitiger erweist sich ihr Denksystem.

2. Eine weitere Reihe von einzelnen Einwänden, die zum Teil auch die schon genannten Bedenken *ergänzen*, lautet:

- Gegen die Idee, sozialschädlichem Verhalten vorzubeugen, ist auch einzuwenden, dass der Begriff der Gesellschaft oder gar ihr *Gemeinwohl* nicht nur auslegungsbedürftig ist, sondern auch auf undemokratische Gesellschaften passt.

- Bestraft werden müsste eigentlich die strafende Gesellschaft, die offenbar bei der Sozialisierung des Täters versagt hat, und nicht der Täter. Er fungiert insofern nur als *Sündenbock*.

Seine konkrete Gefährlichkeit bildet nur das Symptom, aber nicht die Ursache der Kriminalität. Denn jede *einzelne Tat* ist für die Kriminalpolitik unbeachtlich. Insofern wird der Täter vorrangig dafür bestraft, dass schon andere Menschen sich ähnlich verhalten haben und zu erwarten ist, dass viele weitere Menschen ebenso handeln werden, und zwar noch mehr von ihnen, wenn er nicht öffentlich bestraft wird.

*Replik*. Auch dies ist jeweils einzuräumen. Aber es gibt in diesem Sinne rechtstatsächlich *kein reines Präventionsrecht*. Deshalb *deckeln* wir das Strafrecht und setzten zumindest *zusätzlich* den Wert der Menschenwürde

absolut, der uns wiederum zum Schuldstrafrecht führt. Aber ohne ein Interesse der *Allgemeinheit* am Strafen oder ohne eine latente *Wiederholungsgefahr* würde die Politik keinen hinreichenden Anlass für ein Strafgesetzbuch sehen und stattdessen auf das Zivilrecht verweisen.

Wir Einzelnen leben in einer Gesellschaft, die fähig ist, jedem einseitigen Dogma entgegenzusteuern. 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.

Allerdings ohne abweichendes Verhalten, gäbe es auch keine offene Gesellschaft und ohne Unrecht auch kein Rechtssystem. Die Natürlichkeit von zudem gesetzlich erwarteten Unrechtstaten und der vernünftige Umgang mit ihnen formen und *stabilisieren* erst das System der demokratischen Verfassungsgesellschaft. Ein gewisses Maß an Unrechtstaten und deren öffentliche Bestrafung benötigt und erwartet also die Verfassungsgesellschaft.

3. Ferner:

*Kritik*. Gegen die *generalpräventive* Wirkung der Straf*gesetze* 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 Gesetzbücher[687]. Dass die Staaten Strafverfolgungsorgane vorhalten, beweise die *Unwirksamkeit* der bloßen Strafandrohungen.

*Replik*. Vermutlich helfen aber die Strafgesetze zur *Moralbildung* in der Allgemeinheit und sie genügen im Verbund mit dem Strafprozess und dessen Recht zur *Eindämmung* der Kriminalität. Mehr ist unter Menschen nicht zu erreichen.

Zudem 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. Danach droht *ohne staatliches Strafrecht* ungeordnete Selbstjustiz und am Ende der Zerfall des Staates in kleine kriegerische Selbstschutzgruppen. Dieser Einwand der völligen Unwirksamkeit der Strafgesetze scheint also auf den zweiten Blick weniger zu tragen.

687 Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff.; Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 99.

*Kritik*. Die psychische Zwangstheorie *Feuerbachs*, die immer noch in der gesetzlichen Strafandrohung steckt, setzt einen vernünftigen Menschen voraus, der eine irreale Art von homo oeconomicus ist. Die Strafdrohung wirkt jedenfalls nicht bei den Tätern, die unüberlegt, im Affekt und situativ, also nicht rational im Sinne des vernünftigen homo oeconomicus agieren. Außerdem glaubten die Täter auch, nicht entdeckt zu werden.

*Replik*. In der Tat, aber wir gehen -zumindest- von einem im 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. Wir erwarten überdies, dass Menschen ihre Affekte in jeder Situation beherrschen können. Außerdem lautet die Alternative zur Strafe nicht Sanktionslosigkeit, sondern die *Ersetzung durch ein System von Maßregeln* der Besserung und Sicherung.

*Kritik*: In einem Strafrechtssystem, das vorrangig von der Individualprävention und der Idee der Resozialisierung beherrscht wird, müsste die *Sozialtherapie in entsprechenden Anstalten den Regelfall* bilden (vgl. § 9 BundesStrafvollzugsG). Sie dürfte und müsste bei Bedarf auch *gegen den Willen* der Strafgefangenen eingesetzt werden. Der Straftäter wäre vorrangig ein „Soziopath“. Es regierte die Idee der *Soziopathologie* nicht nur Einzelfälle, sondern das gesamte Strafrecht. *Unbestimmt* lange Therapiezeiten analog zur Sicherungsverwahrung wären die Folge. Der Täter würde zum bloßen sozialmedizinischen Objekt degradiert.

*Replik*: Das ist folgerichtig. Aber als *Sondereinrichtung* helfen die *sozialtherapeutischen Anstalten* den besonders Rückfall gefährdeten Straftätern und bieten sich für deren Übergang in Freiheit an. Die *Alternative* lautet, dass ohne sie der Rückfall nach der Strafverbüßung wahrscheinlicher wäre, d.h. *erneute Taten* und auch *erneuter Strafvollzug*.

4. Eine bunte Kette von weiteren Einwänden bilden die folgenden:

*Kritik*: Prävention ist Aufgabe eines Präventionsrechts, also insbesondere des Polizei- und des Sozialrechts. Ein Präventionsstrafrecht wandelt seinen Charakter und wird zum Maßregelrecht. Re-Sozialisierung ist dessen einziger Zweck.

Eigentlich müsste schon ein bloßer Tatverdacht, zumindest aber ein dringender Tatverdacht ausreichen, wie beim Haftgrund der Wiederholungsgefahr. Entsprechend Gefährdungsdelikte und sonstigen Vorfelddelikte auszuformulieren, wird sich einem präventiv ausgerichteten Gesetzgeber aufdrängen, und Ansätze dazu existieren bereits.

Außerdem stellt die nachgewiesene Tat nur den „Anlass“ für die *Gefährlichkeitsprognose* dar. Einschlägige Vorstrafen werden wieder aufgegriffen; es handelt sich also außerhalb der Kapitaldelikte um ein kaum verkapptes *Täterstrafrecht* für *Hangtäter*.

Individualpräventiv gelesen werden alle Straftaten zur *Rückfall-Gefährdungsdelikten*. Sie sind damit bloße Vorfeldstraftaten, bei denen der Rückfall nur wahrscheinlich (-er), aber keinesfalls sicher ist.

Ohnehin verlangt der *Schutz* vor Rückfall eine echte Notlage im Sinne der Notwehr, also eine unmittelbare Gefahr. Jedenfalls reicht zur Begründung von Strafvollzug keine latente Dauer- oder unsichere Wiederholungsgefahr. Der Gefahrbegriff wird damit weit überdehnt.

Die Höhe der Präventionsstrafe müsst sich ferner nach Art und Grad der jeweiligen Gefährlichkeit richten und nicht nach der Tatschuld. Individualpräventiv bestimmt, müssen etwa Lebensmitteldiebe gegebenenfalls in langjährigen Vollzug erleiden und dort zwangsweise eine Ausbildung durchlaufen.

Die präventiven Strafen sind auch, ähnlich wie die Sicherungsverwahrung vom Gericht *nicht zeitlich* begrenzbar. Aus generalpräventiverer Sicht entscheidet zudem die aktuelle Stimmung in der Bevölkerung mit über den Zeitpunkt der Entlassung aus dem Vollzug.

Beim rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB müsste dann auch der Gesellschaftsschutz ein überwiegendes Interesse bilden und zumindest bei „Leben gegen Leben“ ein zur Rechtfertigung hinreichendes zusätzliches Gewicht einbringen.

*Replik.* Diese Einwände treffen zu, und sie sind nur über die *Vereinigungstheorie* abzuwenden oder abzumildern. Deshalb gibt es auch kein reines Präventionsstrafrecht; die *Bürgerschutzrechte* bleiben seit *Feuerbach* unabdingbare Voraussetzungen. Aber sie und damit auch der Strafgrund der Gerechtigkeit, der Rechtsgüterschutz und das Schuldprinzip gehören ohnehin zum *Wesen unserer Verfassungsgesellschaft*. Sie und ihr „Wohl“ sind im *Gemeinwohl* im deutschen Sinne miterfasst und bestimmen die Art der Normen mit. Der Schutz der Menschenwürde und damit auch des Lebens eines jeden einzelnen Menschen stellt einen wesentlichen Teil der Identität der Verfassungsgesellschaft dar (Art. 79 III GG). Aber, in der Tat, der einzelne Mensch wird -danach- letztlich um der Verfassungsgesellschaft wegen und nicht um seinetwegen geschützt.

Zudem gilt es zumindest beim Mord und anderen *Kapitaldelikten* auch ein *leicht erhöhtes Rückfallrisiko* zu vermeiden. Außerdem rückt bei ihnen der *generalpräventive* Ruf nach vergeltender Gerechtigkeit für vorsätzliche Tötungen in den Vordergrund, samt der latenten Drohung mit Selbst und Lynchjustiz, und bildet ein gewichtiges staatliches Interesse.

5. Weitere Einwände und Antworten:

*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.[688]

Ausschwitztäter und DDR-Mauerschützen sind sozial integriert, sie müssten also straffrei bleiben.

Bei Massendelikten wie dem Diebstahl müsste man eigentlich für Wiederholungstäter lange und unbestimmte Freiheitsstrafen androhen (oder gar 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. Denn es handelt sich um eine Art von Mit-Herrscher-Tötung. Deshalb kann sich die demokratische organisierte *Allgemeinheit* auch *keine seltenen Mordfälle* leisten. Ein einzelner Mensch kann sich zudem -mit Bezug auf sein ganzes Leben- keine auch nur *leichte Erhöhung des Risikos* vorsätzlich getötet zu

688 So auch Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 35, der für die verfehlte Gewichtung der Strafen auf Bar, Probleme, 1864, 6, verweist, der damals schon auf das Problem benannt habe, dann den Mord milder bestrafen zu müssen.

werden, erlauben. Die Hemmschwelle von Menschen, Menschen zu töten, ist offenbar zwar hoch, aber sie ist zumindest bei einem Täter leicht gesenkt, der sie erst einmal überschritten hat. Er hat die Tat zumindest schon einmal „vor sich“ rechtfertigen können.

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 wäre *Lynchjustiz* in Ausnahmefällen zu erlauben.

Im Sinne schneller Justiz reichten nur *Verdachtsstrafen*, zumal wenn dringender Tatverdacht vorliegt. Auch sei mit *Folterstrafen* in Notfällen Mitwirkungen zu erpressen.

*Replik.* Dem ist -an sich- zuzustimmen. Aber diese Mängel vermeidet der *zusätzliche Rückgriff* auf das Kollektivgut der *Rechtsstaatlichkeit.* 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 als maßgeblich erweist sich das als *vernünftig* zu denkende Kollektiv der Allgemeinheit. Die Frage, die sie sich stellten 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 mich und meine „Nächsten“, also nicht für meine „Feinde“, als Strafe wollen?

Aber für die Untersuchungshaft genügt immerhin ein hinreichender Tatverdacht. Untersuchungshaft gilt nicht als echte Strafe; sie wird aber zu Recht, wenngleich aus unbenannten dogmatischen Gründen, auf die Strafe angerechnet.

Die schlichte Fortdauer der Untersuchungshaft befördert im Übrigen faktisch die Geständnisbereitschaft, weil ein Geständnis, von Rechtswegen eine neue Bewertung der Haftgründe erlaubt und zudem den Grundlage für eine günstige Legalprognose (für eine Aussetzung zur Bewährung und für

Vollzugslockerungen bis hin zur bedingten Entlassung) bietet. Sie gilt uns aber nicht als Folter, solange sie nicht gezielt dazu eingesetzt wird.

6. Zudem:

*Kritik.* Ein *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.

Dass diese Art von Vergeltung ethisch 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 Schuld*ausgleich* 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.

*Kritik*: Die erfolgreiche Strafverfolgung ist weit wichtiger als die Höhe der Strafe. An ihr aber fehlt es, nicht zuletzt, weil auch die Dunkelziffer immer noch hoch ist. Exemplarische Strafen ersetzen also effektive Tatermittlungen. Je geringer die mutmaßliche Aufklärungsrate einzuschätzen ist, desto höher und nachdrücklicher müssten die exemplarischen und somit symbolischen Strafen für nachgewiesene Taten anzusetzen sein.

Deshalb ist die Strafverfolgung zudem hoch selektiv, das heißt, Rechtsverletzungen werden also hingenommen, das Recht wird nicht umfassend geschützt.

*Replik*. In der Tat sind *folgerichtig* in Deutschland die Strafen seit 1888 immer milder geworden (damals rund 80 % Freiheitstrafe, derzeit rund 80 % Geldstrafen und Einstellung gegen Geldbuße), ohne dass das Staatswesen darunter gelitten hätte. Der *Prozess der Strafverfolgung* erweist sich offenbar wichtiger als Art und Höhe der Strafe.

Dennoch reicht ein hoch *selektives* Strafen im Bereich der mittleren Kriminalität. Denn deren *Wiederholungstäter* ermitteln wir auf diese Weise in der Regel. Auf sie, und nicht auf Gelegenheitstäter, haben wir es (offenbar und zu Recht) vor allem abgesehen.

*Kritik:* Um wenigstens die *Kapitaldelikte* umfassend aufzudecken, fehlt es in Deutschland an einer gründlichen *Leichenschau* durch neutrale Pathologen. Serienmorde in Kliniken und Heimen lassen eine hohe Dunkelziffer bei Morden an Kranken und Alten vermuten.

*Replik*. Bei konkretem Tatverdacht setzt das Strafprozessrecht erst ein und bei Tatverdacht auf Kapitaldelikte gibt es zumindest grundsätzlich einen hohen staatlichen Aufklarungsdruck. Gesetzliche Veränderungen bei der Erteilung des Totenscheins gehören zum Verwaltungsrecht, aber nicht zum Strafrecht.

7. *Fazit*. Die Einwände gegen den die präventiven Begründungen des Strafens zu erheben sind, erweisen sich als zahlreich und vermögen durchweg zu überzeugen. Die pragmatischen Antworten lauten zumeist, diese Mängel werden dadurch vermindert, dass diese Lehren auf dem Bürgerschutzstrafrecht gründen, welches von der Tatschuld ausgeht und dass somit neben den Zweck auch den Sinn stellt, also den Verbund zu einer präventiven Vereinigungstheorie anbietet.

Die Alternative, auf Sanktionen (Strafe und Maßregeln, Meiden und Ausschluss, Bußen und Opfern) gänzlich zu verzichten, stellt sich offenbar für keine größere Gesellschaft und jedenfalls für keinen Staat. Deshalb geht es offenbar nur um die Art und das Ausmaß der Sanktionen. Sie aber werden vom den Strafideen bestimmt.

Eine grundsätzliche Replik zeigt das Gewicht der präventiven Ideen auf. In der „ad absurdum“-Frageform lautet sie: Wer kann vernünftigerweise eine Strafe wollen, die nicht zumindest auch einen guten Zweck verfolgt?

Am Ende lässt sich also die
- materielle Idee des zweckblinden Tatschuldausgleich und
- ihr Verbund mit dem prozessualen Bürgerschutzstrafrecht und seinem *Tatbezug* (nullum crimen sein lege)

als *rechtsstaatliche Grundlage* betrachten.

Auf ihr wollen die strafrechtswissenschaftlichen Vertreter eines *sozialen Schuldbegriffs* aufbauen. Denn diese zweckfreie Grundlage reicht ihnen nicht. Sie wollen die zweckblinde Tatschuld mit einem präventiven *Strafzweck* überwölben und ausformen.

Die individuelle Leitidee der Menschenwürde erscheint ihnen als irrationale Verfassungs-Metaphysik, die auf ihre *systemische Funktion* heruntergebrochen werden muss.

Dabei setzen sie vor allem den *rechtssoziologischen* Systemgedanken sowie die *hegelsche* Idee der *Staatsgesellschaft und deren Rechtstrukturen* absolut,

Hier kann die Theorie abbrechen. Aber zur *offenen Wissenschaft* gehört auch eine kritische Philosophie, die über mehr Nachfragen verfügt, als die jeweiligen Theorie f*ür ihren Bereich* beantworten will oder kann.

So ist auch die kritische Frage zu stellen, ob die sozialliberalen Lehren nicht selbst verdeckt einer *finalen Nutzen- und Funktions-Metaphysik* folgen, die die Reichweite einer Physik, wie sie offenbar in Bezug auf die Abgrenzung zur Metaphysik gedacht wird, übersteigt. Mehr noch, kennt nicht auch die Evolution chaotische Freiheiten? Leben nicht jede Gesellschaft und jedes System mit und von den Prinzipien der Mutationen und der Emergenz, auch wenn sich viele Abweichungen am Ende nicht als nicht nützlich erweisen, und zwar auch nur in ihrer jeweiligen Umwelt?

Schließlich ist konkret zu fragen, ob nicht auch jeder *Entscheider*, auch als Gesetzgeber im Sinne des Rechtspositivismus von sein eigenen *Gestaltungsfreiheit* zumindest „ausgeht". Begreift er nicht sein Gesetz als souveränen kollektiven Willensakt und hat er nicht klug zwischen verschiedenen Handlungsalternativen, die seine „frei und eigenverantwortlich" ausgewählt? In der Demokratie muss dieses Freiheitsmodell dann auch für den einzelnen Bürger gelten.

## III. Abschluss: Begriffswelten von Prävention und Repression (*Niggli),* Gesamtbewertung

1. *Selbstkritik.* Alle Lehren bieten zwar 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.

Für sich allein betrachtet führen sie am Ende zum *Zerfall* eines jeden großen Ansatzes. Ein solcher Zustand würde zwar zunächst pragmatisch und praxisnah erscheinen, aber dann dem *staatlichen Missbrauch* die Tür öffnen. Insofern benötigen wir immer auch einen *einheitlichen* straftheoretischen Überbau, auch wenn er, wie alle abstrakten Ideen, vage und auslegungsbedürftig ist. So

verwenden wir seit *Aristoteles* sogar gern -in dialektischer Weise- *Dualismen*, die wir zudem im Alltag miteinander vermischen. Dazu zählt schon die Trennung zwischen „Zweck“ und „Sinn“ des Strafens, als *Prävention* und *Schuldausgleich*.

Aber in der Regel geben wir bei jedem (als solchem von uns anerkannten) Dualismus einer der beiden Angebote den Vorrang und nutzen den anderen dazu, dessen Einseitigkeit in der Praxis zu korrigieren.

2. *Reduktion der Komplexität.* Vor diesem Hintergrund ist zu versuchen, das Beziehungssystem von „Prävention und Repression“ auszufächern und mit einem weiteren vorrangig präventiven Ansatz aus der externen Sicht der Rechtsphilosophie abzurunden.

Der Schweizer Rechtsphilosoph *Niggli*[689] listet perfekt -und insofern ähnlich wie der staatskritische Kriminologe *Peter-Alexis Albrecht*[690]- diejenigen *Bipolaritäten* auf, zwischen denen wir uns zu bewegen haben. Er bietet eine Reihe von Polen, zwischen 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. So legt er 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 einsichtiges 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 Präventionsstrafrecht dominiert die Gesellschaft den Einzelnen. Das

689 Niggli, Strafrecht, plädoyer 2/14 , 1. Ebenso: Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff., 14.

690 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.

Maßregelrecht ersetzt das Schuldstrafrecht - 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*"[691] (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 westlichen Rechtskulturen gilt dies nicht in gleichem Maße.

Zudem leben wir in Wirklichkeit weder in der Vergangenheit des Schuldstrafrechts noch in der Zukunft des Präventionsstrafrechts, sondern in einer sich *ständig wandelnden Gegenwart*. Wir blicken regelmäßig zurück, um für die Zukunft etwas zu lernen, aber wir denken, handeln oder wir unterlassen

691 Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff., 51 (kursive Hervorhebungen nicht im Original).

jetzt. Die Tat interessiert uns heute immer noch, und zwar auch unmittelbar, weil der Täter immer noch stolz auf sie sein könnte, die Opfer noch leiden könnten. Dank unseres *Erinnerungsvermögens* dauert der Rechtsbruch weiter an, sodass wir ohne staatliche Reaktion an der Geltung des Rechtsgeltung -in der Gegenwart- zweifeln würden. Unser *Vorstellungsvermögen* sagt uns die Fortwirkung für morgen voraus. Das Leben in einer sich ständig wandelenden Gegenwart nötig uns dazu, Vergangenheit und Zukunft zu *denken* und sie ständig zu *verbinden*. Sie sind dabei aber beide nur als evolutionär erprobte *Hilfsmittel um zu leben* zu begreifen.

3. *Gesamtbewertung*. Trotz aller Kritikpunkte und den Repliken sind die Mängel eines Strafrechts, das sich ganz oder zumindest vorrangig auf die Idee der Generalprävention oder auf die Idee der Individualprävention stützt, offenkundig und auch altbekannt. Man kann sie allenfalls etwas herunterspielen. Beide präventiven Ansätze brauchen eigentlich *kein Tatstrafrecht* und auch nicht den vollen Nachweis von Tatschuld. Sie neigen deshalb innerhalb eines solchen Strafrechts dazu, dessen starre *rechtsstaatliche 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 dessen Schwächen ausgleicht.

Eine vorrangig *präventive Vereinigungstheorie* nutzt die Vorzüge und schwächt die Nachteile ab. Dazu setzt sie aber die Verfassungsidee des Bürgerstrafrechts gleichsam als ihr *Vorverständnis* absolut voraus, so wie es schon *Feuerbach* (nullum crimen sine lege) und *Liszt* (magna carta des Verbrechers) getan haben.

Aus der verfassungsrechtlichen Sicht, bevorzugt die präventive Straftheorie den Art. 20 GG und nicht Art. 1 GG, vgl. 79 III GG. Die westliche Verfassungsgesellschaft (Demokratie, Sozialstaat, Rechtsstaat) und ihr *Schutz* stehen im Mittelpunkt und umfassen *mittelbar* dann auch die subjektiven Grundrechte, voran die Menschenwürde-Idee des Art. 1 GG.

Dabei schlägt die *personale Freiheitsidee* die Brücke zwischen beiden Ansätzen. Denn sowohl der würdige Mensch als auch der souveräne Staat können als freie Akteure auftreten. Beide können allerdings auch ihre Freiheitsrechte

missbrauchen, sodass sie dafür einen Verfassungs- und einen Strafrechtsrechtsrahmen benötigen. Insofern verbindet auch die *Idee des Rechts* beide Positionen.

*Jenseits* der Vereinigungstheorie bleibt die Frage nach der Letztbegründung der Strafe. Regiert die *notwendige Vorbeugung* die *schuldgerechte Vergeltung* oder umgekehrt?

Das *Strafgesetzbuch* verwendet die Idee der *Individualprävention* erkennbar vor allem zur -gesonderten- *Milderung* und *nicht zur Begründung* der Strafe. Die Generalprävention tritt vor allem als der kriminalpolitische Grund für den Erlass von *Strafgesetzen* und im Rahmen des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung in Erscheinung. Grundsätzlich aber ist das Strafgesetzbuch als Schuldstrafrecht ausgeformt.

Zumindest zur Frage nach der *Begründung* des Strafens mithilfe der Individualprävention müssen wir also die Ebene des *geltenden Strafrechts* verlassen und fragen, welchen *höheren* Sinn und hier vor allem *Zweck* denn ein solches Strafrecht erfüllen kann und soll, ausdrücklich oder der Sache nach.

Welche könnten die -eigentlichen- Intentionen des ideal gedachten Gesetzgebers gewesen sein?

Sobald wir nach dem *Zweck* oder auch dem *Nutzen* suchen, stoßen wir auf gleich beiden Formen der Prävention. Die Idee der Individualprävention beruht dabei auf empirischen, also *rationalen* Grundlägen. Dadurch vermag sie die hochemotionalen Elemente der „Erschütterung der Rechtstreue der Allgemeinheit“ und ihrer verkappten Drohung mit *Selbst- und Lynchjustiz* zu bändigen und in zivilisierende Bahnen zu lenken.

Das heutige *gesetzliche Schuldstrafrecht* dient aus der Sicht der Prävention nur der ebenfalls *präventiven* Aufgabe des Bürgerrechts*schutzes*, also dazu, den Missbrauch der Strafgewalt durch den Staat zu verhindern. Es *regiert* -danach- also die Höchstidee der Prävention auch das gesetzliche *Schuldstrafrecht*.

Aber die Lehre vom Vorrang des gerechten Tatschuldausgleich wird antworten: Wer nach dem *Zweck* fragt, habe sich bereits auf Nutzenaspekte beschränkt. Vielmehr stecke auch hinter dem generalpräventiven Ansatz, den die Individual-prävention nur korrigiere, der „Ruf nach Gerechtigkeit“. Dann aber beherrscht die *Gerechtigkeitsidee* bereits die Drohung mit Selbst- und Lynchjustiz. Am Anfang stehe also doch das *Urbedürfnis* nach der *sinnvollen Gerechtigkeit*.

Dem wiederum werden die präventiven Lehren entgegenhalten, die Gerechtigkeitsidee sei auch nur ein, und zwar ein notwendiges, aber nicht ausreichendes *Mittel,* um Gesellschaften zu bilden.

Stellt aber Gesellschaft einen Selbstzweck dar oder dient sie nicht selbst, zumal in Demokratien, dem Einzelnen?

Vermutlich haben sich aus anthropologischer Sicht aber beide *gemeinsam* gebildet, die sich *selbst zivilisierenden* menschlichen Gesellschaften und die Idee von der menschlichen Gerechtigkeit. Schon derjenige einzelne Mensch, der sich in einem kleinen Teilbereich als frei und mächtig empfindet, und zwar auch frei zu dem, was wir als Verbrechen begreifen, kann und muss sich selbst zivilisieren. Wir Menschen sind auch soziale Wesen und wir fordern zugleich für uns selbst Gerechtigkeit.

## 8. Kapitel

## Gerechter Tatausgleich und individuelle Schuld

### I. Gerechter Tatschuldausgleich: Gerade-Richten, goldene Regel des Vergeltens, Tit for Tat, Strafidealismus

1. *Einführung.* Die dritte Säule der herkömmlichen Vereinigungstheorie ist mit dem *komplexen* Begriff des *gerechten Tatschuldausgleichs* zu umschreiben.

Der „gerechte Schuldausgleich" bildet seiner reinen Form nach einen „Selbstzweck". Er ist gut, weil gerecht und individuell, und zwar um seiner selbst willen. Dieser ethische Strafgrund wird somit *absolut* gesetzt (eine absolute Straftheorie). Als Leitidee der „vergeltenden Vereinigungstheorie" ist dem „gerechten Tatschuldausgleich" danach der *Vorrang* unter den Strafgründen einzuräumen.

Sein erster Wortteil, das „Gerechte" betont die Idee der Gerechtigkeit, die im Verbund mit dem Tatschuldausgleich *absolut* gesetzt wird. Die Gerechtigkeitsidee steckt auch im letzten Wortteil des *Ausgleichen.*

Die alte *Gerechtigkeitstheorie* stellt auch den historischen Urgrund dieser Lehre dar.. Zugleich ist das gerechte Ausgleichen mit dem humanen Schuldprinzip verbunden und wird von ihm weiter *ausgeformt*.

Systemisch betrachtet, konkurrieren und ergänzen einander also zwei Höchstideen, die f*ormale Gerechtigkeit des Gesetzes,* ohne Ansehung der Person, und die *materielle Schuld*, im Lichte der Individualität des Täters vor *Gericht*.

Um „die Gerechtigkeit" grob zu umreißen, bieten sich dabei vier Blickrichtungen an:

- auf die Grundidee *der Gerechtigkeit*,
- auf den *Maßstab* für sie,
- auf die notwendigen *Ergänzungen* sowie
- auf die Ausprägung im deutschen *Straf-Rechtsidealismus*.

2. *Grundidee der Gerechtigkeit.* Schon *Platon, Aristoteles*[692] und *Kant* sehen die Gerechtigkeit einprägsam als das *Gerade-Rücken von etwas Krummem*, und

[692] 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,

zwar je nach ihrem Blickwinkel staatspolitisch gewaltsam oder zivil und normativ.[693] Ist der Ausgleich *nicht in anderer Weise* zu erlangen, so ist strafweise vorzugehen. Das Ungerechte muss dann notfalls von einem machtvollen „Richter" gerade gerichtet werden. Im Wort „Gerechtigkeit" steckt also schon deren einfaches Leitbild.

Damit sind zwei Elemente der Form erkennbar, den die Vorstellung von *Recht* etwas *Richtigem* und die hoheitlich-legitime[694] *Macht* des Richtens (Rechtszwang).

Was fehlt, ist aber noch der Maßstab für das Richtige.

*Maßstab der goldenen Regel des Vergeltens: Grundlage* für den Maßstab bildet die *Tauschgerechtigkeit (iustitia commutativa).* Der ideale Vertrag vergilt und beruht auf dem Geben und Nehmen von etwas Gleichwertigem, und er setzt die Idee der Handlungsfreiheit voraus. Die Ideen von „Freiheit" und „Gleichheit" stecken also in diesem *positiven* Grundmodell des Tauschvertrages.

Im Strafrecht hat der Täter einer Rechtsperson etwas genommen, *ohne* etwas Gleichwertiges zu geben. Geschädigt hat er das individuelle Opfer bei den Individualrechtsgütern, die Gemeinschaft (vereinfacht das Staatsvolk) bei den Delikten gegen Gemeinschaftswerte, den Verfassungsstaat bei den Staatschutzdelikten, sowie stets auch den Rechtsstaat mit dem *Rechtsbruch* und dem *Rechtsgeltungsschaden*. Dieser Gesamtschaden ist bei schweren Rechtsgutsverletzungen nicht allein mit dem Zivilrecht oder mit dem Sozialrecht auszugleichen, sondern vor allem im Hinblick auf die *immateriellen Schäden* nur mit der *Strafbuße.* Diese Sühneleistung soll -insoweit- das Krumme „gerade richten", mit *Hegel* das Verbrechen „aufheben". Das schwere „Unrecht" und die elementare „Wertverletzung", die der Täter angerichtet hat, und zwar abstrakt nach dem Strafgesetz und auch konkret durch seine individuelle Straftat, sind vor allem nur strafweise „gerade zu richten".

---

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").

693 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 Krummen, 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.

694 Stübinger, Strafrecht, 2008 , 293. Ohne den Begriff eines *legitimen Rechts* lasse sich deshalb „*über Unrecht und Strafe schon im Ansatz gar nicht weiter sprechen*".

Lediglich derjenige, der auf das *Recht* und dessen Kern der ausgleichenden *Gerechtigkeit* überhaupt verzichtet, der kann sich vom Grundgedanken der *Vergeltung* lösen. „Vergelten" hängt mit „Geld" zusammen und vergelten kann und wird man deshalb auch gute oder nützliche Taten. Die positive Vergeltungsidee dient der *Kooperation* (do ut des, ich gebe damit du gibst).

Allgemeiner noch „Wie Du mir, so ich Dir" lautet die „*golden Regel*" der Ethik Das angloamerikanische „tit for tat stellt zudem auch eine für den Fall des sogenannten Gefangenen-Dilemma erfolgreiche Strategie der Spieltheorie dar, die auch die Evolutionsbiologie übernommen hat.[695] Diese Formel erfasst auch die negative Seite.

Die *negative* Vergeltung meint ein Übel mit einem Übel zu vergelten, und sie ist als Teil der goldenen Regel der Ethik von der Konnotation der „Blutrache" zu lösen. Das Übel besteht dabei in der Verweigerung der Kooperation, also dem E*ntzug von Handlungsfreiheit*. So bedeutet die blind-strengen Wechselseitigkeit oder das Reziprozitätsprinzip, den Betrüger, der etwas genommen hat, *ohne etwas zugeben*, solange nicht am Tauschen (oder generalisiert am freien Marktgeschehen) teilnehmen zulassen, bis er je nach Sichtweise freiwillig *Schadensersatz* oder *Buße* geleistet hat. Bis dahin entzieht ihm der betrogene *Partner* bis auf weiteres die „Handlungsfreiheit", generalisiert wird auf diesem *Markt* niemand mehr Handel mit ihm treiben, mehr noch der oder die Partner werden ihn selbst betrügen. Für den Betrüger gilt also intern, das „Vertragsrecht des freien Marktes" nicht mehr. Er ist von seinem Partner oder verallgemeinert von allen Marktteilnehmer gleichsam vogelfrei gestellt, wie ein Verbannter.

Zum Ausgleich muss er zuvor, aber auch nur einmal selbst „etwas geben (Geld, Waren, Dienstleistungen, also „Freiheiten"), ohne dafür selbst etwas zu erhalten". Damit aber hat er dann auch schon das kleine Marktvertrauen wieder verdient, eines Marktes, der ohnehin bei großen Verträgen gern mit Sicherheitsleistungen etc. arbeitet. Für Dauerschuldverhältnisse bedarf es zwar einer Bonitätsprüfung, aber jede Seite hat auch dann ein Grundbedürfnis an der

695 Zur Formel „Tit for Tat" siehe Axelrod, Evolution, 1984/2005, u. a. 99 ff. Dazu unter dem Titel: „Menschliches Verhalten und staatliche Strafe: Abschreckung, Kooperation und Verteilungsgerechtigkeit" Rodríguez Horcajo, Verhalten GA 2018, 609 ff., 611 („Mit Hinweis auf Axelrods tit for tat-Konzeption: „Tendenz des Menschen zur Kooperation"), 610 („Zwei für die Strafe ganz relevanten Gefühle; Gefühl der Verteilungsgerechtigkeit und Gefühl der Gegenseitigkeit"), zudem: 620 und 622 („Rechtsfertigung der Strafe sei „fair play"). Ausführlicher auch Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 327 ff. (7. Kap. III-V: „Gerechtigkeits-naturalismus" 1-3), insbesondere III („Gerechtigkeitsnaturalismus 1: „Druck und Gegendruck", „goldene Regel" und „Tit for Tat" als evolutionäres Kooperations-prinzip").

Kooperation und gibt deshalb dem anderen zumeist berechtigten Vertrauensvorschuss.

Das gerechte Strafen bildet also als negativer Teil der zweckblinden goldene Regel einen *Selbstzweck*. Aber aus der liberal-sozialen Sicht unterstützt es die Nutzen-Idee der Arbeitsteilung und mit ihr jede „Marktgesellschaft". Die negative Vergeltung unterstützt also die positiven Vergeltungsidee und mit ihr mittelbar auch *die Gesellschaftsidee der Arbeitsteilung*.

Insofern geht es auch noch *nicht* um *Metaphysik*, es handelt sich um eine Art der *Ökonomie*. Deshalb kann auch jeder *sozialliberale Ansatz* diese Grundidee übernehmen. Er geht dann noch weiter zurück und begreift vereinfacht das gesamte Recht als Teil eine marktähnlichen Sozialvertrages. Im Strafrecht werden dann das ungerechte Tun und der Preis dafür „frei" auf dem „politischen Markt" festgelegt. So stammt auch das englische Wort „Fairness" von fair als Markt.

3. Es fehlt jedoch eine „minimalethische" Korrektur oder auch *Ergänzung*.

*Ergänzung der strengen Gerechtigkeit.* Aber Gerechtigkeit darf nur nicht auf die strenge Gerechtigkeit reduziert werden. Sie muss zudem im Verbund mit der *Metaphysik* der Humanität (oder der altrömischen Billigkeit, der christlichen Barmherzigkeit, der hoheitliche Gnade oder der sozialen zuteilenden Gerechtigkeit oder aber dem Schuldprinzip) gelesen werden.[696] Vereinfacht geht es hier um die „*Solidarität"* und deren semireligiöser Hintergund. Diese Metaphysik dient allerdings zumeist, was wenig beachtet wird, nur der *Milderung* der streng-gerechten Strafen und *nicht* deren Begründung.

*Deutscher Strafrechtsidealismus.* Der deutscher Strafrechtsrechtidealismus von *Kant* und *Hegel abstrahiert* und *verabsolutiert* dieses Markt-Modell. Das Allgemeine steht für sie in unterschiedlicher Weise im Mittelpunkt

*Verallgemeinert* steckt die goldene Regel des Wie Du mir, so ich Dir im *kantschen kategorischen Imperativ*, in dem es die *allgemeine Maxime* für das

696 Dazu Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 11. Kap. I („Mehrschichtige Gerechtigkeit"), I 1 ( („*Uridee: wertblinder Ausgleich: Rechte und Pflichten*", I 2 („Ergänzung der Tausch- durch Zuteilungsgerechtigkeit"), I 3 („Ergänzung durch das Schädigungsverbot"), I 4 („Ergänzung durch die legale oder universelle Gerechtigkeit"), I 5 („*Fundmentale Kritik an der Strenge der Gerechtigkeit*"), I 6 (deshalb: „*Ergänzung durch Humanität (Gnade, Billigkeit, Barmherzigkeit, Vernunft, Liebe)"*); zudem II 2 („Dreifaltige Gliederung der Gerechtigkeit"), II 3 („Geistiges Dach und rechtliche Realität: Humanismus und Verfassungen").

eigene kluge Verhalten bilden soll. Dieser innere Imperativ bildet den individualethische Kern der deutschen Strafgerechtigkeit. Da *Kant* diese Einsicht an die Idee der eigenen *Vernunft* des Menschen zurückbindet, handelt sich (erst) in dieser zudem universellen *kantschen* Form um eine „Vernunftmetaphysik". Aber auch ihr praktischer und *liberal-sozialer* Ursprung bildet die *Tausch- als Marktgerechtigkeit.*

*Kant* versteht auch das *Strafgesetz* als einen *kategorischen Imperativ.*[697] Sein *allgemeines Handlungsgebot*, etwas gerade zu richten, steckt zudem auch im strafrechtlichen *Schuldprinzip*. Denn die Tatschuld steht mit *Art und Gewicht* des beeinträchtigten Rechtsgutes in einer engen Beziehung. Wir nutzen die Rechtsgüterlehre gerade auch für die Bestimmung des objektiven Unwertgehaltes, und zwar des Tatbestandes im Abstrakten wie im Konkreten des verschuldeten Unwertes. Aber die Grundidee dieses Übel *auszugleichen*, beinhaltet die uralte Idee der Gerechtigkeit, etwas gerade zu richten. Dieses Krumme, das gerade zu richten ist, stellt dabei vor allem das (allerdings vorwerfbare) *Unrecht* dar.

*Hegel* geht vom „*verletzten Allgemeinen"* aus und sieht „*die Versöhnung des Rechts mit sich selbst."*"[698] Die Strafe diene der „*Aufheben des Verbrechens*".[699] Damit verwendet er der Sache nach die einfache Vorstellung vom Gerade-Richten als *Restitution* (Wiederherstellung) des Richtigen.

4. *Fazit*: Damit ist der komplexe Begriff des „gerechter Tatschuldausgleich" ausgelegt, die einfache Rechtsidee des Gerade-Richten von etwas Krummen hervorgehoben, die goldene Regel des Vergeltens (Tit for tat) auch für das Strafen erklärt und auch an den deutschen Strafrechtsidealismus erinnert.

## II. Menschenwürde und Schuld; Gerechtigkeitsidee des *Bundesverfassungsgerichts,* der Strafgesetze und der Strafbemessung

1. *Bürger- und Schuldidee*. Den zweiten Kern des „gerechten Tatschuldausgleichs" stellt die Schuldidee dar, für dessen Einordnung einiges zu bedenken ist.

---

697 Kant, Grundlegung, 1785, AA IV, 421.

698 Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/199 , § 220. *„Statt der verletzten Parthei tritt das verletzte A l l g e m e i n e 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 S e i n i g e n findet."*

699 Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 101, 192.

Das Bürger-Strafrecht ist vorrangig auf den Bürger als Einzeltäter und heute auf den Menschen im Sinne des Art. 1 I GG ausgerichtet, der allgemein als autonomes Wesen begriffen wird und der konkret schuldfähig ist.

Ein solches Strafrecht will also vorrangig *nicht* über ein kollektives staatliches Systemunrecht richten. Es sanktioniert auch *nicht* das unrechtmäßige Verhalten von anerkannten Organisationen mit und ohne den Status von *juristischen Personen*, wie *Unternehmen, Verbänden, Kirchen* oder auch sozialen *Netzwerken* oder auch *unmittelbar* über *kriminellen oder terroristische Organisationen* im Sinne der §§ 129 a StGB.[700] Denn die stets mitangedrohte Freiheitsstrafe im Strafvollzug trifft immer einzelne *Menschen*. „Schuld" ist schon deshalb und auch nach dem derzeitigen moralisch-rechtlichen Verständnis nur von einzelnen Menschen zu erfahren und zu tragen.

Etwas anders gilt dagegen für die allgemeinere Idee der „Verantwortung". Antworten-Geben, d. h. auch eine Meinung bilden und kollektiv reagieren, können auch gesamte Kollektivpersonen und deshalb auch das deutsche Volk, etwa für und auf das Systemunrecht der Nationalsozialismus.[701]

Den Kern der höchstpersönlichen Schuldstrafe bildet zudem die *höchstpersönliche* Freiheitsstrafe. So ist die *nicht höchstpersönliche* Geldstrafe für mittlere und leichtere Kriminalität ist dem strafweisen Freiheitsentzug nach- und zugeordnet. Sie bildet formal eine andere *mildere Form der Freiheitsstrafe*, vgl. auch die Umwandlung von kurzer Freiheits- in Geldstrafe gemäß § 47 StGB oder auch die Ersatzfreiheitsstrafe für die nicht geleistete Geldstrafe gemäß 43 StGB.

Ein sozial-liberales präventives Sanktionensystem, das auf den eher *Personenbegriff* ausgerichtet ist, das auf eher auf die *personale Zurechnung* als auf autonome menschliche Schuld setzt, wird dagegen der *Erweiterung* des Strafrechts um ein weiteres *Sonderstrafrecht*, nunmehr etwa für Unternehmen und Verbände zuneigen (können). Dazu passt auch die folgerichtige direkte Verbindung mit dem *zivilen Deliktsrecht* in den USA, die den *Strafschadensersatz* (punitive damages) gegenüber Unternehmen einsetzen.

---

700 Seher, Verantwortlichkeit, 2015, 35 ff. („Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach staatlichem Systemwechsel. Der Umgang mit Umbrüchen in Deutschland, Brasilien und Südafrika") im Sammelband „Rechtliche Verantwortlichkeit im Konflikt".

701 Dazu aus dem Sammelband „Schuld": Hoven, Schuld 2017, 329 ff. („Schuld in Kollektiven I. Eine systemkriminologische Betrachtung") und Nestler, Schuld, 2017, 351 ff. („Schuld in Kollektiven II. Beteiligung am millionenfachen Mord – keine Schuld? (Auschwitz und die bundesdeutsche Justiz)").

2. Der Begriff der *Schuld* selbst ist aber *auslegungsfähig*, auch wenn vom deutschen Gesetzgeber über die §§ 17 ff, 35, 46 StGB konkretisiert. Das Wort Schuld geht 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*. Dem ist hinzuzufügen, dass Schuld zugleich ein Substantiv zu „sollen“ ist.[702]

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 Schulderfahrung erscheint also weder generell und noch auch für unseren Kulturkreis *nicht als geschichtsfrei.*[703]

Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass Worte wie „Verdienst” und „Schuldner” oder die Paarungen „Lob und Tadel” und „Belohnung und „Strafe”[704] die Vorstellung voraussetzen, wir könnten andere für ihr Handeln *verantwortlich* machen.

Der Begriff Schuld ist also zumindest nicht zwingend an die *Willensfreiheit* gebunden. Auch die *Zurechnung* durch andere oder durch die Gesellschaft könnte auch damit erfasst sein. Aber wir lesen üblicherweise die Schuld im Sinne der *Autonomie* der Menschen. Er hätte frei anders handeln können.

Der Begriff des *Schuldausgleichs* enthält erkennbar zwei Teile, die Schuld und den Ausgleich. Sie werden in der *Lehre* in der Regel *nicht* immer deutlich unterschieden.[705] Denn das *Sanktionsrecht* haben die Lehrbüchen zum Allgemeinen Teil vielfach ausgeblendet. So trennt auch das Strafurteil intern noch einmal zwischen dem abstrakten *Schuldspruch*, der vorwerfbaren Begehung des Tatbestandes und dem konkreten *Strafausspruch*, mit dessen Vollstreckung die konkrete Tatschuld ausgeglichen werden soll. Beides formt das *Strafurteil*. Schuld und Ausgleich gehören dennoch als ein dialogisches Paar zusammen. Die Schuld ruft nach dem Ausgleich und der Ausgleich fragt nach Art und Höhe der Schuld.

---

702 Vgl. Henke, Recht, 1988, 432 u. Hinw. auf Kluge, Wörterbuch, nunmehr Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011, Schuld, Sollen, Schild.

703 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, Schulderfahrung, 1975, 162 ff., 162

704 Dreher, Willensfreiheit, 1987, 396; Wiener, Persönlichkeit, ZfL 1987, 92 ff., 100.

705 Vgl. aber Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 21 („Vergeltungstheorie / Schuldausgleich“).

3. *Schuld- und Gerechtigkeitsidee des Bundesverfassungsgerichts.* Die beiden Elemente des „gerechten Schuldausgleichs“ sind verfassungsrechtlich betrachtet:

- die *Schuld*, wie vereinfachend anzufügen ist, im Sinne von Art. 1 I GG
- und der *gerechte Ausgleich*, etwa im Sinne des Rechtsstaatsprinzips gemäß Art. 20 III GG.

Deren beider Grundnormen sind unantastbar im Sinne des Art. 79 III GG und deshalb Bestandteil der deutschen „*Verfassungsidentität*“.

Das *Bundesverfassungsgericht,* dessen Ansichten insofern selbst in erheblichem Maße von der deutschen Strafrechtswissenschaft mitgeprägt sind, führt zur Schuldstrafe und auch zu deren Bedeutung aus:

„*Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ (nulla poena sine culpa) setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann.“*[706]

Zur Begründung fügt es mit vielen Eigenzitaten an:

„*Dem Schutz der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten (vgl. BVerfGE 45, 187 <227>; 123, 267 <413>).“*

Außerdem legt es sofort den Geltungsbereich fest*:*

*„Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne (vgl. BVerfGE 95, 96 <140>) sowie den Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367 <378>; 90, 145 <173>; 123, 267 <413>).“*

Auch in seiner Entscheidung zum europäischen Haftbefehl betont es:

„*Der Schuldgrundsatz ist somit zugleich ein zwingendes Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips (…). Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (...).*

---

706 BVerfG, Absprachen, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10, Rn 54. Zu “Schuld und Verfassung” siehe auch: Krehl, Schuld, 2017, 123 ff. .

*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 (…).“*[707]

Das *Bundesverfassungsgericht* verbindet also das Schuldprinzip (Art. 1 I GG) auch noch fest mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) und greift somit auf die beiden Kernnormen der Verfassung zurück (Art. 79 III GG). Soweit es allerdings *auch* auf die *Rechtsicherheit*[708]verweist, verwendet es mit der Ausgleichsidee auch ein generalpräventives Element.[709]

---

707 BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14, Abs. Nr. 55. Mit den Eigenzitaten: Es folgen hier die Sätze. „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 Schuldausgleich zu sein (vgl. BVerfG 45, 187 <253 f.>; 109, 133 <173>; 120, 224 <253 f.>; 133, 168 <198 Rn 55>).

708 Siehe erneut: 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 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>).

709 Dazu zusammenfassend und auch kritisch aus staatsrechtlicher Sicht: Bäcker, Gerechtigkeit, 2015 („Gerechtigkeit im Rechtsstaat: Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes"), 25 ff. („Die Radbruchsche Formel und das Bundesverfassungsgericht"), 112 ff („Gerechtigkeit versus Sicherheit"), 115 ff. („"Gerechtigkeit" im Grundgesetz“), 240 ff. (als Beschreibung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtstaatsprinzip: „Die Inklusion der Gerechtigkeit").

Empirische Nachweise, dass die 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*[710] anzusehen ist, brauchen -danach- *nicht erbracht* zu werden. Denn nicht der Zweck, sondern der *Sinn* regiert die *Rechtfertigung* des Strafens. Die immer noch hohe sogenannte lebenslange Freiheitstrafe für den Mord, die ein respektiertes soziales Leben übe lange Zeit unmöglich macht, ist danach schlicht gerecht, weil auch der Täter ein Leben ausgelöscht hat. Aber genauer noch, streng gerecht wäre für ihn eigentlich die Todesstrafe.

4. *Schuld im Strafrecht.* Das *Schuldstrafrecht* verwendet selbst nur Unterbegriffe der Schuld. Es sind

- die reine Schuld als *Vorwerfbarkeit* als solche im Sinne des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, §§ 17 ff., 35 StGB, im engen Verbund mit dem Unrechtsbewusstsein, als Vorwurf, der Täter hätte wegen seiner Parallelwertung in der Laiensphäre „anders handeln können und müssen“,
- das umfassende vorwerfbare Tatbestandsunrecht als das „*vorwerfbare Unrecht*“ (ohne Ansehung der Person: tatbestandmäßig, rechtswidrig und schuldhaft),
- die *höchstpersönliche Schuld* im Sinne der Strafzumessung gemäß § 46 StGB, die auch die individuellen Lebensverhältnisse, die Beweggründe sowie Vorstrafen und auch das Nachtatverhalten, wie das Geständnis, als Indizien für die konkrete Schuld bei Begehung der Tat, mitberücksichtigt,
- und der *Schuldspruch* des § 260 IV 1 StPO, der zwar meist nur die gesetzlichen Tatbestandsüberschriften des Besonderen Teils benennt, aber auch die Rechtswidrigkeit und Schuld ebenso mit umfasst wie die Prüfung

Mit der *Schuld* ist die *Rechtsfolge* der Strafe im engen Sinne, also ohne die Maßregeln des StGB, eng verbunden. Insofern geht es um den *Tatschuldausgleich.*

Der Ausgleich wird durch

- die allgemeinen Strafgesetze, insbesondere deren *Strafrahmen*, im Besonderen Teil vorbestimmt,

---

Bäckers rechtsfunktionalistische Kritik daran: 314 ff. (aus der diskurstheoretischer Sicht und im Sinne des Positivismus: „Die These der Gerechtigkeitsexklusion").

710 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“.

- die Konkretisierung der Schuld findet im Rahmen der Strafzumessung, gemäß § 46 I StGB als Strafzumessungsschuld, statt und schafft die Grundlage für den Strafausspruch.
- Der Ausgleich selbst liegt in der Vollstreckung des verhängten Strafübels.

Die *konkrete Höchststrafe* ragt heraus und betont zudem den Begriff der „*Schwere der Schuld*“:

§ 57 a I StGB lautet insoweit:
*„Das Gericht setzt die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn*

*1. fünfzehn Jahre der Strafe verbüßt sind,*

*2. nicht die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung gebietet…“*

Das Strafgesetzbuch beschreibt ansonsten die Tatbestände vorrangig *halbabstrakt* als typische oder Regelschuld im allgemeinen Sinne und verbindet sie mit einem weiten *Strafrahmen* (bis auf den Mord, § 211, vgl. aber auch die §§ 21, 49 und 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* Delikten zu berücksichtigen, auch muss er das Gewicht etwaiger Vorstrafen mitabdecken können.

Diesen Strafrahmen *konkretisiert* und *individualisiert* das *Gericht* dann „in Ansehung der Person“. Die, wie es im Gesetz heißt. „Grundlage“ für die konkrete Höhe der Strafe, die das Gericht zumisst, bildet die konkrete Schuld des Täters, § 46 I StGB.

Für die enge Verbindung von *Strafbegründung* und *Strafbemessung* ist mit *Köhler*[711] der deutsche Ahnherr *Feuerbach* zu zitieren:

„*Die Gründe der Strafbarkeit in abstracto sind zugleich die Gründe der Strafbarkeit in concreto*“.

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 Tatunrecht, sondern auch die *Person* des Täters zu betrachten hat.

---

711 Köhler, Strafrecht AT, 1997, 38, u. Hinw. auf Feuerbach, Grundsätze, 1842, 196 ff. sowie auf Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 101.

Zwar könnte man etwa mit *Hörnle* die Strafzumessung als nachrangig ansehen. Wer die Schuldidee aus der Strafbegründung verdrängt, für den liegt dieser Schritt nahe. Er verbietet sich aber für diejenigen, die sich zu einem *Tatschuldstrafrecht* bekennen. Jedenfalls erweist sich die Strafe, früher die „Pein", als etwas Konkretes und auch mit dem *Bundesverfassungsgericht*[712] soll man zumindest „*Androhung, Verhängung und Vollstreckung*" als eine Einheit verstehen. Aus dem Gesetz ergibt sich zumindest diese Verbindung.[713]

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.

5. *Einzelnes zur Strafbemessung.* Für die Strafbemessung hat das Gesetz ist die eine *tatschuldvergeltende Vereinigungstheorie* verwendet, und sie dabei zu einer *Schuldrahmentheorie* ausgeformt, § 46 I StGB. Danach bildet die Schuldidee ausdrücklich die „Grundlage" der Strafbemessung, aber sie formt nur einen *weiten Rahmen,* die die Tatgerichte mit den *höchstpersönlichen Gründen*, aber auch zusätzliche präventive, ausdrücklich mit *individualpräventiven Zukunftserwägungen*, auszufüllen haben.

Ergänzt wird dieser vage Schuldrahmen im *Revisionsrecht* durch die *Spielraumtheorie*. Nur die *Tatgerichte* kennen den *Inbegriff* der Hauptverhandlung, nur sie urteilen „in Ansehung der Person" des Angeklagten, § 261 StPO. In ihren Händen liegt also vor allem die konkrete Strafbemessung. Lediglich in Fällen von vergleichsweise besonders hohen oder unerwartet niedrigen Strafen können die Revisionsgerichte die Strafaussprüche als rechtsfehlerhaft aufheben, weil die schriftlichen Urteilsgründe sie nicht tragen. In der Regel ist faktisch damit gemeint, dass die Strafe *nach Aktenlage* zu hoch oder zu niedrig ist. Ihre erneute Festsetzung durch ein anderes Tatgericht wäre zwar möglich, aber nur mit besonders guten *zusätzlichen* Gründen schlüssig zu begründen. Das neue Tatgericht darf dabei vermuten, dass der erste Spruchkörper sich bei der Strafzumessung nicht nur leicht, sondern „in der Oktave" vergriffen hat.

712 BVerfG, Inzest, 120, 224, 242

713 Vgl. auch BVerfG, Absprachen, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10. Aus dem 1. Leitsatz. "…schließen es aus, … die Grundsätze der Strafzumessung zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen".

Eine präventive Begründung, mit der das Tatgericht konkludent oder gar *ausdrücklich* den Schuldrahmen verlassen will, ist ebenfalls rechtswidrig.

4. *Fazit*. Den Begriff der Schuld erweist sich sprachlich für die Prävention offen, auch wenn er vorherrschend individualethisch verstanden wird. Die besondere Sicht des *Bundesverfassungsgerichts* auf die *Schuld* und ihre Ableitung vor allem aus der Menschenwürde ist ebenso aufgezeigt wie die einschlägigen deutschen Strafgesetze und die Art der gerichtlichen Strafbemessung.

## III. Sonderthese: 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 und eine notwendige Bedingung gesetzt. Jedoch folgt aus der Schuld noch *nicht unmittelbar* die Buße. Es muss im nächsten Schritt die Idee des Sühnens oder des *Ausgleichens* hinzutreten.

Nahe liegt es dabei -meines Erachtens-, klarer zwischen *Tat-Ausgleich und Täter-Schuld* zu trennen und

- den gerechten Tat-Ausgleich als Form der *strafbegründenden* Gerechtigkeit zu lesen und
- die Schuld des Täters als Art der *strafmilderden Humanität* zu begreifen.

Die Gerechtigkeitsidee meint das blinden Ausgleichs des verschuldeten Unrechts und es *legitimiert* -danach- vorrangig, wenn auch nicht allein die Strafe.[714] Ausgeglichen wird entweder „um der Gerechtigkeit selbst“ zu genügen oder um den Unrechtszustand zu heilen, also zur *Restauration*. Die Schuld betrachtet den Täter als Menschen und mildert zumindest vorrangig und dabei erheblich, die streng gerechte Tatunrechts-Strafe.

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 „Ausgleichen“ stellt dabei an sich nur ein anderes Wort für das „Vergelten“ dar. Aber dessen Konnotation erinnert uns ungern an kriegerische Blutrache und

[714] Zum Überblick siehe Hörnle, Straftheorien, 2011, Rn 49, in der Lehre wird neben der Prävention zum Teil auch unmittelbar auf die 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.

wilde Selbstjustiz. Im Gegensatz dazu verbinden wir mit dem Ausgleichen einen zivil-vernünftigen und geordneten Vorgang.

Auch sind beim Verständnis der humanen *Tatschuldstrafe* die eigentlichen Folgerungen der strengen Gerechtigkeit mit zu bedenken, etwa die der Todesstrafe für die Mordtat, würde die Gerechtigkeit als vergeltenden Wechselseitigkeit beim Mord die Todesstrafe erfordern. Sie zu vollstrecken geschähe auch im Sinne der strengen Moralität von *Kant*. Ebenso haben wir uns bei grausamen und erniedrigenden Gewalttaten ebenfalls die Vergeltung von *Gleichem* mit *Gleichen* vorzustellen.

An die Stelle der Ergänzung der strengen Gerechtigkeit um die alten *Barmherzigkeit* im Sinne von *Thomas von Aquin* tritt die -nunmehr- die Idee der *Humanität*, und mit ihr zudem auch die vor allem in der Menschenwürde gegründete Schuldidee. Aber sie selbst begründet, wie schon die Barmherzigkeit oder die Gnade, *nicht* die gerechte Strafe, sondern sie beschreibt das zivilisatorische Maß für den *Verzicht* auf die an sich blind gerechte Reaktion mit dem Gleichwertigen im vollen Umfange.

Der strafbegründenden Gerechtigkeit steht also die strafmildernde Humanität entgegen. Beide bilden, wie schon „Recht und Gnade“ ein pragmatisches Paar, das am besten zusammen auftritt. (Formal entspricht es der Paarung von emotionaler Generalprävention, als grundsätzlicher Strafbegründung, und der rationalen Individualprävention, mit der Auswirkung von erheblichem Strafmaßverzicht im Konkreten.)

Diese Lesart der Trennung von strafbegründender ausgleichender Gerechtigkeit und mildernder Schuld bildet eine *Sonderlehre*, die aber beachtliche Vorzüge bietet, indem sie unter anderem das Dilemma der Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit in einem milderen Licht erscheinen lässt.

2. Anhaltspunkte für sie sind auch im allgemeinen Sprachgebrauch, etwa auch dem des *Bundesverfassungsgerichts* zu finden. So trennt sprachlich auch das *Bundesverfassungsgericht*, wenn es erklärt:

„*Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen*.“

„Schwere der Tat“ und „Verschulden“ lassen sich also *auseinanderhalten*. Das Verfassungsgericht folgert dann erst im nächsten Satz für beide Elemente *gemeinsam*: „In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein.“

Auch im Wort vom „gerechten Schuldausgleich“ ist noch beides getrennt zu finden, die Idee der Gerechtigkeit und die Idee der höchstpersönlichen Schuld, also vor allem das Maß der Vorwerfbarkeit, das auszugleichen ist. Ähnlich setzt für die Schuld im Sanktionenrecht auch *Streng* an.[715]

3. Die hier vertretene Sonderthese lautet also*:* Durch die gesetzliche *Schuldelemente* (*im weiten Sinne, einschließlich der Fahrlässigkeit*) findet nur, oder zumindest vorrangig, eine Strafmilderung statt. So sind die gesetzlichen Normen der §§ 15 bis 21, 35 II StGB auch formal nur auf eine Strafmilderung hin ausgerichtet.

Schuldsteigernd, zumindest als strafschärfende *besondere persönliche Merkmale* im Sinne des § 28 II StGB, wirken zwar nach *herrschender Lehre* die Mordmerkmale, wie die *niederen Beweggründe* in § 211 StGB. Dies gilt aber auch nur, wenn und weil man den nachfolgenden Totschlag gemäß 212 StGB vorrangig aus guten *begriffsformalen* Gründen als den eigentlichen *Grundtatbestand* liest[716] und wenn man § 211 nicht mit *dem Gesetzgeber* den Vorrang einräumt und den Totschlag und demgemäß §§ 212, 213, als ethisch und *kriminalpolitisch nachrangige* Delikte einstuft. Auch die *Rechtsprechung* begreift den Mord im Hinblick auf die besonderen persönlichen Merkmale des § 28 I StGB zumeist als ein *Sonderdelikt*.[717].

Als Maß gebend für die *Straftheorie* erweist sich ohnehin vor allem ein anderer Blickwinkel. Der Umstand, dass der Mord die *Höchststrafe* des Strafensystems nach sich zieht[718], führt dazu, dass er zum *Vergleich* für die Strafen bei allen anderen Kapitaldelikte heranzuziehen ist und ausdrücklich auch für die besonders schweren Fälle des Totschlags in § 212 II StGB[719] gilt. Die einfache vorsätzliche Tötung wiegt Demnach noch weniger schwer als der Mord. Diese *Abstufungen* sind fortzusetzen: Danach ist auch die provozierte Tötung, Körperverletzung mit Todesfolge und die fahrlässige Tötung schon von Gesetzes wegen vor allem *milder* zu bewerten als der Totschlag oder gar der Mord.

---

715 Streng, Schuld, 2017, 221 ff. („Schuld und Sanktion“, er sieht die "Strafgleichheit als Gerechtigkeitspostulat" und er trennt und verbindet zugleich "Schuldvergeltung und gerechte Strafe").

716 Statt vieler: Kindhäuser, LPK-StGB 2017, § 28 Rn 6 f.; Hoyer, SK-StGB 2017, § 28 Rn 18 ff.

717 Vgl. dazu BGHSt 50, 1, 5.

718 Ausführlicher Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff. , 375 ff.

719 BGH MDR 1977, 638.

Der Mord steht zudem an der Spitze der Delikte, die *Individualrechtsgüter* schützen. Der Strafrahmen -und die konkrete Strafe- für den Diebstahl muss im Verhältnis zum Raub und dieser *im Verhältnis* zum Raubmord (aus Habgier) stehen.

Näher zu überprüfen wäre zwar die Frage, ob nicht die persönliche *Schuld* bei Intensiv- und Rückfalltäter nicht doch auch *gesteigert* erscheint, etwa wenn sie statt einer Geldstrafe wie bei der ersten Tat nunmehr eine mittelfristige Freiheitstrafen auferlegt erhalten. Dazu muss aber der Rückfall noch vertieft erörtert und vielleicht auch anders, etwa als Verbund mit den Vortaten gedeutet werden.

Aber entscheidend sind für das Strafensystem ohnehin die *Höchststrafe*, und zwar für den Mord an einem *Menschen* (Art. 1 I, 2 II GG). Gleich anzufügen ist, dass das Gesetz schlüssig auch (fast) dieselbe Höchststrafe für den seltenen gewaltsamen Angriff auf den deutschen Verfassungsstaat (Art. 20 I bis III GG) vorsieht, den Hochverrat gem. § 81 StGB und sein Rechtsgut damit als den höchsten *Gemeinschaftswert* ausweist.

Damit ergeben sich *zwei Delikts- und zwei Strafstufensysteme*, die der Individualrechtsgüter, die verfassungsrechtlich mit Art. 1 I in Verbindung mit Art 2 I GG verbunden sind und die *Gemeinschaftswerte*, die insgesamt und die verfassungsmäßige Ordnung und deren Grundlagen betreffen (§ 81 StGB, Art. 20 I-III GG).

Innerhalb dieser *beiden Systeme* lässt sich im ersten Schritt das blind gesetzliche *Tatbestandsunrecht* mit seinem Strafrahmen bestimmen und danach die Schuld des Täters in Ansehung desselben. Dabei sind die *Strafrahmen* selbst auch *humanisiert* und darauf ausgerichtet, dass sie Mitmenschen betreffen. Sie enthalten also auch schon eine zivilisierte Milderung gegen über einem blindgerechten Vergelten im Sinne von Auge um Auge“.

4. Als starkes Argument für diese Sonderlehre erweist sich der *historische* Hintergrund.

Denn Grundlage für den Verzicht auf die grausamen Köper- und Todesstrafen ist die Idee der *bürgerlichen Freiheitsrechte* gewesen, die die Möglichkeit von *Freiheitsstrafe* überhaupt eröffnet: in der Antike, in den protestantischen Handelsstädten und als demokratische Staatsidee. Wer in die deutsche Rechtsgeschichte blickt, sollte auf den bereits humanen Umgang mit der Todesstrafe und mit grausamen Strafen seit der Peinlichen Halsgerichtsordnung von 1532 sehen. Der *Humanismus* hat zu einer fortwährenden Milderung geführt. Aber erst die *allgemeinen* Freiheitsrechte konnten überhaupt den Weg

zur allgemeinen Freiheitsstrafe eröffnen und ihn dann später mit dem Anspruch auf einen humanen *Behandlungsvollzug* verbinden, so wie er in den ersten bürgerstädtisch „Zuchthäuser“ (Zucht als Erziehen durch und zur Arbeit) schon mit angedacht war.

Oberherrlicher 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 ebenfalls, aber ohne Rechtsanspruch. Allerdings schon die strenge Gerechtigkeit bot einen Fortschritt. Im Sinne der Bibel war der Ausgleich von „Auge und Auge“ darauf beschränkt und verboten damit zu Beispiel die Tötung. Der Ersatz dieser Talion durch die *Buße* stand immer auch zusätzlich im religiösen Angebot.

Von dieser strengen aber immerhin schon gerechten Strafe aus, die die *Todesstrafe* mitumfasst, findet dann die weitere Milderung statt. Die deutsche Gnadenpraxis hat das *Bundesverfassungsgericht* verrechtlicht[720], und zwar als Aussicht auf bedingte Entlassung, § 57 a StGB, mit der Entscheidung zur lebenslangen Freiheitstrafe im Jahre 1977. Dort hat es auch vergleichsweise auf die im Grundgesetz abgeschaffte Todesstrafe hingewiesen.

Mit dem Verzicht auf die Todesstrafe und grausame Strafen haben wir also die *Idee der Humanität* bereits ins *Recht* übertragen und damit einen gesonderten *Rechtsverbund* der „humanen Gerechtigkeit“ entwickelt. Sie erschwert es uns allerdings, die Trennung zwischen streng gerechter Tatvergeltung und mildernden Täterschuld noch im Strafrecht zu erkennen. Aber Tat und Täter unterscheiden wir wiederum dennoch.

Auf dem Wege über das Grundgesetz von 1949 und dessen Auslegung durch das *Bundesverfassungsgericht* ist die Schuldidee *zusätzlich* vor allem in der Menschenwürde des Art. 1 I GG verankert. Die Schuld erhält auf diese Weise ein besonders starkes Eigengewicht und steht nunmehr dem Rechtstaatsprinzip und seinem Gerechtigkeitskern, zumindest *gleichrangig* gegenüber.

Setzt man dennoch Gerechtigkeitsgedanken absolut, so muss man von der *strengen* Gerechtigkeit, der *iustitia commutativa* (der Tauschgerechtigkeit, des do ut des oder Wie Du mir, so ich Dir) abweichen. Und auch dafür hält die Gerechtigkeitslehre ein Angebot vor. So kann man diese Art des humanen Schulausausgleichs auch als Form die *zuteilende soziale Gerechtigkeit* begreifen. Dazu ist dann unsere *gesellschaftliche* Selbstsicht als *Strafende*

720 BVerfG 45, 187 ff.

maßgeblich. Denn auch wir sind Täter, sogar noch im Wortsinne „Straftäter“, denn wir Demokraten sind die *Täter des Strafens*.

Die Frage an uns selbst lautet: Wollen wir, die demokratische Allgemeinheit, auch noch den Mörder, humanistisch als unseren *Nächsten* und würdigen Mitmenschen verstehen oder gilt er uns als Feind? Und diese Frage haben wir mit der Verfassung beantwortet.

Die zuteilende Gerechtigkeit meint üblicherweise das Geben von etwas *Unverdientem.* Sie entspricht damit ihrerseits vielfach dem Anliegen der *Humanität*. Auf der Ebene der Gerechtigkeitslehren finden wir also gleichfalls eine *analoge* Aufteilung vor, die in verdientem Tatausgleich, im positiven wie im negativen, und im Gewähren von humaner und solidarischer Überlebenshilfe.

5. *Fazit*. Der moderne Begriff des Schuldausgleichs enthält also, was nicht immer hinreichend herausgestellt wird, *bei näherem Hinsehen* zwei Teile, (1) das höchstpersönliche *Schuldprinzip* und (2) das am Taterfolg ausgerichtete Ausgleichs- oder *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.[721] Die Rechtsstaatsidee der Gerechtigkeitsidee führt zur *Strafbegründung*. Zu strafen ist (kategorisch) geboten, weil die strenge *Gerechtigkeit* dies erfordert. Die Menschenwürdeidee erzwingt nunmehr die *Strafmilderung* auf der Verfassungsebene. Das Strafen muss dem 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 *empathische Barmherzigkeit*,

---

721 Aus der Sicht des Strafrechts: Ellscheid/Hassemer, Strafe, 1970, 27 ff., 45 (der Grundsatz der praktischen Konkordanz stelle „*eine Synthese des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit einem Wertpluralismus dar, wie er unserer Verfassung entspricht*"); Scheffler, Grundlegung, 1987, 123.

zumal gegenüber den Nächsten, und wir können sie dann auch zum allgemeinen Gesetz, etwa als Menschenrechte, erheben und die Todesstrafe verbieten.

## 9. Kapitel

## Einzelfragen: Sühne und Buße, strikter Tatbezug und besondere Strafzumessungsschuld

### I. Gerechte Sühne: soziales Versöhnen und freiwillige Buße - Strafidee und Strafmilderungsgrund

1. „Schuld und Sühne“ bilden eine altbekannte Paarung[722] und die Sühne erscheint dabei als die gerechte Folge der Schuld. Mit der Sühne wird die Schuld *ausgeglichen*, und zwar als Sühne auf der säkularen Ebene entweder von der Gesellschaft oder vom Täter selbst. Schuld und Sühne erweisen sich dabei zunächst als *vom Recht losgelöst* und enthalten Elemente der *Selbst-Reinigung*. Aber auch das Recht greift diese *ethischen* Begriffe auf. So begreifen wir auch die Geld-Buße als Mittel zur Befriedung.

Das *Bundesverfassungsgericht* verwendet, wie zu zeigen war, häufig das Wort von der *Sühne*.[723]

In der Fassung von *Lackner/Kühl/Heger* dient die Strafe dazu, die *Sühne*

„*durch Annahme und Verarbeitung des Übels zu ermöglichen und dadurch die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung und die Verantwortlichkeit des Täters für ihre Verletzung herauszustellen*“[724].

Sie fügen an,

„*weil die Strafe durch ihren Appell an die Verantwortlichkeit dem Wesen des Menschen namentlich seinem, in besonderer Weise gemäß ist*“.

Der Täter also wird mit der Strafe zur Sühne im Sinne *Hegels* als ein Eigenverantwortlicher geehrt. Er ist also eine vorstaatlich freier Mensch, also auch im Sinne der Allgemeinen Erklärung der Menschrechte. Zur Sühne kann er deshalb auch nunmehr auch Bußleistungen vornehmen, mit den er *Freiheiten* opfert oder auch den Kreis seiner „Verantwortlichkeiten“ einschränkt.

---

722 Vgl. etwa Maurach, Wesen, 1960, 26 ff.. im Sammelband „Schuld und Sühne. Dreizehn Vorträge über den deutschen Strafprozeß“; Wagner, H., Verbrechen, 1966 („Das Verbrechen bei Dostojewski: eine Untersuchung unter strafrechtlichem Aspekt“), etwa 114.

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

724 Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2018 § 46 Rn 1 unter Hinweis auf BVerfG 96, 245. 249; BVerfG 105, 135, 153; BVerfG 109, 133, 167.

Die Sühne übt, nach heutigem säkularem 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.

Dennoch 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“.*[725]

Es handelt sich im Kern tatsächlich um eine Art von freiwilliger Schuldübernahme und eigentlich um die Idee der Selbstbestrafung im Sinne von *Kant*.

Das mag man als irreal oder religiös kritisieren.[726] Aber wir verlangen immerhin schon das *Unrechtsbewusstsein* des Täters. Außerdem ist die Idee der Sühne über die Paarung mit Schuldidee mit der Vorstellung von der *Autonomie* des Täters verbunden. Wer sich selbst Gesetze gibt oder solche als Laie verinnerlicht, der wird zumeist auch das ausgleichende Strafen grundsätzlich anerkennen oder aber er muss es als Teil des Rechtsystems akzeptieren, in dem er als Erwachsener freiwillig lebt (im Sinne einer abgeschwächten Sozialvertragsidee).

Die Autonomie ist 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). Da die Strafbarkeit der Tat vorher gesetzlich bestimmt ist (§ 1 StGB, Art. 103 II GG), verwirkt er bewusst mit der Tat schon die Strafe und muss dann für sie büßen.

---

725 Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011 § 7 Rn 10, unter Hinweis auf Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 206.

726 Vgl. auch Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 23 (”sühnende selbstverantwortete Übernahme der Schuld”); aus theologischer Sicht siehe Gründel, Umgang, 1993, 423 ff., 432: Theologisch gesehen bedeute Sühne ”*wesentlich Versöhnung, zunächst Versöhnung des Schuldiggewordenen mit der Gemeinschaft und der Gemeinschaft mit dem Straftäter, dann und vor allem aber auch Versöhnung mit dem, zu dem im letzten alle Schuld als Sünde erscheint: mit Gott. Solche Versöhnung kann weder verdient noch erzwungen werden. Sie bleibt geschenkt. Gerade dies ist die zentrale Aussage des christlichen Erlösungsglaubens, dass Gott in Jesus Christus die Menschheit mit sich versöhnt hat*”.- Siehe dazu auch Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 3, Rn 10; Murmann, Grundkurs, 2019, § 8 Rn 27.

Der Täter ist also als ein „*geistig-sittliches Wesen*“ grundsätzlich zur Unrechtseinsicht und zu *höchstpersönlichen Sühne* fähig und darauf gründen wir die Schuldstrafe.

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.[727] Diese *Sühneverträge* dienten also der *Versöhnung*.

Auch sprachlich stammt das Versöhnen vom Ver-Sühnen.[728] 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“).

Vom Täter ein Sühnen seiner Tatschuld zu verlangen, ist somit auf die Strafe durch *Buße* und auf die *Versöhnung* hin ausgerichtet.

Das Sühnen enthält deshalb auch 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 *höchstwürdigen Wesen Gott* durch die freiwillige Übernahme von Buße in ein weltliches Modell transformiert. Denn der säkulare Täter, dessen *Unrechtsbewusstsein* wir prüfen, ist seinem *Selbstbewusstsein* und auch seinem Gewissen gegenüber verantwortlich. Er ist ein *höchstes 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 Sippenverbände. Sie will mit der Sühne *nach innen* die *Befriedung*

---

727 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.

728 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“).

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 von seiner Herkunft aus dem vorstaatlichen Sippenrecht her zugleich auch auf die Opferseite ausgerichtet ist. Die Bußleistung besteht dann in der *Opferung von persönlichen Freiheiten*. Wird das Ziel nicht erreicht, so sind mit neuen Taten weitere Opfer zu erbringen, solange, bis der Täter sich rechtstreu verhält.

Vielen menschlichen 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 staatlichen Schuldstrafe und dem zivilen 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 Geld*buße* zu verstehen ist. Auch erlaubt ein gelungener Täter-Opfer-Ausgleich, die Strafe (noch einmal) zur Bewährung auszusetzten. *Fischer* sieht mit Blick auf den Täter-Opfer-Ausgleich, § 46a StGB, zu Recht eine Entwicklung weg von der (hoheitlichen) Unrechtsbewältigung und hin zu einer (privaten) *Konfliktbewältigung*.[729] Der Allgemeinheit reicht dann die Versöhnung zwischen Täter und Opfer nur in den schweren Fällen nicht mehr, wenn ohne sie eine nicht aussetzbare Freiheitsstrafen von über zwei Jahren schuldangemessen wären. So ist diese Art der Sühne damit verbunden, dass der Täter sich (a) wieder dem Recht *unterwirft* und seine Schuld dadurch aktiv verarbeitet, dass er (b) den schwierigen Bußweg

[729] Fischer, StGB-Kommentar, 2019, § 46a Rn. 3 a. E.

eines solchen höchstpersönlichen Ausgleiches beschreitet. In den schwereren Restfällen bewirkt der halbfreiwillige Täter-Opfer-Ausgleich deshalb eine Strafmilderung und führt in der Regel auch zu Vollzugslockerungen.

Für schwere Taten bleibt es aber bei der Schuldstrafe in Form des zu *vollstreckenden Freiheitsentzuges*. Diese Art der *Schuldstrafe* dient vor allem der Versöhnung mit *sich selbst* als einem „geistig-sittlichen Menschen" und mit der *Allgemeinheit.* Dies ergibt sich auch aus den beiden Aufgaben der Strafe. Intern ist präventiv verstanden, die *Resozialisierung* zu betreiben, also für die Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu sorgen. Sie gelingt aber *nur mithilfe und Einsicht des Gefangenen selbst*. Ansonsten bleibt es beim passiven *Erleiden* des Vollzug. Extern geht es präventiv gedacht, darum, die Allgemeinheit und ihr Gerechtigkeits- und Strafbedürfnis zu befriedigen, also Rechtsfrieden durch Sühne oder Buße zu schaffen. Aus der engeren Sühnesicht heißt es: Das Verbrechen wird durch die Verbüßung der Strafe in Anlehnung an *Hegel* aufgehoben. Die Sühne, also das Strafleid, gleicht die Tatschuld aus.

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 *persönlichen 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 wäre ohne sie 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 damit das Bild des elterlichen Verhaltens gegenüber einem unmündigen Kind.

Vor allem in den vielen Fällen eines Geständnisses[730] werden Elemente der höchstpersönlichen Schuldübernahme, der Sühne und Buße erkennbar. Die Vereinbarungen im Strafprozess gem. § 257c StPO lassen sich dann auch als *Versöhnungsverträge* deuten. In der Praxis stellt diese Art der „reuige" Schuldübernahme und damit das Akzeptieren der Strafe als Buße seit langem einen Strafmilderungsgrund (im weiten Sinne und einschließlich der Strafvollstreckung) dar.

5. Die Idee der Sühne bietet mehrere 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. Im Sinne des kategorischen Imperativs muss er auch anderen Menschen die Würde und das Recht auf ein gutes und soziales Leben zuerkennen muss. Dabei stellt *Kants* kategorischer Imperativ auch nur die Verallgemeinerung und die Verinnerlichung der uralten goldene Gerechtigkeitsregel des „Wie Du mir, so ich dir" dar. Der Täter verstößt mit der Tat also gegen seinen eigenen Gerechtigkeitssinn. Er *korrumpiert* sich also selbst.[731]

Deshalb muss er sich mit sich selbst versöhnen. Zusammen mit der Strafbuße - 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 begreift -in der Regel, bis auf die Überzeugungstäter- die kernstrafrechtlichen Verbotsnormen, wie „Du sollst nicht töten!", „Du sollst nicht stehlen!" als eigene. Er will in der Regel auch weiterhin ihre Geltung, und zwar aus realistischer Sicht jedenfalls dann, wenn sie ihn selbst und seine Nächsten schützen.

Verfassungsrechtlich und mithilfe der Menschenwürde-Idee eingefärbt: Versöhnen muss der Straftäter sich mit seiner I*dentität* als vernünftiger oder würdiger Mensch, der sich als das „geistig-sittliches Wesen" versteht, als das ihn das *Bundesverfassungsgericht* sieht.

*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).

730 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"):

731 Köhler, Strafe, 1986, 29, 34, 63.

*Psychologisch*. Deshalb wird ein Täter auch bei der Tat typischerweise besondere Gründe (er-)finden, weshalb das Recht insoweit nicht für ihn gilt. Er setzt aus sozialpsychologischer Sicht die bekannten *Neutralisierungstechniken* (*Sykes/Matza*)[732] ein. Dazu dehumanisiert der Täter sein Opfer, etwa als minderwertig Asozial, als Tier oder als Unmenschen oder er rächt sich vorgeblich an der Gesellschaft etc.[733] Planende Täter, die das Grundmuster für das Strafrecht bilden, vgl. §§ 15 ff. StGB, sehen sich also gehalten, ihre Verbrechen sich vor sich selbst zu rechtsfertigen und sie, und wir alle, kennen dazu Techniken. Wir erfinden, auch gern im Kleinen, gute Ausnahmegründe für schlechte Taten. Wir vollstrecken zudem mit allen unseren Taten, den guten wie den schlechten, den nützlichen wie den unnützen, in der Regel unsere höchsteigenen „Werturteile".

*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 geständige Täter die Schuld übernimmt und sich wieder zum Recht bekennt. Auch deshalb ist die Strafe zu mildern.

*Gesellschaftlich*: 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 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.

*Teleologisch*. Der vage Begriff des Sühnens ist letztlich *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

---

732 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. Etwas 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. Kap. E.

733 Aus der Sicht des Verfassers: Montenbruck, Mittelwelt, Zivilreligion IV, 2014/2018, 5. Kap. („Psychologische Realität der Dehumanisierung: Aggression, Strafe und Neutralisierungstechniken", 143 ff.).

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.

6. *Kritik der autonomen Sühne*. Der Betroffene empfindet aber 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*[734] und etwa auch *Krümpelmann*, der gleichfalls auf Sühne setzt,[735] konstatieren deshalb zu Recht, jedenfalls faktisch sei die *Strafe* ein *Übel*, das einen *Schmerz (Pein, poena)* bewirke.[736]

Dass Strafe nicht nur vorrangig ein Angebot zur Sühne und Versöhnung darstellt, sondern einen *Eingriff* in die Freiheit der Täter, bestätigt das *Bundesverfassungsgericht* selbst, wenn es sie als diejenige *Reaktion auf die Unrechtstat* behandelt, die sie hauptsächlich darstellt.

7. *Differenzierung und Fazit.* Wer hingegen vorrangig von der *gerechten Vergeltung* ausgeht, für den erweist sich das zusätzliche Angebot zur autonomen Sühne, das mit dem Angebot der *Strafmilderung* verbunden ist, nicht als Strafbegründung. Die Strafe erweitert (!) vielmehr den *Freiraum* des Verurteilten. Sie schränkt ihn nicht ein. Denn die „gerechte Strafe“ hat er *mit der Tat*, die die *Seine* ist, bereits *verwirkt* (vgl. Art 103 II GG).

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 Verantwortungsidee, wie sie etwa das Christentum verwendet.

---

734 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.

735 Krümpelmann, Probleme, GA 1983, 337 ff., 441.

736 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.

So ist zu trennen, die allgemeine Idee der Sühne beruht zwar auf dem Vergeltungsgedanken, erstrebt aber die Versöhnung und mit ihr die Befriedung. Insofern bildet sie *einen Strafgrund* und ist auf *zwei Strafzwecke* hin ausgerichtet.

## II. Vorzüge der Schuldidee: Wahrheitserforschungspflicht und Individualisierung, Auswirkungen auf den Tatbegriff

1. Nachfolgend sind einige Vorzüge der (Doppel-)Strafidee vom gerechten Tatschuldausgleich aufzuzeigen.

*Wahrheitserforschungspflicht*. Mit der Idee vom Tatschuldausgleich geht die Pflicht zur Wahrheitserforschung im Strafprozess einher. Denn nur auf eine *nachgewiesene* 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*[737] 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 prozessual gilt das *Legalitätsprinzip*, die Pflicht zu Strafverfolgung. §§ 152 Abs. 2, 160, 163 StPO. 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 am

[737] 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").

Ende des Erkenntnisverfahrens eben eine *Tat* vorliegen und nicht nur ein erheblicher *Tatverdacht*.[738]

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* präventives Maßregelrecht, das nicht untrennbar an das *Schuldstrafrecht* gebunden ist, wäre ein bloßes Polizeirecht, für das der Nachweis von Gefahren, liest ein konkreter Tatverdacht, ausreicht. Es wäre für staatlichen 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 Gefahrentatbestände* aus, was *Jakobs* als einen Teil des *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 mit der abstrahierten Vergeltung eines Übels mit einem gleichwertigen Übel zum „Schuldausgleich" bietet unübersehbare Vorzüge.

- So ist die *Schuld* heute mit dem Bild von dem für seine Taten verantwortlichen, also im Willen freien Menschen verknüpft ist (Art. 1 GG). Früher war es mit dem Bild vom freien Stadt-Bürger und dem Bürgerschutzstrafrecht verbunden, und ohne die Bürgeridee ist die westliche Demokratie nicht zu denken.
- 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 Schuldstrafrecht dem Täter überhaupt nicht an.

738 Frister, Schuldprinzip, 1988 („Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts"), 77 f. („als prozessuale Konsequenz der Schuldstrafe"). Zudem: Kargl, Wahrheit, ARSP 2019, 171 ff., ("Wahrheit, Überzeugung und Wissen im Strafverfahren. Über die Voraussetzungen der Erkenntnis im Schatten des Zweifels").

- 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.
- 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 und wichtige rechtstaatliche Folge des Schuldprinzips.

3. *Tatbegriffe*. Wenig beachtet, verknüpft die Idee des Tatschuldausgleichs nicht nur zwei eigenständige Prinzipien miteinander: (a) die abstrakt-blinde Tatvergeltung und (b) die individuellen *Vorwerfbarkeit*, sondern auch ihre jeweiligen *Tatbegriffe* sind zu unterscheiden.

Tatvergeltung meint den Ausgleich eines *Übels* mit einem anderen *Übel*, „Auge um Auge". 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. Die Tat in diesem engen Sinne schließt deshalb den *Erfolg* mit ein (Erfolgsstrafrecht, kausale Handlungslehre).

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 Schieflage 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 wäre dann in widersprüchlicher Weise mit einem realen Strafübel auszugleichen, wenn sich -ausnahmsweise- einmal um zu *vollstreckende* längerfristige Freiheitstrafe handelte. Geldstrafe dagegen verfügt noch einen überwiegend symbolischen Charakter. Bei schweren erfolglosen Gefährdungsdelikten von Terroristen passt deshalb die Gefährder-Idee im Sinne einer feindstrafrechtlichen Sicherungsverwahrung im weiteren Sinne.

Der Schuldvorwurf wirft dem Täter dagegen die *Entscheidung* für die *Handlung*, also nicht die Verursachung des Erfolges vor (finale Handlungslehre). Für sein „Handeln" 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 wiederum ist der Erfolgseintritt nur die Folge der *Handlung*. Nur sie wäre also zu bestrafen[739] 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 gesetzliche deutsche Strafrecht der Praxis, das auf einer vergeltenden Vereinigungstheorie beruht, *verbindet* beides. Es kennt sowohl (streng-gerechtes) *Erfolgs*-, als auch (autonomes) *Handlungsstrafrecht* und erfasst beides je nach den Tatbeständen mit dem Begriff der vorsätzlich-schuldhafte und rechtswidrigen „Tat".

4. *Kurzes Fazit.* Die Idee des gerechten Tatschuldausgleichs verfügt also, wie jede der großen Strafbegründungen, über beachtliche Vorzüge. Aber sie irritiert mit den Grundideen der Sühne und Buße und der Idee einer autonomen Selbstbestrafung. Insofern bedarf sie noch *zusätzlicher* Zweck-Erläuterungen präventiver Art.

## III. Sinn und Kritik der gesonderten Strafbemessungsschuld (Tatschuld plus Vorstrafen und Geständnis)

1. Die sogenannte Strafbemessungsschuld ist nachfolgend gesondert anzusprechen.

Von der Schuld als gesetzlicher *Strafbegründung* gemäß §§ 17 ff, 35 StGB ist damit zur *konkreten* Strafzumessung hinüber zu wechseln.

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:*

*die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende,*

739 Zum Streit um die Bewertung des Handlungserfolges und die Bedeutung des Handlungsunrechts siehe Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 10 Rn 88 -101.

*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.“*

Hier hat der Gesetzgeber einzelnen Elemente der Schuld (mit-) beschrieben, zu denen im weiteren Sinne auch noch der *Vorsatz* oder die *Fahrlässigkeit* gehören, (§ 15 StGB). Zudem aber 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 erlaubt eine beachtliche 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.

Insofern stellen Gesetz (und Praxis) offenbar die Idee von der *Tatschuld* in Frage.

Demgemäß trennen *Achenbach* und die ihm folgenden Autoren folgerichtig zunächst einmal die *Strafbegründungs*- von der *Strafbemessungsschuld*.[740] Die Schuld, die die *Strafe rechtfertige*, sei die reine Tatschuld. Es ist dann das *verschuldete Tatunrecht*, die unrechtsbezogene Schuld auf der abstrakten Ebene

[740] Vgl. Achenbach, Grundlagen, 1974, u.a. 2 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 426; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2018, 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“). Fischer, StGB-Kommentar, 2019, § 46 Rn. 53 f; Kinzig-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. §§ 38 ff., 18; Radtke-MK StGB, 2017, vor §§ 38 ff, 14 ff.

der gesetzlichen *Tatbestände*. Schuld und sein Gegenstand, das Unrecht, werden zusammengefasst und vom Gericht dann konkretisiert nach Maß und Art.

Von dieser Strafbegründungsschuld setzt diese Lehre die gesonderte *Strafbemessungsschuld* im Sinne des § 46 StGB ab. Bestimmten *Vor – und Nachtatverhalten*, vor alle die strafschärfenden *Vorstrafen* und das nachträgliche strafmildernden Geständnis bilden die beiden wesentlichen zusätzlichen Elemente. Beiden ist eigen, dass auch sie „Taten" darstellen, bei Vorstrande handeltes sich Straftaten und beim Geständnis handelt es sich um ein Sprachakt, *sozialwirksame* Äußerung, die zudem Bezug nimmt auf die Haupttat und die „Person", besser die Persönlichkeit, des Täters in einem anderen Licht erscheinen lässt.

2. Die Praxis findet der notwendigen Bezug zur *Tatschuld* über die *Indizkonstruktionen* statt, ohne dass die Praxis sie methodisch ausdrücklich als solche einzuordnen.[741] Die Vorstrafen werden bei der Tatschuld (zumindest auch deshalb) miterfasst, weil der Täter sich *bei Begehung* der Tat die Vortrafen „*nicht habe zur Warnung dienen lassen*". Das nachträgliche Geständnis wiederum stellt ein Indiz dar, und zwar hier 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 könne. Wer die Tatschuld im Sinne des gesetzlichen Tatbestandes zum Hauptmaßstab erhebt, muss diesen Weg gehen und das Vor- und Nachtatverhalten auf die Haupttat beziehen.

Aber hinter dem Tatschuldprinzip steht das Problem, dass nicht Taten, sondern individuelle Menschen als „Täter", betraft werden. Sie sitzen im Vollzug, nicht ihre Taten.

So heißt es auch für die in der Praxis wichtige Tatmehrheit und die Gesamtstrafenbildung in § 54 I 3 StGB, die auf einer *zweiten* Stufe und *nach* der Bestimmung der *Einzelstrafe* für jede Einzeltat stattfindet.

„*Dabei werden die Person des Täters und die einzelnen Straftaten zusammenfassend gewürdigt*".

Die *Persönlichkeit* des Täters ist bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen. Das Gesetz geht zwar ohne Ansehung der Person vor, das Gericht aber *individualisiert* Tat und Täter. Es stellt auf den einzelnen Menschen

741 Meier, B.- D., Nachtatverhalten, GA 2015, 443 ff., 445 (zur „Indizkonstruktion"), 447 („sowohl Schuld- als auch Präventionsgesichtspunkte"), 449 ff (zum Geständnis).

als Rechtsperson und als Rechtssubjekt ab. Auch die einzelne „Tatschuld“ betrifft den einzelnen Menschen.

Hinter der Idee von der Einzeltatschuld steckt die Sorge vor einem *Täterstrafrecht* im nationalsozialistischen Sinne, der die Täter als eine Art von *Untermenschen* begreift. Deshalb hat der deutsche Staat die unantastbare Menschenwürde auch des Straftäters zu achten. Der Täter ist wegen seiner Tat zu bestrafen. Die *rechtspersonale* Freiheit (Art. 2 GG) kann dem Täter genommen werden, aber seine *Menschenwürde* ist dabei zu achten (Art. 1 I GG). Allerdings ist die *einzelne Person*, die das Gericht zu würdigen hat, doch zugleich der besondere Mensch, der vor ihm steht. Es muss versuchen, ihn, soweit als möglich und auch noch zusammenfassend, nur über *seine Taten* zu würdigen.

Bei *gewichtigem* Vor- und Nachtatverhalten sollten die Tatgerichte m. E. den Mittelweg der *Tatmehrheit offen* anwenden und letztlich ebenso fiktiv wie für die Bildung von Einzelstrafen gem. § 54 StGB *auch bei § 46 StGB zweistufig* vorgehen.

- Im ersten Schritt wäre danach offen *nur* die „Einzeltatschuld“ zu bestimmten.
- Danach erst sind das Vor und Nachtatverhalten zu gewichten und „die Person des Täters und sein Vor- und Nachtatverhalten zusammenfassend zu würdigen“.

Die klassische Lehre von der gesonderten *Strafzumessungsschuld* erkennt die Problematik zutreffend. Sie weitet aber mit einer *Aufspaltung* des Schuldbegriffs schlicht die zu *prüfenden Sachlage* über die echte Tatschuld hinaus aus. So stützt sie sich zwar auf das Gesetz, das für die typisierte Tat in der Regel einen recht weiten Strafrahmen vorsieht, aber sie betrachtet nicht mehr nur die individuelle Tatstrafe. Ein zweistufiges Vorgehen analog zur Tatmehrheit würde auch ihr helfen, mit den zwei Arten oder eben besser den beiden Stufen der Schuld umzugehen: der echten „Tatschuld“ und der zusammenfassend würdigenden „*Personenschuld*“ als *Gesamtstrafe* analog zu § 54 StGB.

Wer die Dreifaltigkeit von Gesetz, Urteil und Vollzug zwar in ihren Ausrichtungen unterscheidet, aber für die Straftheorie dennoch als eine große Einheit betrachtet, der muss in jedem Falle auch die umfassende „Strafbemessungsschuld“ in das Menschen-Schuld-Konzept im Sinne des gerechten Tatschuldausgleichs mit einbeziehen. Auch die *Indizkonstruktion* bewertet auf ihre Weise das Vor und Nachtatverhalten. Der „gerechte Tatschuldausgleich“ ist für die straftheoretische Schuldlehre und auf der Ebene des Strafurteils also in diesem weiten Sinne der Strafbemessungsschuld zu lesen.

Dass es daneben noch einer abgetrennten Strafbegründungschuld bedarf, erscheint zweifelhaft. Denn die Schuldidee, die sich aus der Autonomie des Menschen und seiner Würde ableitet, meint immer schon auch eine Beziehung von einem individuellen Menschen mit einer eigenen *Persönlichkeit* und seiner individuellen Tat. Allerdings gilt es, den Menschen „über seine Taten" zu bestimmten. Dazu gehören, wie § 46 II StGB belegt auch das Vortatverhalten Tatbezug, vor allem einschlägige Vorstrafen, und das Nachtatverhalten, vor allem das Geständnis.

3. *Zusätzliche* p*räventive Deutung.* Zudem muss es sich bei *Vorstrafen* und *Geständnis* nicht zwingend *ausschließlich* um *Schuldelemente* handeln. Die Indizkonstruktion erscheint zwar methodisch nötig, denn alles von Gewicht für die Strafbemessung muss auf der „Grundlage" der Tatschuld" deutbar sein. Auch ist diese windige Indizkonstruktion noch gerade vertretbar; und das kann im Recht ausreichen. Aber man kann Vorstrafen und Geständnis nicht nur als verkappte Tatmehrheit anlog § 54 StGB deuten, sondern zusätzlich auch *präventiv* rechtfertigen.

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 der Sanktionen nicht einmal 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.

Stets sind *eigenständige* Taten, auch wenn über einen *Tatbezug* verfügen. So handelt sich tatsächlich um eine besondere Art von *Tatmehrheit* und um eine Art von allerdings *verkappter Gesamtstrafenbildung*, bei der jede Einzeltat zunächst und sie danach zusammenfassend zu würdigen sind.[742]

[742] Montenbruck, Strafgründe, 2018, 235 ff., 247 ff ("Geständnis als Nachtatverhalten, verbüßte Tat als Vorstrafe: verkappte Gesamtstrafenbildung").

4. *Fazit*. Das Strafgesetzbuch bestimmt, dass Schulderwägungen die „Grundlage“ für die Strafbemessung bilden müssen. Deshalb muss auch das Vor- und Nachtatenverhalten, weil es die Strafzumessung wesentlich mitbestimmt, zumindest auch auf die Schuldidee hin ausgelegt werden, und zwar über eine Indizkonstruktion. Präventive Deutungen von Vorstrafen und Geständnis sind gut zusätzlich möglich, müssen dahinter aber zurückstehen.

Rechtsmethodisch vergleichbar mit der Präventionslehre, die einen „sozialen Schuldbegriff“ einführt, verwendet die Lehre vom gerechten Tatschuldausgleich in ihrem Bemühen um dogmatische Klarheit den Begriff von der weiten „Strafzumessungsschuld“. Sie will ihn von der straftheoretischen „Strafbegründungsschuld“ als der engen Tatschuld absetzen. Diese Aufspaltung erscheint für das Bürger-Tatstrafrecht als sinnvoll. Aber für die Begründung der Bestrafung von würdigen Menschen mit höchsteigenen Persönlichkeiten ist sie nicht zwingend erforderlich.

*Tatmehrheit*, die auf die „Person“ des Mehrfachtäters abstellt, kennt das Gesetz auch sonst, § 54 StGB. Eine Zweistufen-Lösung bei der Strafzumessung, zunächst eine strengen Tatstrafe und danach eine Art von Gesamtstrafe, bietet den Mittelweg.

Die Person des Täters und seine Einstellung zum Recht gewinnt damit an Gewicht.

Um aber der Gefahr eines Täter-Gesinnungs-Strafrechts zu entgegen, müssen beim verfassungskonformen „gerechten Tatschuldausgleich“ die *Tatbezüge* offenkundig bleiben. Bestimmbare Taten müssen die „Grundlage“ der Strafzumessung bilden.

## 10. Kapitel

## Grundlegende Sonderlehren zu gerechtem Ausgleich und individueller Schuld

### I. Strafbedürfnis und Vergeltung (*T. Walter*); Ich-, Du-, Wir-Gerechtigkeit und deren Negation; demokratische Eigenverantwortung der Strafenden

1. Über die Fragen von gerechtem Ausgleich und individueller Schuld ist noch einmal jenseits des Herkömmlichen, aber weiterhin noch innerhalb des deutschen Verfassungssystems nachzudenken. Nachfolgend sind dazu nacheinander die folgenden *Sonderlehren* vorzustellen.

(I) Strafbedürfnis und Vergeltung; Ich-, Du-, Wir-Gerechtigkeit und deren Negation; demokratische Eigenverantwortung der Strafenden

(II) Ausgleich von unberechtigten Herrschaftserfahrung durch human abgemilderte Ohnmachtserfahrung,

(III) Staatliche Strafe und autonome Einwilligung in das Strafrisiko,

(IV) Einwilligung und dreistufige gerechte Strafbegründung - legale, schuldgerechte und zugeteilte Strafe,

(V) Rechtskultureller Vorrang von Würde und Sittlichkeit, Schuldfähigkeit des Menschen als geistig-sittliches Wesen.

2. *Strafbedürfnis und Vergeltung*. Die Naturalisten und die Soziologen werden das offenbar existente Bedürfnis nach Vergelten aus der *Natur* und der *Gesellschaft* ableiten; denn diese sind ihre Letztbegründungen. Das empirische Gerechtigkeits- und damit auch Strafbedürfnis ist für sie zwangsläufig von natürlicher oder gesellschaftlicher Art.

So verbindet *Tonio Walter*[743] beides. Er geht von den

[743] Walter, T., Strafe, 2016 aus dem Verlagsabstract. Zudem Walter, T., Vergeltung, ZIS 2011, 636 ff. („Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik“); Walter, T., Grundlagen, 2019, 45 ff., mit dem Titel: „Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungstheorie“ im Sammelband „Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung“.

„*empirischen Erkenntnissen zu den Vergeltungsbedürfnissen der Menschen aus und stellt die soziologische These auf, dass eine Gesellschaft nur stabil bleibt, wenn sie diesen Bedürfnissen Rechnung trägt. Prävention und Resozialisierung sind zwar gleichfalls legitime Ziele staatlichen Handelns – aber kein Strafzweck. Und mit dem Strafzweck der Vergeltung geraten sie oft in einen Zielkonflikt, der nur mit einer Abwägung zu bewältigen ist.*"

Dazu können die Naturalisten und Soziologen auf den *evolutionären Nutzen* des Kooperations- und Strafprinzips des „Tit for Tat" hinweisen. Die Verhaltenspsychologie steuert den Gedanken der Veranlagung schon der einzelnen Kleinkinder zur Kooperation bei.

Verfassungsrechtlich gewendet setzt *Walter*, wie auch *Kaspar* mit seiner empirischen Generalpräventionslehre, beim Demokratiebegriff und dem Strafen im „Namen des Volkes" an, Art. 20 I GG. *Walters* Ansatz zielt dann aber auf den *Rechtstaatsgedanken* des Art. 20 III GG. Danach *unterwerfen* sich auch der Staat und seine Verfassungsgesellschaft der Idee des Rechts.

Aus empirischer Sicht geschieht dies deshalb, weil die Bevölkerung ein starkes Bedürfnis nach „Recht und Gerechtigkeit" offenbart. Wird dagegen verstoßen, gilt es, den alten Rechtszustand mit dem Vergeltungsprinzip, soweit möglich, wiederherzustellen. Dieses Bedürfnis offenbar *natürlich-emotional* im Menschen angelegt und *kulturell* ausgeprägt ist, so erweist es sich auch über die deutsche Verfassung hinaus als *verallgemeinerbar*. Es umfasst die gesamte *westliche Rechtskultur* (etwa auch als Rule of Law).

Der zusätzliche Gedanke des Schuldstrafrechts, dass die *Vergeltung* vorrangig das schuldhaft verursachte Unrecht betrifft, ergibt sich daraus, dass das Strafbedürfnis wie das Strafrecht im Kern auf die *Vorsatztat* und damit die *Vorsatzschuld* ausgerichtet ist[744], auch wenn die Bevölkerung noch schärfer von *absichtlichem* und *egoistischem* Verhalten sprechen wird.

Dem unzivilisierten *Egoismus* der anderen gilt es, Schranken zu setzen, weil man auch selbst darauf verzichtet. Man weiß sich aber grundsätzlich selbst zur egoistischen Gewalt, List und Treubruch fähig. Auch können die Angst und die Empathie mit den Opfern blinde Gegen-Aggressionen auslösen. Die Möglichkeit rechtsfreier Räume könnte den gewaltbereiten Menschen und Kleingruppen den Anlass dazu geben, ihre Macht in verdeckter egoistischer Weise lokal zu demonstrieren. Alle diese Emotionen gilt es zu kanalisieren.

---

744 Walter, T., Kern, 2006 („Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum"), insbesondere 81 ff, 84.

Diese an sich *generalpräventive* Begründung, dass nur mit der staatlichen Strafe die private Selbst- oder Lynchjustiz zu verhindern und dass nur so der Zerfall des Staates in stammesähnliche lokale Bürgerwehren abwenden sei, steht zwar im Hintergrund. Aber dieser Strafgrund ist nunmehr anders zu gewichten. Das Bedürfnis nach Justiz, hier also nach *Vergeltung,* und seine *natürliche* Kraft setzen sich in den westlichen Gesellschaften durch, die sie noch weiter ausprägen. Die Verfassungsgesellschaft muss danach dem Gerechtigkeitsprinzip *zu Diensten* sein. Es regiert sie.

*Kritik*. Zunächst einmal hat die Bevölkerung *innerhalb* dieses Denksystems der Bedürfnisse auch das *Bedürfnis*, die *guten Gründe* für staatliche Gewaltakte gegen sich, seine Nächsten und Seinesgleichen (die Peers) zu erfahren. Die Hinweise auf „Recht und Gerechtigkeit" sowie ein „faires Verfahren" gehören ebenso dazu wie die Betonung des (präventiven) Schutzgedankens. Auf privater Ebene sind es die *Notrechte*, die ebenfalls und schon im Wort beides verbinden, den Schutz und das gerechte Recht.

Was drittens noch fehlt, ist das Gnaden-Element der verzichtenden *Humanität* in der Reaktion, das sich aus der *Empathiefähigkeit* der Menschen und damit auch der „Bevölkerung" ergibt.

Aber der Doppelkern des *Rechts* besteht in der *Rechtsetzungshoheit* und in der *Gerechtigkeit des Ausgleichs*. Das spricht seit jeher für den strafrechtliche Vergeltungsgedanken und die Straf-Gerechtigkeitstheorie. „Die Menschen" hegen durchweg das Bedürfnis nach „Recht und Gerechtigkeit" innerhalb der „Gleichen und Nächsten".

Dass die Vergeltung als Form der Gerechtigkeit auch einen Teil der Ethik und mithin von *Metaphysik* bildet, tritt bei einem sozial-empirischen Ansatz allerdings weit zurück. Dabei ist die Moralität des Menschen (als geistig-sittliches Wesen) mit der Idee der Menschenwürde ebenfalls in der Verfassung verankert. So gilt für das Wesen des deutschen *Rechts* das Grundgesetz und dessen zumindest kulturell akzeptierte und zumindest also normativ zugrunde zu legende *Menschenbild* des Art. 1 I GG in Verbindung mit Art. 2 I GG. Danach kann der Mensch, einzeln und kollektiv, seine *Bedürfnisse* mit seiner Vernunft *beherrschen* und seine Gesellschaften auch unterschiedlich ausgestalten. Er kann, aber muss nicht Vergeltung üben.

Deshalb benötigt er zumindest *zusätzlich* zum gesellschaftlichen und emotionalen Druck zu strafen auch gute, also vernünftige Gründe. So sollen nicht Natur oder Gesellschaft oder die Psyche des Menschen allein im Mittelpunkt stehen, sondern zwar nicht nur, aber immer auch die Klugheit.

Anderenfalls wäre der Mensch fremdbestimmt und es bedürfte für das Strafen keiner echten Gründe.

Wer gar mit der Verfassung *vorrangig* von „Recht und Freiheit“ *ausgeht* und wer sie anderen mit dem Straf-Recht entziehen will, wer also nicht stattdessen die Natur, die Gesellschaft oder die Psyche als sein eigentliches Leitsystem „absolut“ setzt und ihr das Recht unterwirft, dem gelten Recht und Freiheit als *Selbstzweck*. Sein Staat ist der demokratische Rechtsstaat der Freien und sein Menschenbild setzt mit dem *Bundesverfassungsgericht „die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann.“*[745]

Er vertritt, weil er klug die anderen Gesichtspunkte zusätzlich mit einbezieht, um mit ihnen das harte „gerechte Recht“ vernünftig zu *korrigieren,* zur Begründung der Strafe eine „vergeltende Vereinigungstheorie“.

2. *Ich-, Du-, Wir-Gerechtigkeit und deren Negation.* Auch deshalb ist zu fragen, aus *welchem Blickwinkel* das Strafen denn gerecht sein soll. Herkömmlicher Weise wird zwar die Schuld aus der Sicht des Täters betrachtet, aber die Gerechtigkeit des Strafens aus dem Blickwinkel *der Strafenden* gesehen. Beides ist, so gut es geht, zusammenzufügen. So *können* auch die Strafenden anders handeln. Nebenher geht es darum, die Art der „Metaphysik des Strafens“ zu verdeutlichen, die der gerechten Tatschuldstrafe mit innewohnt.

Der demokratische Wir-Gesetzgeber begreift sich selbst als *souverän* und auch als *vernünftig*. Souverän im königlichen Sinne[746] zu sein, heißt *frei* über das Strafen zu entscheiden und auf Sanktionen auch willkürlich, etwa mit hoheitlichen Gnadenakten, *verzichten* zu können. Für beides muss es also „gute Gründe“ geben.

Im Sinne des *Bundesverfassungsgerichts* erweist sich der *einzelne* Mensch als ein „geistig-sittliches Wesen“ und zugleich als Mitglied in einem sozialen demokratischen Wir-Verband, der ihm Solidaropfer abverlangt. Insofern ist auch nicht zwischen der Vernunft der Herrscher und der der Beherrschten zu trennen. Die Vernunftfähigkeit eines jeden Menschen ist vielmehr der Grund dafür, dass alle *sich selbst und alle anderen gemeinsam beherrschen* können. So betrachtet und deshalb gibt es in der Demokratie nur „Selbstherrscher“, also autonome Herrscher über sich selbst und autonome Teilhaber an der autonomen Herrschaft des Volkes.

---

745 Siehe erneut BVerfG, Absprachen, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10, Rn 54.

746 Mill, Liberty, 1859, 9.

So haftet auch jeder Demokrat für jede Strafe, die in seinem Namen vollstreckt wird, persönlich mit, daher muss er sich auch, und bei Bedarf auch mit der Hilfe seiner Wissenschaften, das Strafen erklären (können).

Zur *Vernunft-Kultur der guten Gründen* gehört es, sich zunächst über dieses eigene demokratische Selbstverständnis zu verständigen, also eine Art von Wir-Konsens auf forensischem Wege zu finden, aber dabei auch die Idee der Freiheit, universell oder national, zu akzeptieren und zu schützen und sie mit der Gerechtigkeit und der Humanität „sittlich" einzuhegen.

Mit den *semireligiösen* Grund- und Menschenrechten und der Demokratie, die auf der Idee von der Freiheit und Würde des Menschen fußt, hat dieses Denken der Aufklärung seine gesamtwestliche, allerdings jeweils national unterschiedliche *rechtliche Verfestigung* erfahren.

Religiöse Menschen werden die Begabung der Menschen mit Vernunft zusätzlich als Gottesgabe, etwa auch mit der Gottes-Ebenbildlichkeit (imago dei), begründen. So mag auch das Strafen Gottes Wille sein. Aber auch dies ist für sie ein guter Grund.

Der nächste Schritt besteht deshalb darin, sich der möglichen (säkularen) Blickwinkel bewusst zu werden, um danach den maßgeblichen herauszuheben.

Insgesamt gibt es zumindest vier große Blickwinkel, die es alle erlauben, nach der *Gerechtigkeit* suchen und die die Strafgerechtigkeit dann jeweils in ihrem Sinne einfärben:

- Der einzelne Mensch, die *Ich-Person* (Art. 1 I GG). Als *aktive*r Täter wird er für die Tat *als die Seine* bestraft. (Würde-Strafe nach dem Autonomieprinzip). Er verfügt über das Unrechtsbewusstsein (§§ 15 ff. StGB) und die Kenntnis der Strafbarkeit (Art. 103 II GG). *Insofern* und auch im sittlichen Sinne *Kants* bestraft er sich selbst. Er ist es, der als Täter die Tat 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 verlangen unmittelbare Opfer aber wohl weniger. Die Würde der Straftäter ist unantastbar, seine Freiheit aber nicht. Doch sind zum Ausgleich ständige Resozialisierungsangebote und Außenkontakte zwingend erforderlich. Höchstpersönliche Schuld meint hier das sich selbst „vorwerfbare Unrecht". Gerecht ist nach dem *Autonomieprinzip* die *Tatschuldstrafe*.

- Der *Andere*, er bildet als kommunikativer Beziehungsmensch die *Du-Person* (Art. 2 I GG). Der Andere erteilt dem Täter den persönlichen Tadel. Er verlangt nach dem *Täter-Opfer-Ausgleich* (restorativ justice) und nach allem, was dazu dient, die zerstörte Vertrauens-Beziehung, also das Anerkennungsgeflecht der (meist engeren) Gemeinschaft der Nächsten wieder zu erneuern. Die Gerechtigkeitsformeln lauten dementsprechend: „Wie Du mir, so ich Dir", „Tit for Tat" oder auch „do ut des" (*liberale und faire Du-Marktgerechtigkeit*). Die Strafe ergibt sich aus dem strengen *Wechselseitigkeitsprinzip,* das der *Kooperationsidee* unterliegt. Als gerecht erweist sich die blinde *Vergeltungsstrafe*.

- Die strafende staatliche Wir-Gemeinschaft (Art. 20 I GG) harmonisiert sich dabei *Verfassungsgesellschaft* mit einem der beiden Individual-Modelle. Beide einmal zusammengefasst, will die Wir-Gemeinschaft hoch kommunikativ zum einen *liberal-souverän* ausgleichende „Tit for Tat-Gerechtigkeit" als *Prinzip* geübt wissen. Zum anderen unterwirft sie sich selbst als Verfassungsgesellschaft hohen *sittlichen* Vernunft-Idee der Gerechtigkeit (Rechtstaatsprinzip, freie Rechtsgestaltung mit dem Kern der Gerechtigkeit, Art. 20 III GG). Sie verlangt deshalb den öffentlichen Tadel des Normbruchs und auch eine Übelzufügung, um die beschädigte *Normgeltung* wieder zu bekräftigen. Das Wir-Volk begreift sich zugleich als Opfer, wenn es aus den Vernunftgründen der Soziallschädlichkeit, der Erschütterung der Rechtsordnung, der abstrakten Rechtsgutsverletzung, des Rechtsbruchs etc. strafen will (*soziale und solidarische Wir-Zuteilungsgerechtigkeit*). Der Täter gilt ihr als ihr *Mitglied* und als ein „soziales Wesen". Er hat, weil er mit dem Schaden durch Nähe verbunden ist, zum Ausgleich ein *Solidaropfer* auf den Altar der Gerechtigkeit zu erbringen. Es könnte aber auch ein Sündenbock sein. Aber in einem sozialliberalen Verfassungsstaat trifft sie den Täter, der für im Sinne von Jakobs für den Rechtsgeltungsschaden zuständig ist. Mit dem Strafen organisiert, richtet und reinigt sie sich die Verfassungsgesellschaft vor allem *selbst.* Sie heilt ihr verletztes Selbst neu (Gerechtigkeit als Restauration im Sinne *Hegels*). Die Strafe zeigt sich dabei als ein fair zugeteiltes *Solidaritätsopfer*. das der Restauration oder Heilung oder auch Wiederherstellung der verletzten kollektiven Rechts- und Sozialstruktur oder der Bekräftigung der Rechtsgeltung im Wir-Kollektiv dient. Gerecht ist danach die *Strukturerhaltungsstrafe,*
-
- Hinzu tritt die verbotene *Negation* der Bürgerrechte und die untersagte Verobjektivierung von einzelnen Menschen, die Behandlung *bloß als Objekt* und auch die Diskriminierung von Menschgruppen; es ist die verfremdende *Es*- oder auch *Sie-Rolle,* als die rein passive Personenrolle,

zu der auch das Feindstrafrecht gehört und die faktische Versklavung von Menschen zählt. Der *autoritäre* Herrscher[747] setzt die Strafe als Es-Gerechtigkeit ein, und zwar im Sinne der Gerechtigkeit der *Herrschaftsordnung*, individuell als Eigentümer gemäß 903 BGB oder als absoluter politischer Herrscher, vgl. auch Art 20 I GG. Er agiert im Sinne von *Machiavelli*, um sein politisches Staatssystem und damit auch die Hierarchie-Ordnung zu erhalten. Die Autorität verlangt *Unterwerfung* oder erzwingt sie. Der Träger des *Gewaltmonopols* will damit seine Allmacht aufrechterhalten. Sein Strafgrund ergibt sich aus dem Gewaltmonopol und dem Autoritätsprinzip. Für ihn ist die gerechte Strafe die *Zwangsstrafe*.

- Auch der demokratische *Gesetzespositivismus* trägt, für sich allein betrachtet, Züge einer totalen Unterwerfung der einzelnen Bürger unter ein absolutes Mehrheits-Herrscherrecht. Deshalb brechen die Demokraten dessen Absolutismus mit der *Selbstunterwerfung* unter die Ideen der Gewaltenteilung und der Grundrechte auf (Art 1 III, Art 19 IV GG). Sie verlangen zudem für das *Zustandekommen*, das *Ausüben* und die *Umsetzung* des eigenen Rechts ein „faires", also ein *gerechtes Verfahren* (Art. 20 III, 101 ff. GG etc.). Auf diese forensische Weise und mithilfe der Dialektik der Argumente verschaffen sie ihrem eigenen Recht im Sinne von *Luhmann* eine zusätzliche *höhere Legitimität*.

Wir kennen und wir leben, wie die Grammatik es sprachlich belegt, ständig mit *allen* vier Sichtweisen. Und Schuld, Vergeltung, Strukturerhaltung und Zwang kennzeichnen mit unterschiedlichem Gewicht die gerechte Strafe.

Analog dazu verfügen wir auch, über vier Strafbegriffe, die wir sprachlich trennen und auch bei der Fragen nach Sinn und Zweck der Strafe eigentlich ständig mitbedenken sollten. Sie lassen sich noch einmal vertiefen:

- Der empirischen oder auch realen *Strafvollzug*. Er trifft den weiterhin würdigen Ich-Täter, und zwar in seiner ganzheitlichen „Identität": *Körperlich* als Bewegungsentzug, *seelisch* als kollektiver Scham-Tadel für einen Tabubruch und *geistig-sittlich* als autonome Schuld und Eigenverantwortung.
- Das konkrete sozial-liberale *Strafurteil.* Es ist von *kommunikativer* Art und erfolgt nach einem fairen Verfahren im Namen des Volkes und beinhaltet eine Art von Du-Zurechnung als dem „Erkennen für Recht".

[747] Siehe erneut: Naucke, Notizen, 1998, 361 ff., 364 f.; Hobbes, lat. Leviathan, 1688, 26. Kap.: „*Auctoritas non veritas facit legem*"; Kelsen, Rechtslehre, 1960, 34 f.

- Das allgemeine *Strafgesetz* liegt beidem zugrunde. Es richtet sich *unmittelbar* nur an die Wir-Allgemeinheit. Es soll sie rational ordnen und emotional Vertrauen schaffen. Zugleich ist es aber auch Ausdruck der autoritären „Hoheit" des Gesetzgebers als Gewalt-Herrscher. Deshalb gibt sich in der Demokratie die Allgemeinheit selbst das Recht und sie unterwirft sich zudem noch *höheren Ideen*.
- Alles überwölbt und durchdringt die materielle *Strafidee*. Sie aber wird ihrerseits erst durch diese drei Strafelemente *induktiv* mit Leben gefüllt. Ihr Kern bildet nicht nur für das Strafen, sondern für das gesamte Recht die uralte vage Gerechtigkeitsidee. Diese große Idee ist ihrerseits als Mittelteil in das westliche Credo von „(individueller) Freiheit, (gerechter) Gleichheit und (empathischer) Solidarität" eingebettet.

Aber aus der Sicht einer Rechtskultur müssen wir *einer* personalen *Position* den Vorrang einräumen, und die anderen dann im dessen Licht mit ausdeuten. Nur auf diese Weise erhalten wir ein einigermaßen einheitliches (nationales) *Gesamtrechtsystem*, das sich aber seinerseits etliche große *Untersysteme* erlauben und mit ihnen gut leben kann.

3. *Demokratische Eigenverantwortung der Strafenden*. In einem westlichen *Verfassungsrechtssystem*, in dem Freiheits- und Bürgerrechte den Vorrang genießen, ist dabei vorrangig auf die Ich- *oder* die Du- 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 sich mit ihrer Hilfe seine eigenen Gesetze zu geben.[748]

Aber bei der weiteren Entscheidung zwischen der geistig-sittliche Ich-Würde und der utilitaristischen-liberalen Du-Freiheit (möglichst vieler, aber nicht aller), hat die deutsche Rechtkultur auf die Leitidee der Unantastbarkeit der Ich-Würde gesetzt.

Seine (traditionelle) Legitimität ergibt sich dabei aus dem naturrechtlichen Menschsein (mit oder auch ohne weitergehende religiöse Ableitung) aus dem Seelenbegriff. Nur deshalb vermag in der Demokratie also auch der *Einzelne* - gemeinsam mit anderen-, sich selbst zu beherrschen. Der Einzelne erweist sich

748 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.")

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*."[749] 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.

Der einzelne „Mensch" und die „Wir-Gesellschaft" der Menschen sind also zwar in etwa von *gleichem Wert* (erneut: Art. 1, 20, 79 III GG). Aber das Gesellschaftssystem kann den Verlust von Menschleben verkraften, sie beruht sogar darauf, dass diese nur Träger von Rollen sind, die auch immer wieder andere ausfüllen und umprägen können. Deshalb führt die Gleichwertigkeit dazu, dass immer auch das einzelne Leben (und seine anderen individuellen Rechtsgüter) zu schützen ist und sich aus der Vernunft des Menschen seine Autonomie und unantastbare Würde ergibt, und zwar ebenso „*als wäre die Verfassungsgesellschaft"* insgesamt bedroht (vgl, § 81 StGB).

Aus *demokratischer* Sicht stellt die Tötung eines Mit-Menschen eine Art von Mit-Königsmord dar, und zwar begangen durch einen Mitkönig, und es strafen ihn die andere Mitkönige. Sie nehmen ihm zwar seine Freiheit auf lange Zeit aber auch um selbst willen, nicht die demokratische Würde als Mit-Mitkönig. Diese Mit-Herrscher-Würde bleibt auch landfremde Täter unverfügbar, also absolut gültig, analog zur universellen Menschenwürde, und zwar auch im Interesse der Strafenden. So betrachtet ist auch mit jedem Mord auch das demokratisch Gemeinwesen in seiner *Identität* (Art. 79 III GG) existentiell gefährdet.

Der Verzicht auf die Todessstrafen und die Aussicht auf bedingte Entlassung bei lebenslanger Freiheitsstrafe ergeben sich ebenso aus diesem Gesamtansatz wie

---

749 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."*

das Prinzip, soweit möglich Geldstrafen als Denkzettelstrafen einzusetzen und immer auch die Effektivität zu prüfen.

Gute Gründe für das Strafen brauchen die Vernünftigen, denn sie wissen, in jedem Einzelfall könnte man eigentlich souverän auf Strafe verzichten. Systemische Gründe bedeuten für sie nur, sie könnten eigentlich nicht anders. Das System (oder die „Natur" der Dinge und Lebewesen, früher der Schöpfergott des Alten Testamentes) steht über allem. Es lässt sie Straftaten begehen und es lässt sie strafen.

Die Vernunftidee der Eigenverantwortung, und dann auch die des Täters, erweist sich in der Wirklichkeit vielleicht nur als eine *Fiktion*. Sie stellt dann nur (aber immerhin!) eine kulturelle Selbst-Zuschreibung dar. Dasselbe gilt dann auch für die Schuld des Täters, die ihm vom höheren Kollektiv, dem Wir-System, nur *zugerechnet* wird.

4. *Fazit.* Aus der empirischen Sicht lässt sich mit *T. Walter* feststellen, dass es jenseits der Ethik in der *Bevölkerung* ein starkes *Vergeltungsbedürfnis* gibt, das die Gesellschaft folgsam, um ihrer eigenen Stabilität willen, zu bedienen hat.

Anzufügen ist, dass die Bevölkerung ein ebensolches *Bedürfnis* hat, erstens die „guten Gründe" für kollektive oder private Gewaltakte zu erfahren und dass sie zweitens im Streit auch auf ein faires, also insofern gerechtes Verfahren setzt.

„Mensch und Gemeinschaft" leben insofern in zwei Welten. Im Alltag jedoch müssen wir beiden Welten einerseits ihren Raum geben und anderseits zu Emulsionen mit einander verbinden. Das *gesamte* deutsche Strafrechtssystem mit seiner ständigen Mischung aus Ethik- und Nutzenregeln, bildet ein gutes Beispiel dafür. Nur über den *Vorrang* kann und muss man streiten (können). Die *Macht* jedenfalls liegt bei der Gemeinschaft und ihren Ordnungen. Bürgerrechte der Einzelnen lassen sich dagegen aus der *Vernunftethik* kreativer Arbeitsteilung ableiten.

Aus rechtethisches Sicht kennen analog zur Grammatik drei oder vier Arten der *Gerechtigkeit*, die *alle* von Bedeutung sind, aber von denen in einem Gesamtsystem *einer* den Vorrang einzuräumen ist: die höchstpersönliche *„Ich-Würde- und Schuldgerechtigkeit"*, die *liberale und faire Du-Marktgerechtigkeit* des Wie Du mir, so ich Dir, sowie *soziale und solidarische Wir-Zuteilungsgerechtigkeit* und die Negation als Unschädlichmachung als *sanitäre Gefahrenabwehr- und willkürliche Herrschermacht als Es-Gerechtigkeit*. .

Demokratisch und vereinfacht betrachtet, stellt die Tötung eines Menschen eine Art von *Mit-Königsmord* dar, begangen von einem Mit-König und bestraft von Mitkönigen.

In dieser Notlage benötigen wir gute Gründe für das Strafen und wir unterwerfen uns zumeist der höheren Rechtsidee mit ihrem Kern der Gerechtigkeit, zu der auch die zuteilende Gerechtigkeit gehört. Aber die Gerechtigkeitsideen entlasten uns nicht voll. Denn als vernünftige, freie und würdige demokratischen Mitherrscher wissen wir um unser beachtlichen rechtlichen Gestaltungsfreiheiten. Wir sollte auch wissen, dass wir in jedem Einzelfall eigentlich souverän auf Strafe verzichten könnten. So tragen jedenfalls, wenn die Gerichte „im Namen des Volkes" bestrafen, auch ausdrücklich für jede einzelne Strafe eine Mit-Verantwortung.

## II. Ausgleich von unberechtigten Herrschaftserfahrung durch human abgemilderte Ohnmachtserfahrung

1. Die *rechtsethische* Formel zur Begründung der Strafen, die sich aus dem Autonomieprinzip ergibt und die zudem die psychologischen Elemente der *Schuld* mit aufnimmt, lautet meines Erachtens:

*Strafe beinhaltet den Ausgleich von unberechtigter Herrschaftserfahrung als Autonomiegewinn, und zwar durch Autonomieverlust in der Form von human abgemilderter Ohnmachtserfahrung.*

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 genauer noch den *Ausgleich* von unberechtigtem, weil unvernünftigem (normativem) *Autonomiegewinn* und *(machtpolitischer und psychologischer) Souveränitätserfahrung,* und zwar *durch die Gegenerfahrung* von Ohnmacht und Autonomie-Entzug und zwar in dem Maße, indem der Täter *Herrschaftsempfinden* und *Statusgefühl* durch die Tat gewonnen hat und er die Erinnerung *in seiner Persönlichkeit,* unbeeinträchtigt weiterhin mit sich trägt.

Denn, wenn weil oder soweit das Strafrecht auf dem „Erfahren von schweren Unrecht“ beruht, wird und muss es auf dieser *Erfahrungsebene* reagieren. So betont etwa *Hilgendorf* im neuen Handbuch zurecht *„Strafrecht entsteht meist als Reaktion auf Unrechtserfahrung"*.[750]

Eine Straftat erweist sich zudem, und auf der *rechtsethischen* Ebene deshalb als „unberechtigt, weil unvernünftig“, weil und wenn sie positivem *demokratischem* Recht und *auch* der Idee der Gerechtigkeit 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 un-vernünftigen, weil un-ethischen oder auch „un-sittlichen“ Un-Rechtstaten formen dabei 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 des Gemeinschaftslebens*”, die das Strafrecht schützen soll.

Der Gedanke der Minimalethik des „*ungerechten Rechts*“ erhält zudem im *Strafrecht* seine *eigene* Bedeutung. Denn das Strafrecht 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 Rechtssytems* (Art. 20 GG) müssen zu Strafe führen. Leichtere Verletzung als *Vorstufen* dazu *kann* der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit unter Strafe stellen, und zwar nach politischer Diskussion und somit aus strafrechtlicher Sicht unter Einbeziehung des *Rechtsempfindens der Allgemeinheit*.

Die Verletzung *elementarer Werte und Freiheiten*, solche des einzelnen würdigen Mensch oder solche seiner privaten Gesellschaften und solche der Allgemeinheit oder des Staates (Art. 1, 20, 79 III GG), kennzeichnet zudem dasjenige Unrecht, das auch in der Regel tatsächlich zu *längeren vollstreckten Freiheitsstrafen* führt und das rechtsethisch betrachtet nicht nur Freiheitstrafe nach sich ziehen darf, sondern auch *muss*.

Auch den *Ausgleich* zu fordern, erweist sich als vernünftig, weil diese Forderung unmittelbar aus der Grundidee der *Gerechtigkeit*, dem Gerade-

750 Hilgendorf, Strafrecht, Handbuch 2019, § 1 Rn 4.

Richten von etwa Krummen, folgt. Aber bei einem Menschenstrafrecht sollten wir zusätzlich zum ethisch-rechtlichen Ansatz auch die *körperliche* Seite der Gegen-Gewalt und zudem die *psychische* Seite des „Empfindens“ oder der „Erfahrung“ mit einbeziehen. Denn der Täter ist derart eine ganzheitliches Wesen.

Im Einzelnen:

2. Folgt man dieser Ausgleichslehre, so wird dem Täter mit der Strafe also vorrangig *kein zusätzliches Übel* zugefügt, sondern dem Täter vorrangig nur *diejenige Herrschaftserfahrung genommen*, die er sich unberechtigter Weise angemaßt hat.

Bezogen auf die *Freiheitsstrafe* heißt es also: Der Täter hat sich willkürlich und rücksichtlos „*Freiheit“* genommen, auf die er kein Anrecht hatte, und er hat sie diese Freiheit *erlebt*. Deshalb müssen wir ihm mit der Strafe zum Ausgleich *Freiheit* nehmen, allerdings angemessen, auf rechtlicher Grundlage und human, und er muss diesen Entzug von Freiheit als *Ohnmacht* erleben.

Einen personalen Freiheitsentzug, die seelische „Deprivation“ und den sozialen Makel, also den Verlust von Identität, erlebt der Täter im und durch den Vollzug. Aber dieser Verlust gleicht nur die *unberechtigte Freiheitserfahrung*, die unberechtigte „Privatisierung“ und den unberechtigten sozialen Machtzuwachs aus. Mit der Straftat hat der Täter vor allem etwas „Immaterielles“ erfahren, ohne den anderen oder der Gesellschaft etwas Gleichwertiges mit deren Einverständnis zu geben. Diese unberechtigte Freiheitserfahrung“ ergänzen wir um ein gleichwertige *„Unfreiheitserfahrung“.*

Für den Ausgleich reicht auch der zivilrechtliche Schadensersatz allein nicht aus. Denn der Täter gewinnt die *höchstpersönliche Erfahrung* von willkürlicher Freiheit. Er hebt vielfach zudem seinen *Status* unter Seinesgleichen und er formt für sich das *Tat-Herrscher-Selbstbild*, so und *über* dem Recht stehen zu können. Er sagt mit der Tat: Ich darf und kann so agieren. Nach der Tat heißt es für den Täter, und zwar bis zur Strafe immer noch: Ich durfte und konnte für mich so handeln.

Die Handlung vergeht, aber die Wirkung auf die Persönlichkeit des Handelnden bleibt. Bestraft werden auch insofern nicht die Taten, sondern Personen (besser Menschen), die etwas getan haben. Menschen werden wegen ihrer Persönlichkeit, die wir aus ihren rechtswidrigen Handlungen entnehmen, sanktioniert.

Seine Machterfahrung ist dem Täter erst durch die *Gegenerfahrung* der Ohnmacht zu nehmen. Die Ohnmachtserfahrung beginnt dabei mit der *Beschuldigung* im Ermittlungsprozess und endet mit der *Verbüßung* der Strafe.

Mit einem Mord führt der Täter sich als Herr über Leben und Tod auf. Dieses Herrscherbild der angemaßten *totalitären Herrschaftsmacht* stand früher nur absoluten Herrschern von Gottes Gnaden zu und auch sie waren mittelbar an die Idee der Gerechtigkeit gebunden. Dem ausgeübten Recht des Stärkeren, ich kann es, also darf ich es auch, gilt es ein Ohnmacht-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* über einen konkreten Wert auf, den er zum Objekt entwertet, beim Töten, indem er das Opfer unter die Sachen des Eigentumsrechts mischt. Diese Sicht erfassen wir mit, wenn wir von einem Täter verlangen, dass er über die „Tatherrschaft" verfügt. Er schwingt sich zum Herrn etwa *über das Leben* auf oder über die Freiheit oder das Eigentum eines anderen oder über die Werte von gesellschaftlichen Institutionen. Dieser angemaßten und ausgelebten Herrschaftserfahrung stellt die Wir Gesellschaft eine gleichwertige Verneinung (Negation im Sinne *Hegels*) als nachhaltiges Ohnmachtserlebnis gegenüber.

In Anlehnung an *Hörnle,* hat der Täter bei Kapitaldelikten, vor allen bei Mord ein *Tabu* gebrochen[751], er maßt sich eine gottgleiche Schicksalsmacht an.[752]

---

751 Siehe dazu aus verfassungs- und zugleich strafrechtlicher Sicht: Hörnle, Verhalten, 2005, 174 („Tabus sind eine *Unterkategorie allgemeiner sozialethischer Verhaltensvorschriften.* Von diesen unterscheiden sie sich durch den Anerkennungsgrad, da sie per definitionem nahezu allgemein nicht hinterfragt werden." Mit der Verbindung von Sozialem und Ethik wird dann deutlich, dass es sich entweder tatsächlich zumindest schon 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 aber haben sollte. Zu den ethischen Kernnormen aber zählen nicht (nur) die Randfragen, wie das bloß „anstößige Verhalten" auf das sich Hörnle konzentriert, sondern auch etwa das *Tötungstabu,* das positiv gewendet ein *Lebensschutz-Tabu* darstellt.

752 Dazu in seiner Schrift: „Rechtliches Verhalten und die Idee der Gerechtigkeit. Ein anthropologischer Entwurf", Hammacher, Verhalten, 2011, 75, mit der Fortschreibung dieses Gedankens ins Psychoreligiöse, wenn er von der „Tabuisierung von Rechten durch das Gewissen" spricht, als die Wirkung von Tabus vor allem die „*Unhintergehbarkeit*" bezeichnet (kursiv im Original) und Hammacher im Übrigen zuvor „beim Recht… eine gesellschaftliche *Entlastung* durch *Tabuisierung*" konstatiert.

Dazu passt auch die *neutralisierende Ohnmachtserfahrung* einer langjährigen Freiheitsstrafe. Ansonsten hat er in ähnliche Weise das *heilige,* weil höchste Recht gebrochen. Verletzt habe er dabei *Unterausprägungen* der Idee von *unantastbaren* Menschenwürde (Individualrechtsgüter) oder von der Idee der *höchsten* demokratischen und rechtstaatlichen Verfassungsgesellschaft (Gemeinschaftswerte). Dabei entspricht der heutige rationale Rechtsmantel der Grundwerte der Vorstellung im *Unterbewusstsein* verankerten vom sittlich-heiligen Tabu. Aber der Täter selbst handelt nicht um Recht zu verletzen, sondern aller Regel, um etwas zu erlangen, und zwar „Freiheit", Freiheit wiederum meint vereinfacht die Selbst-Herrschaft über Etwas oder Jemanden im Sinne des Eigentums.

Liberal vereinfacht hat der Täter sich unberechtigter Weise zum *Herrn* über die *Freiheit* anderer aufgeschwungen. Er übt mit Gewalt, List oder Treubruch Fremd-Herrschaft aus. Zum Ausgleich wird er mit Gegengewalt der Ohnmacht unterworfen, die aus dem strafweisen *Freiheitsentzug* folgt.

3. Wichtig ist dabei die *Dauerwirkung der Erfahrung* des Täters über die Tat hinaus:

Die Erfahrung, der Status und das stolze Selbstbild verbleiben dem Täter auch noch lange nach der Tat, und zwar in der Regel solange, bis eine neutralisierende Gegenerfahrung der Ohnmacht korrigierend auf ihn einwirkt, Sie kann aber auch nach Jahren verblassen. Der Täter ist zumal *im Laufe der Zeit* ein *anderer* geworden, so kann -auch- deshalb die *Verjährung* einsetzen oder bei einer Langzeitstrafe eine *bedingte Entlassung* angezeigt sein.

Auch schon der *Schuldspruch* sucht den Sonderstatus des Täters, seine angemaßte Herrschaft über das Recht und über fremde Rechtsgüter, *rückwirkend,* und zwar normativ aufzuheben: er erklärt der Täter *durfte* nicht so handeln. Aber erst mit der Strafhaft erfährt der Täter den Ohnmachtsstatus des Gefangenen und erlebt ihn als Ausgleich für den angemaßten Herrschafts-Status.

Für die Ausgleichslehre 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. Vielmehr will er einen *egoistischen Freiheitsgewinn erlangen* und er hat ihn dann auch *erfahren*. Ich wollte und konnte! Und ich habe inzwischen den Genuss der Willkür-Herrschaft über das Recht und über fremde Güter erlebt!

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 Krummen. *Kant*[753] und *Hegel*[754] formen diesen antiken Grundgedanken auf ihre Weise um, um die Gerechtigkeit der Strafe mit einem gleichen im Sinne von *gleichwertigen*[755] oder proportionalen Übel zu erklären. *Kant* spricht immerhin auch vom „w*iderfahren*" (was seine Taten Wert sind). Die Strafidee des Ausgleichens von Freiheitsgewinnerfahrung mit Freiheitsverlusterfahrung lässt sich also auch in den Gerechtigkeitslehren von *Hegel* (Ausgleich als Restitution) und *Kant* (Unwert-Erfahrung) finden.

Der Verurteilte *empfindet* die Strafe zwar in der Regel als ein Übel (als Pein, Leid oder als Rechtsnachteil). Das liegt daran, dass Gefühle selbstständig sind. Der Täter kann das Ohnmachtsübel nur noch schwer oder überhaupt nicht (mehr) unmittelbar mit dem erfahrenen „Herrschaftsglück" verbinden. Selbst fast unmittelbare und bekannte kausale Verbindungen der Gefühle von „Lust" und „Schmerz" führen nur über harten vernünftigen Selbstzwang zu einem nachhaltigen Lerneffekt, wie uns der Genuss von Rauschmitteln und ihr Missbrauch alltäglich zeigt. Macht auszuüben, schüttet Glücksgefühle aus.

Aber dasselbe Ohnmachtsübel empfindet ein Schuldner im *Zivilrecht* auch bei einer berechtigten *staatlichen Zwangsvollstreckung*, etwa wegen eines gewährten, aber nicht bedienten Kredites. Es handelt sich um einen staatlichen Gewaltakt. Dennoch nimmt auch die zivilrechtliche Zwangsvollstreckung dem Betroffenen unstreitig nur einen „materiellen Vermögensteil" aus seinem insofern *illegalen* Gesamtvermögen, der ihm nicht zusteht. Mit der Strafe wird dem Täter analog dazu ein illegal erlangter „immaterieller Vermögensteil", vereinfacht ein illegaler Herrscher-Freiheits-Status dadurch genommen, dass ihm gleichwertige (oder human gemilderte) Ohnmacht verordnet wird.

Der Gewaltbegriff reicht noch weiter. Es straft zudem ein demokratischer Staat, der sich unter anderem darüber definiert, das Gewaltmonopol als das eigene auszuüben. Zudem noch will der bürgerliche Staat dadurch Frieden und Kooperation unter solchen Menschen gewährleisten, die sich grundsätzlich als freie und zur Gewalt fähige, wenngleich auch als vernünftige Wesen begreifen. Sie wiederum drohen andernfalls mit gewaltsamer Selbst- und Lynchjustiz. „Justiz", also Gerechtigkeit, als *Ausgleich von Gewalt mit Gegengewalt* und dies

---

753 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"*).

754 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"*).

755 So schon Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1132b

als eine Art von heiligem Endzweck zu suchen, steckt offenbar in uns Menschen. Gewalt bildet also nur ein anderes Wort für „Herrschaft“.

Nur genügen Gewalttaten nicht, um damit die herkömmlichen Straftaten zu erfassen. Man kann man auch mit *List* (Betrug, Urkundenfälschung, Falschaussage) und pflichtwidrigem *Treubruch* (Untreue, Amtsdelikte, Unterlassungsdelikte) die *angemaßte Herrschaftsmacht* über fremde Güter oder Gemeinschaftswerte ausüben und sie danach als Erfahrung und Teil des Selbstbildes verinnerlichen.

4. Zur dieser ungewöhnlichen vorrangig psychischem Deutung als Freiheits*erfahrung* ist nun wieder die bekannte die normative-ethische Seite der Freiheit hinzuzufügen, mit dem wir uns im Recht in der Regel beschäftigen. Die Freiheit im Sinne der Menschenwürde begreifen wir vor allem als *Autonomie*, als die Grundfähigkeit des Menschen sich, als „geistig-sittliches Wesen“ dank seiner Vernunft selbstbestimmt Gesetze zu geben.

Die angemaßte Autonomie, dass seine Tat, etwa der Mord, *sein darf*, gleichen wir mit der Strafe aus. Sie soll dem Täter verdeutlichen, dass seine Tat weder *allgemein* noch in seinem *angeblichen Sonderfall* sein darf. Dass eine Tat, wie der Raubmord zumindest *nicht allgemein* sein darf, weiß er als „geistig-sittliches Wesen“ im Sinne von *Kants* kategorischem Imperativ, denn er will auch nicht selbst getötet werden.

Der Mensch gilt uns dabei als ein vernünftiges geistig-sittliches Wesen, das allerdings auch frei ist, sich unvernünftig und grob rechtswidrig zu verhalten. In diesem Falle muss er damit rechnen, dass die vernünftige demokratische Gemeinschaft das Vernunftprinzip des gerechten Ausgleichs (auf dessen Art und Weise sie sich vorher gesetzlich verständigt hat) durchsetzt. Die vernünftige, aber auch souveräne freie demokratische Gesellschaft, die sich der Minimalethik im Recht unterwirft, wird und muss dann Strafzwang anwenden, wenn der Täter nicht reuig Unrechtseinsicht zeigt und nicht bereit ist, die „Sühneleistung“ der Ohnmachtserfahrung freiwillig auf sich zu nehmen.

So betreiben wir mit der *Schuldstrafe* vorrangig den *gerechten Ausgleich* des immateriellen Freiheitsgewinns. Wir üben deshalb *nicht* vorrangig die *Vergeltung* eines Übels mit einem gleichwertigen Übel. Zugleich richten wir uns insofern auf den Täter als *einzelnen würdigen Menschen* ein (Art. 1 I GG), weil wir seine Sicht zugrunde legen, und *nicht* die der individuellen Opfer oder des in seinen Rechtsanspruch verletzten Rechtsstaates.

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. Der „Rechtsnachteil“ der Strafe, von dem Art. 5 EGStGB spricht, *neutralisiert* exakt den „Unrechts-Vorteil“, den der Täter mit der Tat erlangt hat.

Die *Ausgleichsidee* als solche bildet den Kern der Gerechtigkeit. Sie stellt einen Teil der Rechtsidee dar und ist somit ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) verankert. Somit ist diese auf den schuldigen Täter bezogene Lesart auch dort mit abgesichert.

5. *Human ausgleichende Vereinigungstheorie*. Insgesamt bietet es sich also an, eine *human ausgleichende Vereinigungstheorie* zu vertreten.

- Ausgeglichen wird also nicht unmittelbar der objektiven Unrechtserfolg, sondern der *subjektive Gewinn* der Täters daraus, die seine *Persönlichkeit* mit prägenden Tatherrschafts-Erfahrung, das Macht- Glücks und Freiheitsgefühl, das Ansehen unter Seinesgleichen (den Peers) etc., und die ständige unverstellte Erinnerung daran. Dies alles sind im weiten Sinne normativ-psychologische *Schuld-Elemente*. Mit ihnen nehmen wir den Tätern selbst, und zwar „als Menschen“ ernst.

- Aber der Täter bleibt ein Mitmensch. Beim blinden Ausgleichen ist also Gedanke der *Humanität* miteinzubeziehen. Der Ausgleich selbst muss an sich in voller Höhe erfolgen, aber wo und wie möglich, ist eine humaner Strafverzicht Barmherzigkeit, Solidarität oder Mitgefühl angezeigt.

- Die beiden Gedankenwelten der emotionale Generalprävention und der empirischen Individualprävention sind dazu als *Korrektive* mit zu berücksichtigen, und zwar auf allen der Stufen. Wenn auch mit unterschiedlichem Gewicht, beeinflussen sie und ihre *Zwecke* das Strafgesetz, das Strafurteil und dem Strafvollzug. Denn der Mensch ist auch, aber nicht „bloß“ ein soziales Wesen und hat deshalb Solidaropfer, etwa auch im Strafprozess mit der Untersuchungshaft zu erbringen.

- Diese Art des Strafens gilt aber nur, aber immerhin als *Regelfall*. Für die vorbeugende Abwehr latenter Gefahren bleiben im Strafrechtssystem die *Ausnahmen*, also die Maßregeln, insbesondere die Sicherungsverwahrung, oder das Jugendstrafrecht oder auch das Nebenstrafrecht oder das Ordnungswidrigkeitenrecht. Das Zivil- und das Sozialrecht ergänzt es ebenfalls.

- Erst diese Gesamtheit wird der Komplexität des Rechts und damit auch des Strafrechts wird der Tat und dem Richten über sie einigermaßen

gerecht. Der Kern der *Begründung* des Strafens bleibt aber die einfache *ethische-seelische* Rechtsidee des Ausgleichs der unberechtigt angemaßten Herrschaftserfahrung. Dies ist dann aber auch der *Endzweck*.

*Präventive Aspekte*. 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 Bewährung 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.

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 angemaßten Autonomiegewinns“ zu wiederholen. Erst die gegenläufige Ohnmachtserfahrung, so eine immerhin naheliegende denkbare psychologische Folgerung, kann ihn davon abhalten.

Jedenfalls wird der Straftäter aus präventiver Sicht auch als „Persönlichkeit, die etwas getan hat“ resozialisiert, sodass dieser Denkansatz des Ausgleichens von Taterfahrungen auch im Resozialisierungsgedanken zu finden ist. Er vermag zudem den Vorgang des schlichten Ausgleichens durch Ohnmachtserfahrung in humaner Weise und nunmehr zweckgerichtet auf die Persönlichkeit zu beschleunigen und zu erleichtern. Dieses Angebot mildert und formt also, neben dem humanen Grundansatz, die Sanktion des Ausgleichens von verinnerlichter Machterfahrung.

*5. Diskussion.* Allerdings erweisen sich kurzfristige Freiheitsstrafen bei mittelschweren und leichteren Delikten in der Regel dazu als unwirksam, weil sie den Täter vorrangig *entsozialisieren* würden. Ihn trifft insofern also *mehr* als der Ausgleich der Herrschaftserfahrung. Präventiv betrachtet müsste sich deshalb auch ein Lerneffekt ergeben, er erweist sich offenbar in diesem Bereich allerdings als gering. Hier hilft aber schon das *Erleben des Erkenntnisprozess* als Beschuldigter („the process is the punishment“) und der Denkzettel der Geldstrafe.

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. Hinzu tritt häufig eine Geldauflage als Buße.

Der Mensch ist eben auch ein sozial eingebundenes Wesen. Deshalb ist eine *präventive Wirkung der Ohnmachtserfahrung*, wenn überhaupt, vor allem für Schwerkriminalität 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.

Aber der Lerneffekt steht bei der *Ausgleichslehre* nicht im Vordergrund, sondern bildet nur ein *sekundäres* Angebot.

Man kann darin einen Ausdruck der großen Widersprüchlichkeit (Antinomie) der Strafideen 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.

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.

*Rechtspsychologisch gesehen* verändert sich -vereinfachend- im Laufe von zehn Jahren ohnehin die Persönlichkeit eines jeden Menschen. Er ist erkennbar nicht mehr derselbe wie bei der Tat, auch wenn er die angemaßte 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 nicht nur aus individualpräventiven Gründen, sondern zumindest *auch* wegen der Idee der Mitmenschlichkeit 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 Freiheitstrafen nur für Schwerkriminalität 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 Minimalethik 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*, also 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 demokratischer Bundesstaat, bleiben bedenkenswert. Sie aber ergeben keine neue Strafrechtskultur, die auch das gesetzliche *Deliktsrecht* mitumfasst.

Die *präventive Vereinigungstheorie* der *herrschenden Spezial-Lehre* hat, trotz ihres Rückhaltes im Sanktions- und Strafvollzugsrecht, im Gesetz und in der Rechtspraxis noch *keinen kulturellen* Umschwung hin zur *Abkehr* von einem Schuldstrafrecht bewirkt, das auch das Strafgesetzbuch noch mit seinen Begriffen zugrunde liegt. Auch der sozialliberale Gesetzgeber von 1969 wollte das Schuldstrafrecht verbessern und humanisieren, aber ihm nicht seine alten rechtsstaatlichen Grundlagen entziehen.

Denn das Schuldstrafrecht beruht (zumindest) seit *Feuerbach* auf der Idee des Bürgerschutzstrafrechts und die *bürgerliche Freiheitsidee* schließt die Eigenverantwortung des Bürgers für das „seine", also auch seine Unrechtstaten mit ein.

Recht zu pflegen, heißt wiederum vorrangig, Unrecht *auszugleichen*, und *nicht* vorrangig, um dem Wertverletzter *bloß* „ein Übel um des Übels willen" zuzufügen.

6. *Vorzüge der humanisierten Ausgleichslehre*: Die Vorzüge der humanisierten Ausgleichslehre lauten vor allem:

- Die Ausgleichslehre vermeidet den Vorwurf, eine Rechtsgutsverletzung, also ein Übel, mit einer weiteren Rechtsgutsverletzung strafweise beantworten, also das Übel zu verdoppeln, zu wollen.

- Auch greift dann die Logik der ewigen Wiedervergeltung nicht mehr. Dem Täter wird nur die Erfahrung genommen, die er unberechtigt erworben hat und weiter in sich trägt.

- Sie hat den Vorzug, dass mit dem Abstellen auf den durch eine Tat erfahrenen Autonomiegewinn, auch eine bestimmte Herrschaftstat 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 *Minimalethik*, 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 in der *Rechtspraxis* 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. Ihm verleiht die auf die Idee des Strafübels gestützte *Ausgleichslehre* eine etwas andere und nach allem eine etwas bessere Deutung. Sie beinhaltet nicht nur den „Sinn" der Gerechtigkeit, sondern auch den „Zweck" eines jeden Ausgleichens, die Restitution.

## III. Verschuldete Provokation der Strafe; autonome Einwilligung in das Strafrisiko

1. Wie nun ist das Strafen aus der Sicht des Strafrechts mit den verfassungsrechtlichen Gedanken der Autonomie und der Subjektstellung des Täters zu verbinden? Zwei Ansätze bietet das Strafrecht aus seinem Fundus: die verschuldete Provokation, hier der Strafe, und die autonome Einwilligung in das Risiko, hier in das Risiko bestraft zu werden.

Zunächst einmal lässt sich die Tat in die Notrechte einbetten und als eine Art der *verschuldeten Provokation der Strafe* begreifen. Die Provokation kennen wir insbesondere bei der Notwehr. Dort mindert sie das Notwehrrecht der Angegriffenen. Dieser Gedanken lässt sich auch auf den rechtfertigenden *Notstand* übertragen. Wer die gegenwärtige Gefahr, zu der im Sinne des § 34 StGB auch *Dauer- und Wiedererholungsgefahren* zählen, verschuldet, also schuldhaft provoziert hat, der mindert damit den Schutzwert seiner Interessen. Mit den Worten von *Kindhäuser*:

„*Der Gefahrverursacher muss dann in erheblichem Umfange eigene Schäden hinnehmen*".[756]

Existenzielle Schäden darf er aber abwehren. Dann überwiegt sein Interesse.

---

[756] Kindhäuser, LPK-StGB 2017, § 34 Rn 40; zudem. Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, § 34 Rn 98; Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 16 / 14.

Wer also die Strafe vorrangig mit der Wiederholungsgefahr begründet und wer dabei vor allem die *hartnäckigen Wiederholungstäter* in den Blick nimmt, denen Strafvollzug droht, der kann erklären, sie provozierten schuldhaft selbst *ihren Strafvollzug*. Die Grundlagen für eine Aussetzung zur Bewährung hätten sie vor allem durch ihre Vortaten verspielt. Zur Abwehr der *Widerholungsgefah*r müssten sie dann in erheblichem Umfange eigene Schäden auf sich nehmen, hier den mittelfristigen Freiheitsentzug. Entsprechendes gilt auch für die gesteigerte Rückfallgefahr bei Vielfachtätern und erwerbs- und gewohnheitsmäßig handelnden Tätern. Im Rahmen des § 34 StGB geht um das *bewusste Verschulden* einer Gefahr, also um einen Verbund von Schuldausgleich und Prävention.

Wer *allgemein* das Übel der Strafe mit einer Güter- oder Interessenabwägung rechtfertigen will, der kann in der verschuldeten, zumeist vorsätzlichen *Provokation* der ihm bekannten *Strafreaktion* den Grund dafür sehen, dass der Täter das Strafübel der Geldstrafe oder der Strafhaft in einem *gemäßigten Umfange* -allein schon deswegen- auf sich zu nehmen hat.

2. *Einwilligung in das Strafrisiko*. Zudem ist eine gesamte *allgemeine Sonderlehre* der „autonomen Einwilligung in das Strafrisiko“ anzubieten, die ebenfalls die *langfristigen* Freiheitsstrafen ausnimmt. Verschiedene Aspekte, die man unterschiedlich gewichten wird, könnten diese Idee tragen:

- die strenge Moral im Sinne *Kants*,
- die liberale Haftung und Eigenverantwortung der Tauschgerechtigkeit,
- der sozialliberale Sozialvertrag und
- ein bürgerrechtliches Konzept.

*Moralität*. Die individual-ethische Grundlage bietet die Idee der eigenen 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. Er ist deshalb auch grundsätzlich fähig, die Strafe moralisch als *eigene* zu wollen. Das ist im Sinne des *kategorischen Imperativs* konsequent, den Strafen generell und erfolgreiche gegenüber sich selbst, kann niemand wollen, wollen. Aber anzunehmen, dass die Strafe von Täter im Alltagsinne gewollt ist, erscheint als irreal.

*Gefährdungshaftung*. Die Tat des „freien" Täters oder Akteurs ist die seine und schon deshalb *haftet* er für das Seine. Für die Folgen in der Außenwelt hat er -im zivilrechtliche Sinne der Gefährdungshaftung- schon einmal einzustehen.

*Eigenverantwortung* Als ein liberales, souveränes und kommunikatives Wesen trägt der Täter aber auch die *Eigenverantwortung* für seine Tat.[757] So ist mit einer typischen vorsätzlichen Straftat in aller Regel das Unrechtsbewusstsein verbunden und das Wissen um die Strafbarkeit. So weiß der Täter auch um die Deutung und Folgen seiner Tat in seiner sozialen Außenwelt. Er geht also bewusst und willentlich das Risiko der Strafbarkeit ein. Er trägt auch dafür die *Verantwortung*, Er muss sein Tun vor sich und den Anderen (kommunikativ) rechtfertigen (etwa im Prozess) und dann auch die realen Folgen tragen.

*Liberale Wett-Gerechtigkeit.* Strafen kann man ferner mit der individuellen *Tauschgerechtigkeit* begründen, hier in der Form der Einwilligung in das Risiko. Verwirklicht sich das Risiko, so ist der Preis zu entrichten. Die *Wette* darauf, nicht entdeckt zu werden ist, ist verloren.

Dieses Risiko ist der Täter eingegangen und er konnte es auch eingehen.

Für die Reichweite dieser liberalen *Wett-Vertragsidee* ist es gleichgültig, ob die Strafe tatsächlich *objektiv* sinnvoll und *objektiv nützlich* ist. Die Gesellschaft setzt den Preis nach ihren *kollektiven Bedürfnissen* und *Wertesystemen* fest.

*Sozialvertragsstrafe*. Hinzu kommt der Gedanken des Sozialvertragsstrafe. So kann man im Sinne einer -mit *Di Fabio* modernisierten- *Sozialvertragslehre*[758]- zum Beispiel die folgende liberalistische Metapher aufgreifen und sagen, der Angeklagte habe den *vereinbarten* Preis[759] für seine Tat zu entrichten. Er lebt in dieser Rechtsgemeinschaft, er kennt in seiner Parallelwertung in der Laiensphäre die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens und weiß auch grob um die Art und Weise der Strafbarkeit.[760]

---

757 Dazu ausführlicher Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 1. Kap. IV („Verantwortung, freie Rechtsperson und souveränes Individuum“, 47 ff.)

758 Aus der deutschen Sicht zur „geistigen Fortwirkung der Vertragstheorie“ im Sinne der „*Verfassung als Vertrag zwischen Bürgern*“: Di Fabio, Recht, 1998, 35 ff.

759 Dazu Beccaria in seiner berühmten Schrift “Über Verbrechen und Strafe“, Beccaria, Verbrechen, 1766/1966, 51: Gesetze seien die „*Bedingungen, unter denen unabhängige isolierte Menschen sich in Gesellschaft zusammenfanden, Menschen, die müde waren, in einem ständigen Zustand des Krieges zu leben und eine infolge der Ungewissheit ihrer Bewahrung unnütz gewordene Freiheit zu genießen. Sie opferten davon einen Teil, um des Restes in Sicherheit und Ruhe sich zu erfreuen*“. Dazu: Deimling, Kriminalprävention, 1986, 51 ff.., 52. “

760 Diskutiert immerhin als Idee des Gesellschaftsvertrags von Seelmann, Vertragsmetaphern, 1991, 441 ff. 453 und abgelehnt von Hörnle, Straftheorien, 2011., Rn 47 als irreale Unterstellung. - Hier aber erste einmal nur als Minderung der Schutzwürdigkeit des Rechts gemeint.

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.*“[761]

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. 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.

Der Täter weiß zumeist auch um die grundsätzliche Strafbarkeit und um die Sozialschädlichkeit seiner Tat in dieser, seiner Gesellschaft. Er nimmt somit bewusst in Kauf, dass er sich unsolidarisch verhält, und ihm ist bewusst, dass das demokratische Recht dieser seiner Gesellschaft eine derartige Tat mit Strafe bedroht. Trifft ihn die Strafe als *Solidaritätsopfer*, so ergibt es sich aus dem Bemühen der Gesellschaft, seine Unsolidarität „auszugleichen“. Dies weiß er.

*Bürgerrechtliches Konzept.* Schließlich lässt sich schlicht aus dem großen Rechtssatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ in Art. 103 II, § 1 StGB folgern, von der Strafbarkeit der seiner Tat nicht nur gewusst, sondern auch, dass *der Täter selbst schon mit der Tat das ihm vorher bekannte Risiko einer solchen Strafe bewusst auf sich genommen habe.*

3. Die *Einwilligungsidee*, als echte Einwilligung, diskutiert zwar etwa *Seelmann* als Idee des alten Gesellschaftsvertrages. Er und auch *Hörnle* lehnen sie aber mit den bekannten Standardargumenten der Fiktivität ab,[762] *Hörnle* mit den Worten:

---

761 So der berühmte kantsche Begriff des Rechts: Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 230.

„*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*."

*Klaus Günther* etwa erläutert 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.[763] Dahinter verbirgt sich ebenfalls die Idee vom Sozialvertrag, sie ist nur auf den Alltag heruntergebrochen.

Die Grundlage bildet die *alte* Idee vom Sozialvertrag und sie geht von einer Art von freiem homo oeconomicus aus,[764] der sich analog zu den USA eine Gesellschaft gründen kann. Aber auch der heutige Täter, der in eine Gesellschaft hineingeboren wird, weiß um die *grundsätzliche Strafbarkeit* und er *handelt dennoch*. Er lebt ansonsten jedoch gern von den Vorzügen des deutschen Lebenssystems. Er sagt sich, ich will oder ertrage zumindest dieses System, denn ich kann tatsächlich auch *auswandern*. Wer somit um sein 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, willigt nicht ein, wie in einen zweiseitige Vertrag. Aber er nimmt das *Risiko der Strafbarkeit,* und zwar *billigend im Rechtssinne, in Kauf*. Er *wettet* mit sich selbst und auch mit der Rechtsgemeinschaft. Sie normiert, wer so handelt wird bestraft, der Täter erklärt: „Ich handele so und bleibe dennoch unbestraft, (weil ich es kann und es schon deshalb darf). Aber er weiß, er kann (und darf) auf die Erfüllung seiner Wett-Erwartung *nicht vertrauen*.

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 *bewusste Fahrlässigkeit,* zumal die grobe, konstruiert und auch bereit ist, an sie eine Strafe zu hängen. Zudem können Verträge auch im Zivilrecht *konkludent* geschlossen werden. Auch das Notwehrrecht lässt sich, eben

---

762 Hörnle, Straftheorien, 2011, Rn 47, als irreale Unterstellung, hier aber erst einmal nur als Minderung der Schutzwürdigkeit des Rechts gemeint.

763 Günther, K., Freiheit, 1998, 153 ff., 171 f.; zudem: Neumann 2007, 435 ff**.**, 449 f.**;** Pawlik, Person, 2004**,** 9 **(**Loyalitätspflichten**);** Hörnle, Straftheorien, 2011, Rn 51.

764 Hörnle, Straftheorien, 2011, Rn 45. Dazu auch Schmidtchen, Prävention, 2003, 245 ff., 266 f.

anderem, auch mit der *Autonomie* des Angreifers begründen. Er hat die Verteidigung, hier die Reaktion der Strafverfolgung, *provoziert.*[765]

In das *Risiko* einer *Geldstrafe* samt dem Schuldspruch kann der Täter zumindest einwilligen. Denn es handelt sich um Geld und kaum um einen schwerwiegenden sozialen Makel. Das betrifft samt der Einstellung, mit und ohne Geldbuße, rund 80 % der *Verurteilungen*. Dasselbe gilt auch noch für eine eventuelle zu erwartende *Freiheitstrafe* bis zu zwei Jahren, wenn für sie die *Bewährung* mit Geldauflagen und Weisung zur Lebensführung als hochwahrscheinlich gelten muss. Ersttäter mögen darüber nicht konkret nachdenken und sich nicht informieren. Aber mit diesem Risiko rechnen sie in etwa und in diese Gefährdung ihrer Freiheit können sie einwilligen.

Mit einem zivilrechtlichen Vergleich: Täter könnten sich auch mit einer Bürgschaft ein Leben lang verschulden und müssen gegebenenfalls durch die Mühen der *Insolvenz* gehen.

4. *Begrenzte Reichweite einer Wett-Vertragslösung.* Sachgerecht erscheint dennoch *eine Einschränkung*, die auch im Hinblick auf die Idee vom echten 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, bis hin zur 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 eine strenges *Kant*-Strafrecht akzeptieren, wenn es denn nur alle Menschen gleich zu behandeln versucht.

Die Analogie zum *Wett-Vertrags* kann heute jedenfalls nur für den Bereich *des Verfügbaren* gelten. *Über das Leben kann man nicht verfügen*, vgl. §§ 216, 228 StGB (als Verstoß gegen die guten Sitten[766]). Das Verfügbare bildet den Kern der *Autonomie*, wie sie -an sich- für die deutsche Kultur vor allem *Kant* vorgeprägt hat.[767] Auch auf der Verfassungsebene wird der liberale Aspekt einer

---

765 Analog die Deutung des weiten deutschen Notwehrrechts durch den Verfasser: Montenbruck, Thesen, 1983, 33 ff („These von der Einwilligung des Angreifers in das Risiko der Beeinträchtigung seiner verfügbaren Werte (Risikoübernahme)“).

766 Vgl. BGHSt 49, 166, 171 f.

767 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 (…)

moderaten Sozialvertrages (als laienhafte Akzeptanz der Verfassungsnormen) ebenfalls durch die Idee der Sittenwidrigkeit, Art. 2 I GG. Sie ist mit der *Verfassungsethik* gleichzusetzen.

Wir wollen in Deutschland also *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 uns erlauben würde, in den demokratischen Strafnormen die eigene *Todesstrafe* zu festzulegen. Auch das *Foltern* zur Erpressung von Aussagen soll nicht demokratisch frei kodifizierbar sein etc.

Menschenwürde und Menschenrechte begrenzen also die Freiheit und gehören zu den unverfügbaren 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 „Gerechtigkeit", wie immer wieder mit dem *Bundesverfassungsgericht* und dem Blick auf die Alternative eines reinen Positivismus, der dem Gesetzgeber alles erlauben würde, zu betonen ist, bildet den Kern der Rechtsidee im Sinne des *Rechtstaatsprinzips*, 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.

Das Ausmaß der Bedeutung des Vorsatzes oder auch des *Willens zur Tat*, zeigt der Fahrlässigkeitstaten weit milder bestraft werden. Bei ihnen fehlt dem Täter in der Regel das aktuelle Unrechtsbewusstsein. Der Vorsatztäter kennt dagegen die Rechtslage, die Strafbarkeit seines Verhaltens und handelt trotzdem.

---

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.).

Die Idee der souveränen *Verfügbarkeit* und die Rechtsform der *Vereinbarungen* von konkreter Strafen finden wir auch abgeschwächt im deutschen Rechtsstaatssystem. So darf immerhin eine *nachträgliche* Absprache oder *Vereinbarung* mit der Justiz im Sinne von § 257c StPO zu einem Verzicht von vielleicht *einem Drittel* der Strafe führen.[768] Insoweit aber können also der Täter und auch der Staat über die durch die Tatschuld im engen Sinne verdiente Strafe *verfügen*. Dabei beleibt noch meist unbeachtet, dass mit dem *Geständnis* in der Regel auch Vollzugslockerungen und eine Zweidrittelverbüßung (bei Ersttätern sogar die Halbverbüßung) in Betracht kommt.

Auch diese Praxis des *nachträglichen* Sühnevertrages mit dem geständigen Täter dafür, dass der Täter auch *vor* der Tat -*in einem gewissen Maß*- in das Risiko der Bestrafung mit einer zu *vollstreckenden Freiheitsstrafe* einwilligen kann. Über den konkreten Umfang ist später im Einzelnen nachzudenken.

5. *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.

Die konsequentere, aber auch *umstrittene* Idee der echten Einwilligung 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 erheblichem Maße. Er steckt auch in Art. 103 II GG, § 1 StGB.

Allein aber trägt die Einwilligung in das Risiko nicht, weil es sich *nicht* um eine volle Einwilligung in die Bestrafung handelt. Aber bei der fiktiven nachträglichen *Güterabwägung* einer demokratischen Verfassungsgesellschaft der Vernünftigen, die sich fragt, weshalb sie denn eines ihrer Mitglieder straft, hilft dies Gedanken.

Im Rahmen eine Güterabwägung analog zu § 34 StGB *mindert* diese Art der Einwilligung also nur, aber immerhin den *Schutzwert der Rechte* und Interessen

---

768 So das Ergebnis der empirischen Ermittlung, die Bundesverfassungsgericht in Auftrag gegeben hat. Absprache-Urteil: BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), Abs.-Nr. 49 (§Der „Strafrabatt“ im Anschluss an ein absprachegemäß abgelegtes Geständnis liegt nach Angaben der Befragten zumeist zwischen 25 % und 33,3 % der wahrscheinlich zu erwartenden Strafe nach „streitiger“ Verhandlung“).

des Täters gegenüber den Interessen der Allgemeinheit (generalpräventiver und individualpräventiver Art und vor allem an der Durchsetzung der Idee des „gerechten Tatschuldausgleichs“). Liegt einem gerechten *Ausgleich* die *Gleichwertigkeit* von Aktion und Reaktion zugrunde, so führt dieser Umstand zumindest dann zu einem *erheblichen Überwiegen* des Interesses der Allgemeinheit, wenn zusätzlich die Strafe noch in *humaner* Weise kodifiziert, festgesetzt und vollsteckt wird.

Doch ist innerhalb unseres deutschen Rechtssystems auch schon die echte Einwilligung 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. In das Risiko der Verurteilung zu einer *Geldstrafe* und auch noch in eine *Freiheitstrafe zur Bewährung* kann man hingegen offenkundig einwilligen.

Das *Bundesverfassungsgericht* selbst hat diesen Gedanken der Einwilligung in das Risiko der Strafverfolgung allerdings (noch?) nicht ausdrücklich aufgegriffen, obwohl er sich unmittelbar aus dem Schuld- und dem Autonomieprinzip herleiten lässt.

## IV. Langzeitstrafen: autonome Einwilligung in das Risiko nur für mittelfristige Strafen

1. *Ausgangslage*. Nicht vertieft ist die Frage, welches denn einigermaßen exakt die *Straf- und Lebenszeiten* sind, über die der Täter als Mensch *gerade noch* autonom *verfügen* kann.[769]

Der Hinweis auf die Einwilligungsgrenze der Sittenwidrigkeit bei der Körperverletzung und der Hinweis auf die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen bilden nur, aber immerhin eine *sozialethische Begrenzung*. Der Gedanke, etwa *Langzeitstrafen für Kapitaldelikte* zumindest auch darauf zu gründen, dass die hohe Strafe ja vorher gesetzlich bestimmt gewesen sei und der Täter dies im Sinne der Parallelwertung in der Laiensphäre gewusst habe, würde eine Art von *sittenwidriger Selbstverpfändungen* auf 10, 15 und mehr Jahre bedeuten. Einen solchen Akt kann die deutsche Rechtsordnung, die das Element der *Sittenwidrigkeit* kennt (vgl. auch § 138 BGB), schon um ihrer selbst willen nicht dulden.

---

769 Überarbeitete Textteile aus Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff. , 375 ff. Zur sozialen Zeit siehe auch, Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff., 668 ff.;

2. *Mittelfristige Freiheitsstrafen*. Nur *mittelfristige* Zeiträume von bis zu *fünf* Jahren sind für den einzelnen Menschen gerade noch *überschaubar*. Selbst jedes gut geführte Wirtschaftsunternehmen kann seine Strategie nur *mittelfristig* festlegen. Auch gesamte *Legislaturperioden* dauern nicht länger. Auch unsere konkreten Lebenspläne sind nur mittelfristig angelegt. Fünf Jahre kann man deshalb noch als einen „*verfügbaren Zeitraum*" bezeichnen.

Danach sind vereinfacht Strafe bis zu 5 Jahren auf der Grundlage des gerechten Tatschuldausgleichs vorrangig mit dem Element des *Schuldprinzips* und dort mit dem Gedanken zu begründen, dass der Täter mit dem ihm *nachgewiesenen Unrechtsbewusstsein* zugleich in das *Risiko seiner Verurteilung* eingewilligt hat. Insofern bestraft er sich selbst. Volenti non fit iniuria (dem Wollenden geschieht kein Unrecht). Allerdings muss es sich bei der Tat um eine kollektiv-gesetzlich bestimmte *elementare Rechtsgutsverletzung* handeln, die dieser Strafe auch *angemessen* ist.

3. *Rechtfertigung von Langzeitstrafen*. Etwas anderes muss folglich für Langzeitstrafen von 10, 15 oder 25 Jahren gelten, genauer um diejenigen *Strafteile,* die nicht nur 5 Jahre überschreiten, sondern zunächst einmal auch *über 10 Jahre* hinausgehen. In der Regel handelt es sich dabei um schwerste Gewalttaten und Kapitaldelikte.

Bei derart langjährigen Freiheitsstrafen, die vernünftigerweise von keinem Menschen mehr zu überblicken sind, wird oder würde der Gedanke des *Autonomieprinzips* im Sinne der Art. 1 I, Art. 2 I GG *missbraucht*.

Es handelt sich dann in der Tat nur um eine Art von *streng liberaler Zuschreibung* von Autonomie, etwa auf dem Wege des *faktischen Sozialvertrags* und über die allgemeine Anerkennung des Normensystems unserer Verfassungsgesellschaft, weil man in ihr lebt und nicht auswandert. Strafen oberhalb der verfügbaren Fortbewegungsfreiheit und damit jenseits der *Obergrenze der Autonomie* stellen eine (streng *liberalen* Art von) *Gefährdungshaftung* dar, die dann aber auch entsprechend *begründet* werden müsste.

Die Idee von der Würde des Menschen gilt aber bekanntlich selbst für den Mörder.[770] Deshalb ist -insofern und zunächst- einmal sein Blickwinkel einzunehmen. Kein Mensch kann über 10, 15 oder gar 25 Jahre seines Lebens wirklich frei verfügen. Nur Familienverbände und staatliche *Gesellschaften* können und werden in *Generationen* denken. Deshalb ist es auch ihr *sozialer*

[770] Vgl. etwa BVerfG 109, 133, 134 f., nur die Freiheit dürfe beschnitten werden.

Blickwinkel, wenn derartige Strafen gesetzlich bestimmt und von Gerichten verhängt werden.

Die Idee der Eigenverantwortung trägt also schon weit, sie darf allerdings nicht sofort mit dem Gedanken des Schuldausgleichs im Sinne der vollen Widervergeltung verbunden werden. Die ideale *Widervergeltung eines Mordes* mit einem Mord ist überhaupt nur auf der Ebene des Streites zwischen *clanähnlichen Gruppen* möglich, denn das Opfer selbst ist tot. 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 erste generalpräventive eingefärbte *These* lautet also, dass zur Rechtfertigung für *Langzeitstrafen* -und zwar auch aus der Sicht des grundsätzliche autonomen und würdigen Strafgefangenen- diejenigen Strafgründe analog heranzuziehen sind, die das *Bundesverfassungsgericht* zur *Sicherungsverwahrung* vorträgt.

Auf diese Weise muss sich der autonome vernünftige (geistig-sittliche) Täter-Mensch, zunächst selbst zum auch *sozialen Wesen* erklären und sich als solche fühlen. So hat er nicht nur Nächsten-Netzwerke, sondern spricht auch eine Sprache und lebt in vielen Gemeinschaft etc. Daraus folgt das er auch *Sozialpflichten* unterliegt. Zu diesen Pflichten gehört es schon einmal, den unter Umständen lebenslangen Freiheitsentzug aufgrund einer Maßregel der Besserung und Sicherung gem. §§ 63, 64, 66 StGB zu ertragen[771] oder als Unschuldiger die Strafverfolgung bis hin zur Untersuchungshaft zu ertragen. Aber als soziales Wesen hat der Vernünftige sich dann auch der *abstrakten Idee* der Gerechtigkeit, auf national Ebene als Teil der Rechtsstaatprinzip, zu unterwerfen.

Die Idee der Gerechtigkeit geht mit jeder *Kooperation* in jeder Art von Gemeinschaft einher. Das Vertrauen in Kooperation verbietet Gewalt, List und Treubruchakte und sie muss den Anspruch haben, dieses „Krumme“ in *sozialverträglicher* Wese gerade zu richten, Dies muss jede kooperative Gemeinschaft und auch jedes Mitglied als soziales Wesen, um ihrer *selbst willen* wollen.

---

771 Zur Sicherungsverwahrung hier zunächst: BVerfG, Beschluss vom 8. 11. 2006 - 2 BvR 578/0. Absatz-Nr. 69 und 70.

.

Im Kern und vereinfacht geht es nach dem Risiko-Einwilligungs-Konzept auch nur um die *Straffteile* oberhalb von 10 Jahren im geschlossenen Vollzug.

- Sie lassen sich *primär* über den *allgemeinen* Gedanken der im Kern blinden *Gerechtigkeit* und als ein *Sonderopfer* auf deren Altar erklären.
- Zusätzlich und sekundär stellen sie ein *Solidaritätsopfe*r dar, unter anderem zur Erhaltung der *Rechtstreue* der Allgemeinheit, die wiederum derartige Gerechtigkeit fordert und anderenfalls mit unzivilisierter Selbstjustiz droht.
- Die Strafe dient zudem ohnehin mit der Art des Vollzuges auch individualpräventiven Zwecken.

Auf diese Weise sind die drei Elemente der Vereinigungstheorie wieder vertreten.

Die zweite These, die vorrangig den gerechte Tatschuldausgleich im Blick hat lautet für das Konzept des Strafrisiko-Täters also: Den Vorrang genießt bei Langzeitstrafen und auf die Idee des *gerechten Tatschuldausgleichs* übertragen die strenge *Gerechtigkeit „ohne Ansehung der Person"*. Für sie hat der Täter bei den Strafteilen *oberhalb von 10 Jahren* ein „Gerechtigkeits-Sonderopfer" zu bringen. Denn über sie kann er eindeutig nicht frei verfügen.

4. *Folgerungen für das gesamte Strafensystem.* Im nächsten Schritt ist über Strafen von vereinfacht 5 bis zu 10 Jahren nachzudenken.

Auch hier lassen sich die *ersten 5 Jahre* einer *Strafe bis* zu 10 Jahren vorrangig mit der *Einwilligung in das Risiko* begründen.

Für die Strafteile darüber hinaus, also *zwischen 5 und 10 Jahren* sind die Feinheiten unseres *Sanktionssystems* berücksichtigen. So sind die Möglichkeit der *Zweidrittelverbüßung* bei günstiger Legalprognose gem. § 57 I StGB ebenso mit zu bedenken 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 Strafaussprüchen, 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 zu schieben, also vereinfacht auf 10 Jahre.

Auch die *Halbverbüßung* sieht das Gesetz für Ersttäter mit guter Legalprognose vor, „*wenn die Gesamtwürdigung von Tat, Persönlichkeit der verurteilten Person und ihrer Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass besondere Umstände vorliegen*“, § 57 II StGB.

Der Täter hat es also während des Vollzuges einer Freiheitstrafe bis zu 10 Jahren *in beachtlichem Maße noch in der Hand* die Strafe zu verkürzen und abzumildern. *Verzichtet* er darauf, so trägt er -umgekehrt gelesen- das *Risiko* der Verlängerung über 5 Jahre hinaus. Er zahlt also den Preis dafür, dass er diese Angebote nicht annimmt.

10 Jahre sind -wie auch die 5 Jahre- gewählt, weil es sich um die pauschalen Strafrahmengrenze des *Strafgesetzbuches* handelt. So kennt das Strafrecht *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 absolute Obergrenze der mittelschweren Kriminalität. In aller Regel halten die Gerichte bei der mittleren Kriminalität (Diebstahl, Betrug, Steuerhinterziehung) selbst für schwere Fälle faktisch eine *5 Jahres-Grenze* ein, die das Gesetz auch als *Regelobergrenze* vorsieht. Das gilt auch für viele Gewaltdelikte. Nur in Sonderfällen überschreiten sie sie.

5. *Fazit.* Das Autonomieprinzip und der *Einwilligung in das Strafrisiko* hilft mit, Freiheitsstrafen nicht nur bis zu 5 Jahren, sondern auch solche bis zu 10 Jahren zu rechtfertigen. Im Rahmen einer *Güterabwägung* analog § 34 StGB mindert der Täter den *Rechtsschutz* für seine Güter „wesentlich“, hebt ihn aber schon deshalb nicht auf, weil es sich nicht um eine volle Einwilligung in die Bestrafung handelt.

Denn vereinfacht hat der Täter es während der für ihn gerade noch überschaubaren ersten fünf Jahre im Strafvollzug noch in der Hand, die Bedingungen für eine Halbverbüßung oder erhebliche Vollzugslockerung bis zum Freigang zu setzen, die dann in eine Zweidrittel-Verbüßung einmünden.

Dieser Autonomie-Gedanke hilft aber nicht mehr dabei, Strafen (oder wenigsten Strafteile) von *10 bis 15* Jahren, oder bei Schwere der Schuld gemäß § 57 a I StGB noch darüber hinaus zu begründen.

Dies sind Fälle, bei denen im Rahmen einer Güterwägung der Interessen der Gesellschaft und des Einzelnen, die Idee der *Sozialpflichtigkeit des Menschen* die Strafe vorrangig begründet. Aber soweit sich die Gesellschaft über ihre

„Verfassungsidentität“ ihrerseits der Höchstidee des Rechts und damit auch deren gewichtigen materiellem Kern der „strengen Gerechtigkeit als solcher“ *unterwirft* (Art. 1 II, 20 III, 79 III GG) und sie ihn nur durch die humane Idee der persönlichen Schuld (und das Sozialstaatsprinzip*) abmildert*, ist festzuhalten:

Aus diesem Autonomie-Konzept folgt zwar, dass Strafaussprüche von grob über zehn Jahren vorrangig auf mit der abstrakten Idee der *gerechten Vergeltung* begründet sind. Der Täter muss als insofern Lebenszeit auf dem Altar der Gerechtigkeitsidee geopfert.

Zwar ist auch solchen Täter vorzuhalten, dass sie, weil im Willen frei, die *Grundlage* des hohen Strafausspruchs, die Tat, hätte vermeiden können. Doch die *Bedeutung* einer solchen Strafe kann ein Mensch, schon auf der Zeitachse, nicht ermessen, also darüber auch nicht frei verfügen.

Außerdem wirkt sich die Begründung der *Höchststrafen,* zumal in einem Einheits-Strafensystem, auf die Rechtfertigung der kurz- und mittelfristigen Strafen aus. Die strenge *abstrakte Gerechtigkeitsidee* bestimmt und begründet schon insofern jede Art und Höhe von Strafe mit.

Wer aber dennoch im Sinne der *Sozialvertragsidee* meinen sollte, der Täter könne auch in das Risiko einwilligen, zu einer langfristigen Freiheitstrafe verurteilt zu werden, der kann das gesamte Strafrecht aus der Sicht der *Autonomie* des Menschen erklären und das Schuldprinzip *liberal* (aber nicht human) zu Ende denken. Die „gerechte Strafe“ ist danach die im Gesetzespaket des *Sozialvertrages* grundsätzlich schon mit vereinbarte Strafe. Denn kein Staat kommt ohne ein staatliches Strafrecht aus. Es ist dann vertragsgemäß von der demokratisch gewählten Legislativen meist *generalpräventiv* näher zu bestimmen. Wer den Nutzen aus einer Staatsgesellschaft zieht, willigt damit auch die Kosten ein, gegebenenfalls allerdings auch in die Todesstrafe.

Die deutsche Idee der minimalethischen Sittlichkeit, hier als abstrakte und auch humane Strafgerechtigkeit, deckelt und überformt nur diese streng liberale Vertragssicht, aber sie verbannt diesen Freiheits-Ansatz nicht völlig.

Die Idee der individuellen Einwilligung in das Risiko bestraft zu werden, *unterstützt* also zumindest die Rechtfertigung jeder Geld- und jeder mittelfristigen Freiheitstrafe aus der Sicht eines frei gedachten Täters.

## V. Rechtskultureller Vorrang von Würde und Sittlichkeit, Schuldfähigkeit des Menschen als geistig-sittliches Wesen

1. Zum Abschluss der „grundlegenden Sonderlehren“ bietet sich nach allem eine weitere Einordnung an, die in Thesenform lautet:

Aus *deutscher* Sicht bestimmen nicht die Allgemeinheit per Gesellschaftsvertrag eine rein liberale Moral oder im Sinne des Positivismus moral-frei die demokratische Legislative alle Normen. Vielmehr determinieren uns umgekehrt die beiden moralischen Ideen

- der *Freiheit* aller Menschen (AME) und
- die *Sittlichkeit* (als Minimalethik im Recht)

gemeinsam.

Denn Freiheit und Sittlichkeit prägen das „geistig-sittliche Wesen“ des Menschen und ebenso das Wesen seiner Gemeinschaften. Sie bilden auch den materiellen Kern des „gerechten Rechts". Dabei wird die Freiheit zur *Menschenwürde*, indem sie im Wesen der Menschen auch die höchsteigene Sittlichkeit (Moralität) erblickt, als die Grundfähigkeit sich vernünftige Normen zu erkennen und sich danach auszurichten. Nur deshalb kann er als Straftäter auch nicht nur frei, *also vorsätzlich*, sondern auch (und meist zugleich) *schuldhaft* handeln.

Insofern hilft es für die Begründung von Strafe zwar aus der Sicht der „Freiheit“ auch, dass der Freie das Risiko bestraft zu werden *bewusst* eingeht. Doch den *zweiten* (und meines Erachtens den eigentlichen deutsche) Hauptstrafgrund bildet der Ausgleich der Ungerechtigkeit nach Maßgabe einer *selbständigen Wertethik* (strafrechtlich die Rechtsgüterlehre). Einen „Sozialschaden“ ruft jede Werteverletzung demzufolge auch immer hervor, aber vor allem deshalb, weil die *Werte* auch das Wesen der Verfassungsgesellschaft und seines „Gemeinschaftslebens“ prägen

Diesem Konzept folgt auch die „gerechte Tatschuldstrafe“ und sie stützt diesen Ansatz damit zugleich: Die gesetzliche Strafe entzieht dem Täter zum gerechten Ausgleich

- mit dem Strafausspruch bestimmte Teile seiner *Freiheit* und wirft ihm
- mit dem Schuldspruch auch eine bestimmte *Werteverletzung* vor, der einen sozialethischen Makel beinhaltet, ihm jedoch nicht seine Würde nimmt.

2. Damit wird erneut deutlich, inwieweit das Strafrecht von der *Rechtskultur* abhängig ist. Die Grundfrage lautet aus der Sicht des gesamt-westlichen Rechtsdenkens, welche Idee bestimmt *vorrangig* sein Wesen,

- der Rechtsidealismus der Würde und Werte oder
- der funktionale Gesellschaftsnutzen der Freiheit und des Gemeinwohls.

Auf das für jedes bürgerrechtliche Staatswesen so wichtige Strafrecht bezogen, lautet die Frage, wird das Strafrecht vorrangig seinem „Sinn“ oder seinem „Zweck“ bestimmt. Dies ist jeweils eine *kulturelle* Entscheidung, die mit einem dazu passenden *Gesamtsystem* einher geht, die aber auch jeweils abweichende Ansichten erlaubt und sie auch ständig prüft.

Die *Bundesverfassungsgericht* hat sich deshalb auch bei seiner Betonung der „gerechte Tatschuldstrafe“ auf das *Subsidaritätsprinzip* der EU-Grundrechtecharta bezogen und räumt zugleich der *Strafrechtwissenschaft* mit ihren Straftheorien und dem *Strafsetzgeber* für seiner Auswahl großen *Freiraum* ein.

3. *Fazit*. Für das *Bundesverfassungsgericht* jedenfalls beruht die strafgesetzlich normierte Schuldfähigkeit des Straftäters bis auf weiteres auf seinem „geistig-sittliche Wesen“.

.

## 11. Kapitel

## Einzelne Sonderlehren zum gerechten Tatschuldausgleich

### I. Wider die These, nur der Tatschuldausgleich erlaube eine abgestufte Strafzumessung: dreifaltiges Verschulden von Taten, von Gefahren, von Erschütterung der Rechtstreue

1. Drei Sonderlehren zum gerechten Tatschuldausgleich sind anzufügen und sollen ungewohnte Ansätze bieten.

Zunächst ist ein mächtiges Argument vor- und gleich darauf in Frage zu stellen, das schon lange dazu dienen soll, den Vorzug und Vorrang des Tatschuldprinzips zu begründen. Es lautet, nur das Tatschuldprinzip erlaube eine gerechte Strafzumessung. So könnten aus rein präventiven Gründen bei massenhaften Bagatell-Delikten harte Freiheitstrafen angedroht werden und Ausschwitz-Täter straffrei auskommen.

Für die Strafbemessung hat schon *Kant*[772] die Ansicht vertreten, dass nur mit Hilfe des *Widervergeltungsrechtes die Qualität und Quantität der Strafe* bestimmt werden könne. *Mayer*[773] 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 schütze.[774]

Daraus folgt dann, dass nur mithilfe der Angabe des verschuldeten Unrechts überhaupt eine abgestufte Strafbemessung möglich sei.

Wer die *Quantifizierbarkei*t der Strafe will, muss danach also das Schuldprinzip bejahen.

2. *Kant* hat zwar an anderer Stelle auch erklärt, dass das Widervergeltungsrecht (ius talionis) nicht nur die Quantität, sondern ebenso die Qualität der Strafe bestimme.[775] Aber das Vergeltungsprinzip passt nur noch bedingt zur Idee vom

---

772 Kant, Grundlegung, 1785, AA IV, 159 f.; zustimmend auch Flechtheim, Hegel, 1936/1975, 99.

773 Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff, 65.

774 Ebenso (in derselben Zeit des sozial-liberalen Alternativ-Entwurfs von 1966 und der parlamentarischen Neufassung des Allgemeinen Teils von 1969/1975) Ebbinghaus, Strafen, 1968 , 98 f.

775 Kant, Grundlegung, 1785, AA IV, 452 f.

gerechten Tatschuldausgleich. Alle *humanen Milderungen*, angefangen mit dem Verzicht auf die Todesstrafe und auf die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitstrafe ohne Aussicht auf Bewährung, passen nicht in Kants strenges moralisches Konzept. Auch die Grade der Vorwerfbarkeit, etwa auch für Fahrlässigkeitsdelikte oder besondere gesetzliche Milderungsgründe blendet er aus. Dasselbe gilt, jedenfalls als moralischer, nicht aber aus obrigkeitlicher Sicht, auch für die Ideen der Aussetzung zur Bewährung und der Resozialisierung, aber auch für die Sicherungsverwahrung sowie für Strafschärfungen bei einschlägigen Vorstrafen oder Milderung für ein Geständnis.

Nur wer *wie im Zivilrecht* gemäß § 823 BGB 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 zur Verfügung

Die *subjektive* Seite, dass die Tat von einem vernünftigen Menschen durchgeführt wurde, ist für *Kant* zwar als Grundlage mitzudenken, denn nur für den Vernünftigen gilt der kategorische Imperativ. Aber *Kant* legte das Hauptgewicht auf das Vergelten des gewollten Erfolgs.

Dennoch erlauben die Art und das Ausmaß der Beeinträchtigung von *Rechtsgütern im Groben* und *im ersten Schritt* eine sinnvolle Strafbemessung. Alle besonderen Schuldmerkmale dienen aus dem Blickwinkel der strengen Gerechtigkeit in einem *zweiten Schritt* nur der *Milderung* dieser Tatschuld.

Die humane Schuldstrafe ist dann nur noch, aber immer hin noch *relativ* zur strengen Gerechtigkeit nach Maßgabe von Art und Gewicht der objektiven Rechtsgutverletzung durch einen moralischen Standart-Menschen zu lesen.

Der Vergeltungsansatz im Sinne strenger Wechselseitigkeit *hilft* also bei der Quantifizierung der Strafe, er regiert aber auch schon das komplexere Konzept des „gerechten Tatschuldausgleichs“ nicht allein. Er erweist sich bereits als erheblich verwässert.

3. Das Argument der *Exklusivität* ist ebenfalls zu überprüfen. Jeder der *drei* Ansätze, die die Vereinigungstheorie bündelt, kann -meines Erachtens- mithilfe des Verschuldens einen eigenen, wenngleich ebenfalls[776] nur groben *Maßstab für die Strafzumessung* beinhalten:

[776] Zu den Problemen der Spielraumtheorie bei der Bestimmung des Schuldrahmens unter anderem aus empirischer Sicht: Streng, Praktikabilität, 2001, 875 ff., 875 ff.

*Individualprävention*. Wer Strafen vorrangig zur Gefahrenabwehr im Sinne der Individualprävention betreiben will, der 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. Auch das Jugendstrafrecht, weil und soweit es tatsächlich vom *Erziehungsgedanken* geprägt ist (vgl. § 17 JGG), setzt ähnlich an. 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 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). Auch hier ist es der Täter, der in der Regel die Voraussetzungen der Prognose *mit seinem Verhalten* „verschuldet". Dazu zählt auch, ob er *nach der Tat* insbesondere die Frage, ob er Unrechtseinsicht offenbart und ernsthaft Rechtstreue zeigt oder nicht. Dies kann er auch bei Vollzugslockerung unter Beweis stellen.

*Generalprävention*. Unter der Vorherrschaft der positiven Generalprävention sind Freiheits- und Geldstrafe vom *Maß der Erschütterung* der Rechtstreue abhängig.

Auch die Erschütterung der Rechtstreue hat der Täter mit*verschuldet* und muss mit Strafe nach dem *Maß der Erschütterung* rechnen. Sie wird im Übrigen auch auf die Opfersicht hin ausgerichtet, etwa vom Mitleid bestimmt sein, das die Tat auslöst, aber sich mit der Zeit auch abbauen.

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 auf die Schwere der *Tat*, also der vom Täter verschuldeten Rechtsgutsverletzung, den wirklich handfesten Maßstab, stellt das moderne Tatschuldstrafrecht auch nur begrenzt ab.[777]

[777] Siehe aus kriminologischer Sicht ebenfalls kritisch Müller, H. E./Schmoll, Deliktsschwereforschung, 2019, 117 ff. („Deliktsschwereforschung als Grundlage eines gerechteren Strafrechtssystems?"). Zu den Problemen, Schuld in Strafe, also Qualität in

Vortrafen und Geständnis und auch die Tatmehrheit spielen eine erhebliche Rollen.

4. Das *Maß der Gewichtung* von präventiven und vergeltenden Elementen hängt zunächst vom eher generalpräventiv denkenden *Gesetzgeber* ab, vor allem bei der Bestimmung der *Mindeststrafen* (ohne minderschwere Fälle). Danach entscheidet das unabhängige *Tatgericht* über Art und Maß dieser Elemente innerhalb der Vorgaben der Strafzumessungsregel des § 46 StGB und der sonstigen sanktionsrechtlichen Regelungen. Es wird dabei von einer eher präventiven oder eher vergeltenden, aber immer noch zulässigen Auslegung *des Schuldbegriffs* ausgehen. Dass es sich dabei wegen der *Unbestimmbarkeit* der exakt angemessenen Strafe und auch wegen der unterschiedlichen, aber vertretbaren Auslegungen der Schuldbegriffs dabei an bestimmte „Übungen" anderer Gerichte, insbesondere der höheren Instanzen hält, liegt ebenfalls nahe.

Das *Bundesverfassungsgerich*t legt das Schwergewicht (inzwischen und bis auf weiteres) auf das *Schuldprinzip* und die Idee des Menschen als würdigem, weil geistig-sittlichem Wesen. Er muss seine *Taten* verantworten. Insofern genießt innerhalb dieser drei Ansätze der gerechte Tatschuldausgleich den *Vorrang* und die anderen beiden Formen des Verschuldens hegen ihn *gemeinsam* ein und balancieren ihn aus.

5. *Fazit.* Am Ende ist aus der Sicht der *Straftheorie* einzufordern, dass Art und Höhe der Sanktion
- nicht nur auf der „Grundlage" der *Tatschuld* zu bestimmen ist, sondern
- dass bei der „*Schuld"* die *Mit-Verantwortung* des Täters für die Datengrundlage der *Gefährlichkeitsprognose* berücksichtigt wird und auch
- das Maß der *Erschütterung der Rechtstreue* der Allgemeinheit,, das der Täter mit-verschuldet hat und das es auszugleichen gilt.

Auf beides kann der Täter als „Person" auch mit verdienten *Vorstrafen* Einfluß nehmen oder im *Nachhinein* positiv einwirken, durch die aktive Festigung seiner sozialen Bindungen, durch die freiwillige Wiedergutmachung und durch ein öffentliches glaubwürdiges Geständnis.

Der Sache nach haben Allgemeinheit, Gesetz und Praxis diese *dreifaltige* Sichtweise mutmaßlich seit dem Bestehen einer *persönlichen* Strafe mit bedacht. Geboten erscheint nur, den *Begriff des Verschuldens* -auch- offen entsprechend

---

Quantität umzurechnen, und dazu dass es nur wenige grobe Schwerstufen gibt, analog etwa zu den 6 Schulnoten, und dazu, dass es deshalb eine *formal gerechte* Ausrichtung an den üblichen „runden" Ankerzahlen geben sollte: Montenbruck, Abwägung, 1989, 18 ff, 21 ff.

*funktional* zu verwenden. Er selbst ist nicht streng an die Rechtsgutsverletzung gebunden.

## II. Strafmildernde Mitwirkung von Gesellschaft und Natur als Rechtfertigung von humanen Strafen, milde Geldstrafe

1. *Ausgangslage*. Herkömmlicher Weise geht das Schuldstrafrecht davon aus, dass der voll schuldfähige 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. Allerdings war oben schon auf die präventive Sonderlehre hinzuweisen, dass die Gesellschaft sich selbst die Kriminalität und damit auch die Tat des Täters -zumindest *auch*- zurechnen lassen muss, dass sie *sich* tatsächlich *mitbestraft*, wenn sie etwa die hohen Kosten der Strafrechtspflege trägt oder wir alle als ein gewisses Rest-Rückfallrisiko auf uns nehmen.

Entsprechendes ist auch für die Idee des Tatschuldausgleichs zu erwägen. *Hartmut Schneider* kritisiert, wenngleich aus der Sicht eines „generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells", zu Recht:

*...ein absolutes Schuldverständnis läuft Gefahr, zu einer interpretativen Überindividualisierung zu führen, die dem Individuum die außer-individuellen Bedingungen seiner Abweichungen vorenthält, wodurch die kriminelle Realität verkürzt wird.*" [778]

Deshalb ist die Frage nach dem *Ausmaß der eigenen Schuld* des Täters zu stellen. Dazu ist nicht nur die *Mitverantwortung der Gesellschaft* zu bedenken. Zusätzlich ist auch auf die *natürlichen Beweggründe*, die „triebhafte Natur des Menschen" zu blicken, die jedem einzelnen Menschen innewohnen. Entspringt nicht etwa das Bild vom Menschen als „geistig-sittlichem Wesen" einer ethischen *Über-idealisierung*, der die *Menschlichkeit* fehlt, Art 1 I GG?

Schon wer die *Vereinigungstheorie* zu Ende denkt, der wird daran zweifeln müssen, dass der Täter für die Tat, die uns als die seine gilt, *allein* und *voll* verantwortlich ist.

In etwa, aber nicht exakt in diesem Sinne spricht *Klaus Günther* von den *drei Formen der Verantwortlichkeit* oder auch *Zurechnung*.[779] Er erklärt zunächst

---

778 Schneider, Hartmut, Grund, 1990, 92.

779 Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff., 9 ff.

einmal einleuchtend -aus einer umfassenderen *kriminalwissenschaftlichen* Sicht- verantwortlich für eine Straftat sei entweder die
- „einzelne *Person*“, also in etwa das (freie und würdige) Subjekt im hier gemeinten Sinne oder
- die *Gesellschaft*, die dann offenbar als verantwortlicher Akteur auftritt und die soziale Seite der einzelnen Person dominiert; sie hat den Straftäter falsch gesteuert oder nicht erzogen muss ihn deshalb vor allem resozialisieren.
- Oder es ist die „*äußere Natur*“ in einem metaphorischen Sinne verantwortlich, der Täter ist krank. In diesem Falle wird (oder besser ist) der Mensch verobjektiviert und als von seiner Körperlichkeit beherrscht betrachtet.

*Günther* betont zu Recht, dass sich fast alle Arten von Zuschreibungen von Verantwortlichkeiten zwischen „*drei Eckpunkten*“ bewegen und meint zudem, dass alle drei auch „*sinnvoll nebeneinander zu verwenden*“ und jeweils an „interne Regeln der jeweiligen Zuschreibungs- oder Erklärungslogik gebunden“ seien.

Im nächsten Schritt folgt aus einer dreifachen Zurechenbarkeit zumindest eine Art von Mitverantwortung von Gesellschaft und Natur.

Dies gilt, wie ich meine, aber *nicht* nur für den *kranken* Täter, sondern auch für die Mitursächlichkeit der *menschlichen Naturtriebe des Gesunden* und auch für die Mitbedeutung der natürlichen Strafantriebe, der *Natur der Strafenden*, die diese, wollen sie *vernünftig* sein, zu erkennen und in angemessener Weise zu kontrollieren haben.

Das scheinbar so milde Schuldstrafrecht erweist sich -auch danach- als der höchstpersönlichen Schuld „streng gerecht“ angemessen.

2. *Mitverantwortung der Gesellschaft*. Die Leitidee vom geistig-sittlichen Wesen ist zu ergänzen, und zwar wieder im Sinne des zusätzlichen Menschbildes, das das *Bundesverfassungsgericht* zur Begründung der Sicherungsverwahrung herangezogen hat. Der Mensch ist auch ein *soziales Wesen* und er muss Solidaritätspflichten auf sich nehmen. Dieser Gedanke gehört zu Art. 20 I GG.

Er wirkt aber auch umgekehrt. So trägt auch die Verfassungsgesellschaft eine Mitverantwortung an der Art und Weise einer *verfehlten Sozialisierung*. Auch offeriert sie den Tatgeneigten die *Lockangebote* der günstigen Tatgelegenheiten all derer, die im *Vertrauen* auf die Normgeltung ihre Rechtsgüter nur eingeschränkt schützen oder diese Güter überhaupt erst in der arbeitsteiligen Gesellschaft entwickeln konnten. Ferner nutzt sie die *Idee der Freiheit*.

Eine strafende demokratische Gesellschaft, die dem Täter von Verfassungs wegen die *Resozialisierung* anbietet, hat offenbar zumindest bei seiner Sozialisierung versagt. Sie hat daher eine *Teilverantwortung* für die Tat zu übernehmen, die zu einer *Strafmilderung* führen muss.

Unstrittig hat jede Tat *viele Ursachen* im Sinne der kausalen Handlungslehre, die jeweils *eine* Bedingung bilden, ohne welche es nicht zu dieser konkreten Handlung gekommen wäre (conditio sine qua non). Deshalb ist *immer* auch nach fremder Mitverantwortung zu fragen und die Mitverantwortung der *Gesellschaft* für jedes sozialrelevante Verhalten steht m. E. außer Frage.

Aber es reicht für das *Strafen* aus, diese Frage *auszulagern* und mit der Mitverantwortung weder die Prüfung des Tatbestandes zu belasten, indem man die Lehre von *objektiven Zurechnung* im Sinne der sozialen Handlungslehre vertritt, noch die Bestimmung der strafrechtlichen Schuld zu überlasten, indem man die Strafe nur bei *subjektiver Zurechenbarkeit* vorsieht.

Die Frage der *generellen* Mitverantwortung der Gesellschaft gehört besser zu den noch abstrakteren *Strafideen*. So preist das gesamte humane *System der Strafrechtfolgen* und vor allem die Praxis der deutschen Gerichte *-der Sache nach-* die Anerkennung der generellen Mitverantwortung der Gesellschaft mit ein. Vor allem ihr Vergleich mit dem *strengen Tatausgleich, als der Todesstrafe für den Mord,* lässt sich -auch- mit der Mitverantwortung der Gesellschaft, vor allem für die *soziale Lebens- und Umwelt dieses Täters* rechtfertigen.

Die These lautet:

Unser *humanes Tatschuldstrafrecht* beruht sogar dann auf einem *streng gerechten Ausgleich,* wenn man nicht den Ausgleich der Tat, sondern nur den der *Tatschuld des Täters* verlangt und dabei auch die Mitverantwortung der Gesellschaft mitberücksichtigt.

Die mit Blick auf die Todesstrafe und andere verbotene Körper- und Folterstrafen recht milden deutschen *Schuldstrafen* sind danach *nicht* einmal human im Sinne von *barmherzig*, sondern sie sind human im Sinne von „der höchstpersönlichen Schuld dieses Menschen angemessen“, also streng *schuldgerecht*.

3. *Vernünftige Rechtspraxis*: Schon die verfassungsrechtlichen Verbote der Todesstrafe und grausamen Strafen sowie die zusätzliche Deckelung von Umfang und Art der Strafe über die Idee der Menschenwürde führen zu einer Sie berücksichtigt zumindest *im Ergebnis* die Mitverantwortung der strafenden *Gesellschaft*.

In die Einzelprüfung des Maßes der Schuld im Sinne der Vorwerfbarkeit fließen derzeit nur, aber immerhin auch schon, die *besonderen* äußeren oder sozialen *Umstände* ein. Dazu gehören die Tatprovokation, die Tatgelegenheit, die Nähe zum Jugendstrafrecht bei Gruppendelikten oder auch das gesamte Jugendstrafrecht mit seinem Vorrang des Erziehungsgedankens selbst, und zwar in aller Regel strafmildernd. Bestimmte *soziale Aspekte* mildern also auch schon anerkanntermaßen die Strafe.

Hinzu tritt die *Bewährungsidee*. Die Aussetzung der Strafe „zur Bewährung", samt Weisungen zur Lebensführung, oder der Behandlungsvollzug mit den Resozialisierungsangeboten finden zudem zwar auch statt, aber zumindest formal zunächst auf einer anderen Ebene.

Die strafende Gesellschaft wird sich also auch schon auf dieser Ebene immerhin ihrer *Verantwortung für den Täter* bewusst, auch wenn sie es derzeit *nicht zugleich* (offen) als *Mitverantwortung für die Tat* selbst begreift.

4. *Mensch als Naturwesen.* 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 gilt, um beim Bilde der Selbstbeherrschung als Form der Herrschaft zu bleiben: Kein Herrscher vermag „das Seine", hier seine Taten, in vollem Umfange zu beherrschen. Vielmehr ist auch ein angeblich absoluter Herrscher immer auch von den „Bewegungen" in seinem Volk mitbestimmt, indem er nicht nur agiert, sondern stets auch reagiert. Jeder Mensch ist von der bunten Summe seiner Antriebe mitbestimmt. Der Mord benennt niedere Beweggründe und bei der Strafzumessung sind die Motive auch mit zu berücksichtigen. Die Straftaten sind insofern eigentlich vorrangig *Unterlassungsdelikte,* der Täter hat sich *nicht* selbst beherrscht, obwohl er es hätte können und auch sollen.

Auch deshalb sind dem Menschen als einem -auch- biologischen Wesen, seine Taten *nicht* in einem rein *idealistischen* Umfange als im Willen völlig frei begangene anzulasten. So bietet etwa die sozialtherapeutische Anstalt in Berlin, wie oben schon angemerkt, ein Drei-Stufenmodell mit *psychologischen* Angeboten an, um auf die unterbewussten Beweggründe des Täters Einfluss zu nehmen. Aber die körperlich-allgemeinbiologischen Urtriebe nach „Stoffwechsel, Fortpflanzung und Gefahrenabwehr" können sie nicht ändern.

Man kann den Menschen auch vereinfacht als ein Drei-Drittel-Wesen mit energetischem Körper, organisierender Seele und einem Vernunft-Geist[780] deuten. Die Vernunft, vor allem die des *Nachdenkens* und des Planens, bestimmt sein Wesen nur, aber immerhin, zu einem Teil.

5. *Mitmenschlichkeit als geschwächtes Strafbedürfnis*. Hinter der Idee der Humanität, als der *mitfühlenden Mitmenschlichkeit* lebt zudem vereinfacht die Vorstellung auf, dass auch wenn nicht gar jeder selbst einmal als Täter selbst in einer solche Lage stecken zu können, dann doch nach dem *biologischen Modell* der *Familie* ein Bruder oder eine Schwester.

„Brüderlichkeit" hieß lange das Wort der Solidarität im Dreiklang von Freiheit, Gleichheit und Solidarität. Für Angehörige gibt es Sonderrechte, wie ein bei der Strafvereitelung oder dem Zeugnisverweigerungsrecht, und sie lassen auch einen Richter befangen werden etc.

Mehr noch, sobald wir anerkennen, dass das Strafen auch auf einem natürlichen allgemeinmenschlichen *Strafbedürfnis* beruht, müssen wir als Strafende uns die Fragen stellen, ob wir diesen unseren *Strafantrieb* denn voll beherrschen oder ob wir ihn nicht nur *zivilisieren.* Wer offen oder verkappt davon spricht, mit der Strafe die *Emotionen der Allgemeinheit* zu befriedigen, die sonst Selbst oder Lynchjustiz übt, bedient das Strafbedürfnis. Es sinkt aber erheblich gegenüber der eigenen *Familie*.

Hinter dem Strafbedürfnis mag der gute soziobiologische Grund stecken, die hocharbeitsteilige *soziale Kooperation* zu sichern, den Handel zwischen Gruppen zu stützen oder auch Gewaltakte zu verhindern. Aber die *Freiheit* und den trotzigen Egoismus, von Normen abzuweichen, hat uns die Natur offenbar auch verliehen, und ebenso die *Empathie* mit den Nächsten. Die offene westliche Gesellschaft nutzt einschließlich ihrer Menschen- als Nächstenrechte alle drei Elemente.

So hilft auch die Berücksichtigung der biologischen Triebseite dabei unsere angeblich aus allgemeinen *Humanitätsgründen* gemilderte Strafe mit einem *weiteren Argument* zu rechtfertigen. Die Schuld des Täters können wir vernünftigerweise nicht also so *umfangreicht* ansehen, wie wir es *nach außen* hin mit dem Gedanken der *alleinigen* Verantwortung des schuldfähigen Täters für seine Tat bislang kundgeben.

---

780 Dazu ausführlicher Montenbruck, Mittelwelt, Zivilreligion IV, 2014/2018, 16. Kap. I („Thesen zum Modell des „Drei-Drittel-Menschen", 368 ff.)

6. *Lustbefriedigung des eigenen Strafbedürfnisses*. Weiter noch, es ist zudem in unsere *Psyche* als Strafende zu blicken. Der Täter schwingt sich ungerechtfertigt zum *Oberherrn* über fremde Werte und Freiheiten auf. Aber wir, die wir ihn gemeinsam *bestrafen*, berufen uns auf unser eigenes demokratisches Gewaltmonopol. und wir führen uns beim Strafen als die *Oberherren* über Werte und Freiheiten des Täters auf. Bei den Straftakten *fühlen* wir offenbar die *Befriedigung* unseres Strafbedürfnisses.

Wir heiligen unser Strafen, indem wir uns an die semireligiösen Ideen von Recht und Gerechtigkeit zurückbinden und das Gewaltmonopol für unseren Staat einfordern.[781] Der „Willen zur Macht" konkretisiert sich zum „Willen zu Strafen"[782]. Aber dennoch, so könnte man sagen, wir *genießen* zugespitzt mit jedem Urteil und dessen Vollstreckung ein kurzes Herrschaftserlebnis. In jedem Einzelfall könnten wir auch Gnade vor Recht ergehen lassen und sehen dafür sogar auch eigene Instanzen vor. Eine solche Herrschaftserfahrung aber haben wir dem verurteilten Täter verweigert, vielleicht sogar verdeckt *neidvoll* mit den Worten: Wir halten uns ja an das Recht, auch wenn wir uns gern ebenso verhalten würden, also gern Güter nehmen würden, ohne etwas dafür zu geben.

Aber die *Neutralisierungstechniken,* mit denen wir private egoistische Gewalt und List und Treubruch gern vor uns und vor anderen rechtfertigen, bildet dabei eine eingeübte hohe emotionale Hürde, uns unsere eigene Strafbefriedigung wahr zu nehmen. Hier lautet sie, dass nicht wir, sondern der Täter (an unserer staatlichen Strafe, die im Namen des Volkes verhängt wird) ja selbst schuld und es außerdem recht sei. Dieses typischen Gefahr der S*elbstentlastung* von *Mitverantwortung* sollten wir uns als strafende Mitdemokraten zumindest bewusst sein.

Wir, oder neutraler die strafende Gesellschaft, versuchen jedenfalls, auch ganz im Sinne der psychologischen *Neutralisierungstechniken*, das Strafen mit *„Sinn und Zweck" -Erwägungen* zu rechtfertigen. Danach ist das Strafen vernünftig, also gerecht und nützlich, weil es dem Wohl der Allgemeinheit dient etc. Eine

781 Dazu erneut: 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.).

782 Siehe dazu den französische Anthropologen Fassin, Wille, 2018, („Der Wille zum Strafen"), der eine „*pönale Theologie*", prüft und fragt, welche theologischen Rückstände sich noch in gegenwärtigen Praktiken des Strafens ausfindig machen lassen, (81).

e

*aufgeklärte* demokratische Gesellschaft, die sich bewusst ist, dass sie selbst straft und es ihr eigenes Recht ist, das sie dem Strafen zugrunde legt und die dabei erkennt, dass das Strafrecht auch einem *natürlichen Strafbedürfnis* entspringt, wird eigentlich auch daraus Folgerungen ziehen (müssen), und die Strafe sich dessen *bewusst* mildern.

Die Idee der Humanität ist als „Mitmenschlichkeit" dazu am besten weiter zu fassen. Sie meint auch, das Mitmenschliche nicht nur im Täter, sondern auch in jeder seiner Taten zu erkennen und auch *ausdrücklich* auch deshalb *mildernd* mit zu berücksichtigen, etwa in der Form, wie es der gegenwärtigen Strafpraxis entspricht. Damit können wir uns rational entlasten: wir strafen ja schon deutlich milder als eigentlich streng gerecht und wir bieten dem Täter zumindest ein empathisches und auf *Versöhnung* mit ihm ausgerichtete Nächstenstrafrecht an.

Schaden würde es nur nicht, sich für die Fragen nach der Strafidee auch ausdrücklich neben der Mitverantwortung der Gesellschaft auch auf die *menschliche Natur und ihre Triebhaftigkeit* hinzuweisen und dabei auf der Seite der Strafenden auch das emotionale, vielleicht auch durch heimlichen Neid befeuerte Strafbedürfnis nicht zu vergessen. Wo und wie möglich, Humanität zu zeigen, lautet das bekannte Gegenmittel.

7. *Natürliche Haftung*. Damit aber endet der Blick auf das *Natürliche* aber nicht. So hat -umgekehrt- schon jedes Lebewesen *in der Natur* für die *Gefahren* zu haften, die von ihm ausgehen. Greift es andere an, so droht ihm Abwehr. Verletzt die Abwehraktion den Angreifer, so haftet es gleichsam für die Gefahr, die von ihm ausgeht. Insofern besteht auf der subhumanen biologischen Ebene zugleich ein „*natürliches und ein soziales Haftungsrecht* der *akuten Gegenwehr* und in latenter Form des *präventiven Zurückdrängens*. Auf letzteres hat sogar schon *Kant* hingewiesen (bis hin zu Deportation), der parallel zu seinem metaphysischen Ansatz auch einen sozialrealen staatlich-hoheitlichen Gedankenstrang entwickelt.

Auf diesem *Haftungsgedanken* beruhen auch die Maßregeln der Besserung und Sicherung für Schuldunfähige und auch die zusätzliche Sicherverwahrung nach Strafverbüßung in Ausnahmenfällen. Als Mitglied der Gesellschaft hat jeder Mensch auch unverschuldet solche *Solidaropfer* zu erbringen, wie es sinngemäß das *Bundesverfassungsgericht* erklärt.

Notrecht konkretisieren diese Art der *natürlichen* Haftung. Notfalls tödliche Notwehr- und Selbsthilferechte räumen wir uns ein (§§ 32, 34, 228 BGB analog). Außerhalb des Strafrechts obliegt die Gefahrenabwehr gegenüber „Störern" zudem der Polizei, einschließlich eines *finalen Rettungsschusses*.

Solchen „guten“ naturalistischen Gründen steht aber für das nachträgliche Strafen seit jeher die Einsicht oder zumindest die kulturelle Annahme entgegen,

- dass wir keine Tiere sind,
- dass wir in einer Demokratie selbst die Täter bestrafen,
- dass die hohen Ideen zu Sinn und Zweck des Strafens unserer eigenen Vernunft entspringen und
- dass wir in jeden Einzelfall Gnade vor Recht ergehen lassen können.

Doch um vernünftig zu strafen, müssen wir uns -auch- mit unserem Strafantrieb, dem Willensimpuls zu strafen, auseinandersetzen. Er mag dennoch auf guten soziobiologischen Gründen beruhen. Auch bleibt mit zu bedenken, inwieweit wir bei der Betonung unserer guten Strafgründe nicht, zumeist unbewusst, auch Neutralisierungstechniken einsetzen.

8. *Milde Geldstrafe und Tätersicht.* Auch die Geldstrafe lässt sich unter Schuldgesichtspunkten als *streng gerecht* rechtfertigen.

Beim *Wohnungseinbruch* oder auch der *gefährlichen Körperverletzung*, als zwei Modellfällen für die *mittlere Kriminalität*, erweist sich die psychische Belastung der Opferseite als nicht unerheblich. Aber ihr Gewicht erscheint über eine Art *allgemeines Lebensrisiko* gemindert, dessen *materielle Schäden* auch noch *versicherbar* sind. Jedenfalls zunächst sind sie uns zumeist nur Geldstrafe oder Freiheitsstrafe auf Bewährung „wert“.

Dazu passt auch die Tätersicht. Der Täter wähnt sich nicht wie bei den Kapitaldelikten als mächtiger Oberherr, der Gott ähnlich Schicksal spielt, sondern er 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 *angemaßten Herrschaft* für ihn nicht von *existentieller* Bedeutung sind. Dem muss dann auch der gerechte Tatschuldausgleich entsprechen. Eine *Geldstrafe* erscheint somit angemessenen. Etwas anderes gilt aber dann, wenn er sich als hartnäckiger Widerholungstäter zugleich zum „Herrn über das Recht als solchem“ aufschwingt.

Die Tat sollte deshalb auch von der strafenden Gesellschaft derart gewürdigt werden, und zwar auch dann, wenn die Gesellschaft nach generalpräventiver Ansicht grundsätzlich vorrangig auf Art und Maß des *sozialen Normgeltungsschadens* abstellt.

9. *Fazit.* Die Mitverantwortung der *Gesellschaft* und der Einfluss der *Natur* sind danach strafmildernd mitzuberücksichtigen. Mit diesen beiden fundamentalen

Milderungsgründen handelt es sich bei unserer Strafe sogar -in etwa- um eine *streng gerechte* Tatstrafe

Auch haben wir, die Strafenden, offenbar ein Bedürfnis und den Willen zu strafen.

Diesen Umstand der Mitwirkung von Gesellschaft und Natur bei den Straftaten und auch beim Strafen sollte ein aufgeklärtes, weil vernünftiges *Menschen-Strafrecht* für sein Selbstverständnis mitberücksichtigen.

Der Vorrang und damit das *Hauptgewicht* liegt aber bei der *Vernunft*- und Freiheitsidee von der *Eigenverantwortung* des Einzelnen. Unsere Kultur beruht auf Freiheit und Eigenverantwortung und auch unsere Demokratie gründet sich darauf. Darüber wird im „Fundamentalen Teil" noch weiter nachzudenken sein.

## III. Rechtsfeindliche Gesinnung und grundsätzliche Rechtstreue: Strafzumessungsgrund, Intensiv- und Ersttäter-Strafrecht, Vollverbüßung und Widerruf im Schuldstrafrecht

1. *Rechtsfeindliche Grundhaltung.* Das Gegenprinzip zum Bürgerstrafrecht bildet das Feindstrafrecht. Zu überlegen ist, welche *Feindelemente* verfassungskonform *unterhalb* des Schuldprinzips und somit *innerhalb* des Menschenwürde-Grundsatzes vorhanden sind. Dabei geht hier aber durchgehend nicht um eine feindliche Einstellung der Verfassungsgesellschaft gegenüber dem Täter, sondern um die bisherige (aber änderbare) *rechtsfeindliche Grundhaltung* des Täters. Des Verfassungsstaat könnte zwar in *gleicher Weise* auf sie, also mit feindstrafrechtlichen Ansätzen reagieren, er muss es aber nicht.

So sind der Strafzumessungsgrund der „rechtsfeindlichen Gesinnung" und die Frage nach dem Umgang mit offen rechtsfeindlich eingestellten „Intensivtätern" zum Schluss dieses Besonderen Teils anzusprechen. Zudem ist ein Blick auf den eigentlichen Strafgrund für die *Vollverbüßung* zu werfen, insbesondere auf die Fälle, in denen eine *bedingte Entlassung* abzulehnen oder die Strafaussetzung zur Bewährung zu *widerrufen* war. Beruhen nicht vielleicht auch sie auf einer besonderen rechtsfeindlichen *„Gesinnung, die aus der Tat spricht"* in Anlehnung an § 46 II StGB?

Wer den Begriff der „Rechtstreue" verwendet, kommt nicht umhin, die Idee des *Verrates* oder auch der „Rechtsfeindschaft" mit zu denken.

Doch muss es darum gehen, ihn mit *Rechtsgutserwägungen* zu unterlegen, um *nicht* als Strafende selbst in ein bloßes *Freund-Feind-Gesinnungs-Denken* abzugleiten. Vor allem bei *Neben-Rechtsgüter*, die mit verletzt sind, kann sich die „Gesinnung aus der Tat" in des Sinne des § 46 II StGB ergeben. Grundmodelle für die strafschärfende „Gesinnung aus der Tat" sind Taten „aus bloßer Menschenverachtung oder Gewissenlosigkeit".[783]

2. *Rechtsfeindliche Gesinnung*. Verwendet wird das Wort von der „*rechtsfeindlichen* Gesinnung" bei der Strafzumessung bislang nur, aber immer in Sonderfällen. So erklärt der *Bundesgerichtshof* in Strafsachen*:*

*„Insoweit können Verschleierungshandlungen, sofern in ihnen nicht nur der Versuch zum Ausdruck kommt, sich der Strafverfolgung zu entziehen, sondern sich darin eine rechtsfeindliche Gesinnung des Täters dokumentiert oder neues Unrecht geschaffen wird, geeignet sein, eine Strafschärfung zu begründen…"*[784]

Ähnlich ist *prozessualen* Auftretens des Angeklagten ausnahmsweise mit zu bewerten. So erläutert der *Bundesgerichtshof*:

*„Daher dürfen auch Äußerungen über ein Tatopfer nur dann strafschärfend verwertet werden, wenn in ihnen eine über das Leugnen eigener Schuld hinausgehende Ehrverletzung des Tatopfers oder eine rechtsfeindliche Gesinnung gesehen werden kann…*[785]

Weiter noch setzt das *Bundesverfassungsgericht* an und beschreibt zugleich das geistige Umfeld dieses Begriffes, wenn es im Hinblick auf die *Maßregel* der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 Abs. 2 Nr. 1 StGB) betont,

*„dass der Antragsteller der angeklagten „massiven Verkehrsstraftaten" sowie weiterer Taten, die auf eine erhebliche Neigung zur Gewalttätigkeit und eine rechtsfeindliche Einstellung schließen ließen, dringend verdächtig sei*".[786]

Diese Einzelaspekte gilt es zu verallgemeinern. Für ein vorrangig ethisches Strafrecht, dessen Unterfall das Schuldstrafrecht bildet, ist es mit der

---

783 Kindhäuser, LPK-StGB 2017, § 46, 34

784 BGH 2StR 416/16 - Urteil vom 14. März 2018, Abs-Nr. 22 (mit folgenden Selbstzitaten „vgl. BGH, Urteil vom 24.August 1993 –5 StR 229/93, wistra 1993, 297; Senat, Urteil vom 27. Januar 2011 –2 StR 493/10, NStZ 2011, 512").

785 BGH 1 StR 268/17 - Beschluss vom 21. September 2017 (LG Bamberg), Rn. 4 unter Bezugnahme auf BGH, Beschluss vom 6. Juli 2010 - 3 StR 219/10, NStZ 2010, 692 m.w.N.; Fischer, StGB-Kommentar, 2019 , § 46 Rn. 53 f.

786 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 25. September 2000 - 2 BvQ 30/00 - Rn. (1-9), Rn 6.

Rechtsgüterlehre zu verbinden. Dang gefährdet eine rechtfeindliche Einstellung des Täters *zusätzlich* das Rechtsgut des *Rechtsfriedens.* Insofern handelt es sich auch um ein Art von „*neuem Unrecht*".

So ist daran zu erinnern, dass das *Bundesverfassungsgericht* für die Zwangsmaßnahmen im Strafprozessrecht[787] erklärt:

„*Die Sicherung des Rechtsfriedens durch Strafrecht ist seit jeher eine wichtige Aufgabe staatlicher Gewalt."*

Dabei verlangt das *Tatschuldstrafrecht,* diese Einstellung des Täters mit nachgewiesenen *Taten* zu belegen. Seine innere Einstellung, insofern hat er Gedankenfreiheit, allein reicht nicht aus.

Das erweist sich als einfach, wenn der Angeklagte sich im Prozess rechtfeindlich äußert. Wichtiger sind aber die Fälle der sogenannten Intensiv- und sonstigen Mehrfachtäter, deren *Vorstrafen* bei der Strafzumessung in *erheblichem Umfange* mit zu berücksichtigen sind.

Handelt es sich um *einschlägige* Vorstrafen, aus dem Bereich der *derselben Rechtsgütergruppe*, insbesondere der Eigentums- und Vermögensdelikte, ist die Strafschärfung im Verhältnis zu einem *Ersttäter* zwar noch relativ leicht zu begründen. Der Täter greift mit jeder neuen Tat und aus seiner „Parallelwertung in der Laiensphäre" in immer stärkerem Maße die *Idee* des Eigentums (im weiten Sinne des Art. 14 GG) an.

Beschränkt sich der Täter aber nicht darauf, so greift er mit jeder weiteren Tat mehr und mehr auch die „*Rechtsgüterordnung*" oder mit den Worten des *Bundesverfassungsgerichts* die „Werteordnung" oder die „elementaren Werte der Gemeinschaftslebens" *insgesamt* an.

3. *Intensivtäter*. Dabei bilden die *Wiederholungsstäter* zugleich zumindest die *Vorstufe* der *kriminalpolitisch* wichtigen Untergruppe der *Intensivtäter*. Das Strafgesetzbuch aber kodifiziert in seinem Besonderen Teil zum Bürgerschutz vor allem *Einzeltatbestände* und ist damit weitgehend auf *Ersttäter* ausgelegt.

Die Intensivtäter sind „hartnäckige Vielfach- oder auch Wiederholungstäter". Ansonsten handelt es sich um einen recht unbestimmten Begriff, den die

---

787 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Juni 2018 - 2 BvR 1405/17 - Rn. (1-113) (Prozessuale Zwangsmaßnahmen), Rn 68. Mit angehängten Selbstzitaten: „(vgl. BVerfGE 107, 104 <118 f.>; 113, 29 <54>)."

*Kriminalpolitik* verwendet.[788] Er umfasst Mehrfach- und Rückfalltäter *unterhalb* der Schwelle der „allgemeingefährlichen" und „*Hangtäter im Sinne der Sicherungsverwahrung*". Sie sind, soweit das Erwachsenenstrafrecht anzuwenden ist, häufig auch dem Jugendstrafrecht gerade erst entwachsen.

Im *weiteren Sinne* miterfasst, und *wie hier* verwendet, sind es Personen, die „*gewerbsmäßig"* im Sinne der besonders schweren Fälle von Diebstahl, Betrug und Urkundenfälschung handeln, §§, 243 I, 263 III, 267 III StGB.

Von „unverbesserlichen Gewohnheitstätern", die unschädlich zu machen seien, spricht *von Liszt*, und öffnet damit zwar die Tür zur Sicherungsverwahrung. Aber dieser Begriff ist heute schon wegen des Bezugs zur Sicherungsverwahrung verbraucht. Auch erinnert er an die politischen Gefahren, die mit ihm verbunden sind. So wurde mit Beginn der NS-Herrschaft das Gesetz gegen „gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung" von 1933 erlassen, welches wir inzwischen mühsam mit den heutigen hohen rechtstaatlichen Hürden der Sicherungsverwahrung eingefangen haben.

Es bleibt aber der Weg der Rechtspraxis, die schon *verbüßten Vorstrafen*, vor allem, aber nicht nur die einschlägigen, bei der *Strafzumessung* im Rahmen der letzten Tat in *erheblichem Maße* mit zu berücksichtigen. Der Täter habe sich bei der neuen Tat die Vorstrafen sich nicht zur Warnung dienen lassen.

Auf dem Weg dorthin haben frühere Tatgerichte bei einfachen Mehrfachtätern - im großen Bereich der leichteren und mittelschweren Kriminalität- die *Aussetzbarkeit zur Bewährung* immer strenger geprüft und sie bei Karrieretätern am Ende abgelehnt, wohl wissend um die Schädlichkeit von kurzfristigen Freiheitsstrafen (vgl. auch § 47 StGB). Auch werden die Bewährungen der noch ausgesetzten Vorstrafen zu widerrufen sein. Es *addieren* sich also plötzlich die zu verbüßenden Freiheitsstrafen.

Was aber rechtfertigt nun eine Freiheitsstrafe von zwei oder mehr Jahren, die *wegen vieler Vorstrafen* nun auch nicht mehr zur Bewährung aussetzbar ist, während ein *Ersttäter* dafür nicht mehr als eine *Geldstrafe* bis zu 90 Tagesätzen erhalten würde? Dabei gilt es, innerhalb des deutschen Schuldstrafrechts Erklärungen zu finden. Zunächst sind es die *Vorstrafen*, die der Täter sich nicht hat zur Warnung dienen lassen. Auch erweist sich der nun auch gleich längere Strafvollzug auf den Wiederholungstäter „zur Einwirkung" auf den Täter als erforderlich, vgl. § 46 I, S. 2, II StGB (sein „Vorleben").

---

788 Koch-Arzberger/Kerner, Mehrfach- und Intensivtäter, 2008, 21 ff. (zur vagen Definition).

Aber, so die *These*, beim *straferfahrenen, hartnäckigen* Wiederholungs- und Rückfalltäter reißt der Bezugsvergleich mit einer ähnlichen Ersttäter-Haupttat nahezu ab. Es handelt sich fast um ein *Aliud*. Deshalb ist zumindest zusätzlich nach einer anderen Erklärung zu suchen:

Die hartnäckigen Vielfachtäter bedrohen nunmehr direkt und nicht bloß nebenher auch, sondern vor allem den „*Rechtsfrieden*". Aus dem Blickwinkel der Rechtsgutslehre *wechselt* der hartnäckige Wiederholungtäter meines Erachtens die Art des *vorrangig* angegriffenen Rechtsguts. Im Vordergrund steht nunmehr der *Gemeinschaftswert* der gesamten *Rechtsgüterordnung* oder auch des Rechts als solchem und nicht mehr die jeweiligen Einzelrechtsgüter.

Ein Intensivtäter greift auf seine Weise -und schuldhaft- die auf dem

„*Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhende verfassungsmäßige Ordnung*"

an, die § 81 StGB für den gewaltsamen *Hochverrat* gegen den Bund mit beschreibt. Ihn hat der Gesetzgeber seit alten Zeiten und zu Recht (vgl. Art. 20, 79 III GG) als eine *Schwerstdelikt* einordnet. Tatbestandlich handelt sich zwar nicht um einen Hochverrat, aber dessen Rechtsgut ist bereits latent mit betroffen.

Aus der Sicht von *Jakobs* führt diese Einordnung dann in den Außenbereich, in dem das Feindstrafrecht beginnt. Die *organisierte Kriminalität*, die allerdings eine nachweisbare Gruppenbildung verlangt, gehört deshalb häufig zum Umfeld von Intensivtätern. Im Sinne von *Liszt* geht es um die Unschädlichmachung von Gewohnheitsverbrechern unterhalb der Sicherungsverwahrung. Diese Deutung der hartnäckig wiederholten Angriffe von Intensivtätern passt auch zum Gedanken von der Strafe als „sozialer Verteidigung". Die Lehre vom *Rechtsgeltungsschaden* kann hier ebenso auf eine markante Fallgruppe verweisen, während sie ansonsten eher verallgemeinert.

Aber das gegenwärtige ethische Schuldstrafrecht nutzt dazu, zunächst einmal, und bevor der Gesetzgeber solche Täterkarriere mit der zusätzlichen Sicherungsverwahrung unterbricht, am besten die Rechtsgüterlehre. Es verzichtet zumindest für den Regelfall des Tatschuldstrafrechts auf die Idee des Feindstrafrechts oder neutraler formuliert, es meidet das Konzept des Unschädlichmachens von Tätertypen.

Über die Rechtsgüterlehre ist es möglich, zunächst einmal die „*Verfassungsgesellschaft*" und damit auch die „*verfassungsmäßige Ordnung*" als einen Höchstwert (etwa im Sinne von Art. 20 GG) zu begreifen und ihn

damit zumindest fast gleichrangig neben das Menschenleben (Art. 1 I, 2 II GG, vgl. auch Art. 79 III GG) zu setzen.

Mehr noch bietet sich auch deshalb ein gesamtes *zweispuriges Rechtswerte*- und Strafensystem an. So lassen sich darunter zum einen auch andere *Staats*- und *Gemeinschaftswerte* des Strafgesetzbuches (vgl. §§ 82 ff., §§ 306 ff.) einordnen und die Strafbemessung sich daran ausrichten. Entsprechendes gilt dann zum anderen auch für die *Individualrechtsgüter* mit dem Schwerstdelikt des Mordes.

Außerdem bietet sich eine in der Praxis ohnehin bereits existente grobe Trennung in *Erst*- und *Intensivtäter* an, mit einer breiten *Übergangszone* zwischen ihnen.

Bei mittelschweren, vor allem den Eigentums- und Vermögensdelikten genügt die Geldstrafe bei Ersttäter zum Tatschuldausgleich und zur Prävention. Die Bewährungsstrafen gem. §§ 56 und 57 StGB kennzeichnen dann diesen *Zwischenbereich*. Die Verweigerung der Bewährung führt hin zur Intensivtäterschaft mit verfestigter rechtsfeindlicher Gesinnung, die auch *mehrfacher Strafvollzug* nicht hat ändern bewirkt hat. Der Rückblick auf die *insgesamt* schon abgeurteilten Taten und eine Art von verkappter *Gesamtstrafenbildung*, analog § 54 StGB, ergeben nach und nach eine ganz andere Bewertung der *Angriffsrichtung* (aller und auch) der letzten Tat. sierichtet sich vorrangig gegen das demokratische *Rechtsystem.*

Zudem sind zwar die *Tatbestandsseiten* der Delikte typischer Weise auf die Ersttäter ausgerichtet, nicht aber die *Rechtsfolgenseiten*. Denn mit ihren *hohen Strafobergrenzen* erfassen die Delikte des Besonderen Teils des StGB -fast- alle Formen von *Tatmehrheit* gemäß §§ 53 ff. StGB und sie schließen offiziell über die Strafzumessung gem. § 46 StGB auch eine Vielzahl von *Vorstrafen* mit ein.

Da es weit mehr Erst- und Gelegenheitstäter gibt als Vielfachtäter und Gewohnheitsdelinquenten, sind die statistischen Durchschnittsstrafen auch im *unteren Bereich* der Strafrahmen angesiedelt. Soweit vorhanden sind für Ersttäter auch die *minderschweren* Fälle eröffnet, die dann zumeist auch noch eine Aussetzung zur Bewährung erlauben.

Das *Sanktionenrecht* ist also auf die Trennung von Erst- und Wiederholungstätern vorbereitet und es spiegelt sie auch.

Bei dem Typus der hartnäckigen Wiederholungs-, Serien-, Karriere- oder eben Intensivtätern sollten die *Tatgerichte* ausdrücklich (auch, aber nicht allein) auf den Angriff auf die *Rechtsgüterordnung* insgesamt, und zwar in Anlehnung an den Wortlaut von § 81 StGB erkennen. Sie sollten die *Rechtsfeindschaft*

gegenüber dem Rechtssystem offen in den *Vordergrund* rücken, und zwar auch dann, wenn sie der formalen Gesamtstrafen-Idee von Vortaten und Haupttat in diesen Fällen nicht oder noch nicht ohne weiteres folgen können oder mögen. Dazu können sie für die Strafzumessung an den gesetzlichen Begriff der *„Gesinnung aus der Tat*“ aufgreifen, und von nachhaltig „rechtsfeindlichen Gesinnung“ sprechen.

Dabei ist zu bedenken, das bei Vorstrafen ist jede einzelne Vortat *rechtsstaatlich* nachgewiesen und der bisherige Vollzug hat gegebenenfalls auch noch keine Resozialisierung bewirkt. Auch ein Tatgericht, das nur auf die *vielen Vorstrafen* verweist, die der Täter „sich nicht hat zur Warnung“ dienen lassen, wählt der Sache nach diesen Begründungsweg.

Mitenthalten ist dieser Angriff auf die *Rechtsordnung* insgesamt dabei schon bei jeder *einzelnen* tatbestandmäßigen Rechtsgutsverletzung. Aber er tritt dort noch hinter der konkreten Rechtsgutsverletzung zurück. Auch lassen sich die üblichen besonders *hohen Obergrenzen* der Strafrahmen für Einzeltaten nur *mehreren Vorstrafen* und mithilfe der Idealkonkurrenz einigermaßen schlüssig erklären (bei den schweren Fällen von Diebstahl und Betrug bis zu 10 Jahren).

Der rechtsfeindliche Angriff auf den Rechtsfrieden und auf die Gesamtrechtsgüterordnung, der den Intensiv- oder den hartnäckigen Wiederholungstätern nachzuweisen ist, stellt -also jedenfalls- einen gewichtigen Strafbemessungsgrund dar.

4. *Vollverbüßung und Widerruf der Bewährung*. Vor diesem Hintergrund bietet es sich auch an, die eigentlich Begründung für die *Vollverbüßung* einer Freiheitstrafe zu erfragen. Für die Entscheidung über die bedingte Entlassung, etwa nach Zwei- Dritteln der Freiheitsstrafe (§§ 57 ff. StGB)

„*sind insbesondere die Persönlichkeit der verurteilten Person, ihr Vorleben, die Umstände ihrer Tat, das Gewicht des bei einem Rückfall bedrohten Rechtsguts, das Verhalten der verurteilten Person im Vollzug, ihre Lebensverhältnisse….“*

zu berücksichtigen.

Erforderlich ist also eine *günstige Legalprognose*. Hat der Täter in Fällen der Tatmehrheit *verschiedene* Rechtsgüter angegriffen, so geht von ihm vorrangig eine *fortbestehende Gefahr für die gesamte Rechtsgüterordnung* aus und zugleich für das *Recht* und den *Rechtsfrieden*. Diese Gefahr und ihren Fortbestand hat er in der Regel durch sein Verhalten, etwa auch „im Vollzug“, mit verschuldet.

Das Strafrecht hat im Sanktionsrecht wiederum mit *beiden Alternativen* gerechnet. Es hat für den wegen der *unklaren Sachlage* faktisch, aber verdeckt *zwei Strafen* im Angebot.

- Die Zweidrittelstrafe gilt für den (mutmaßlich) *rechtstreu* gewordenen Täter bei günstiger Prognose.
- Die Vollverbüßung ereilt ihn im Falle der ungünstigen Prognose, also der Aufdeckung einer Art von *rechtsfeindlicher Grundhaltung*, für die der Täter selbst die Verantwortung trägt und die er jederzeit auch ändern könnte.

In einem Tatstrafrecht wird die -in der Regel verschuldete- schlechte Prognose vor allem auf *rechtsfeindliches Verhalten in Vollzug* gestützt, also auf Straftaten im Vollzug (Drogenhandel, Eingliederung in bestimmte Subkulturen) oder die grundsätzliche Ablehnung von „versöhnenden" Resozialisierungsangeboten. Im Schuldstrafrecht zählt auch die fehlende, aber erforderliche Einwilligung in die bedingte Entlassung dazu, etwa, um in Freiheit später keiner Bewährungskontrolle unterworfen zu sein und damit zugleich seiner kriminellen Subkultur (zunächst im Vollzug und danach außerhalb) weiterhin Respekt zu zollen. Das rechtsfeindliche Verhalten im Vollzug beinhaltet als eine Art von Androhung von weiteren Angriff auf die „*durch den Rückfall bedrohten Rechtsgüter*", aber eben auch auf die *gesamte Rechtsgüterordnung*, also die Grundrechte, die der Verfassungsstaat zu schützen hat, und auch auf das „Recht also solches" (Rechtsstaatsprinzip) und den allgemeinen „Rechtsfrieden".

Dasselbe gilt im Grundsatz auch für den *Widerruf* einer Bewährungsstrafe bis zu zwei Jahren. Auch hier hat der Täter den Vollzug -unter anderem *deshalb* zu verbüßen, weil er mit der neuen Tat oder anderem Verhalten seine *rechtsfeindliche Einstellung*, vor allem gegenüber der Gesamtrechtsgüterordnung, offenbart hat, an der das Gericht zunächst noch Zweifel hatte.

5. *Fazit*. So bietet es sich also an, die Idee der Strafschärfung über die Idee der „rechtsfeindlichen Gesinnung" (Einstellung) zu erweitern und sie als den zusätzlichen verschuldeten *Angriff* auf die Gesamtrechts- (Güter- und Friedens-) Ordnung in Anlehnung an § 81 StGB zu verstehen. Dabei geht es nicht vorrangig um den *vagen Begriff* der Rechtsfeindschaft, sondern um die Angriffsrichtung und das Rechtsgut des Hochverrates gegen Bund, hier gegen die „*auf dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhende verfassungsmäßige Ordnung*".

Der Aspekt der *Rechtsfeindschaft* begründet in sinnvoller Weise (zumindest auch) die *Vollverbüßung* und rechtfertigt den Verzicht auf die Aussetzung zur

Bewährung oder auch den Widerruf derselben. Mit der Bewährung hingegen ist der Erwartung von künftiger *Rechtstreue* verbunden.

Vereinfacht begründet die Idee der *Rechtsfeindschaft* in Anlehnung an § 81 StGB das *letzte Drittel* des Strafvollzuges und negativ gewendet, bei Nichtvorliegen, auch den Verzicht auf die (weitere) Vollstreckung der Freiheitstrafe.

Die Nähe zum Feindstrafrecht im Sinne von *Jakobs* ist offenkundig. Aber diese rechtsfeindlichen Taten und Täter werden von uns (als Demokaten) dennoch innerhalb des Rahmens unseres Mit-Bürgerstrafrechts sanktioniert. Wir selbst vergelten insofern *nicht Rechtsfeindschaft mit Gleichem,* indem wir diese Täter als Feinde ansehen und „rechtslos“ (vogelfrei) stellen. Dieser Bürger (besser: würdige Mensch) verbleibt bei uns, jedenfalls grundsätzlich, sein Grundrechtsstatus.

Diese Ausdeutung der rechtsfeindlichen Einstellung beruht, wie alle anderen Schuld-Sonderlehren, auf dem Konzept des Vorranges der gerechten und humanen Tatschuldvergeltung. Auch diese Sonderdeutung schreibt sie nur fort.

## 12. Kapitel

## Diskussion von Schuld und Gerechtigkeit; 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 sind, gilt es, sie zuzuspitzen. Außerdem bietet es sich an, mit ihrer Hilfe noch weiter einzelne *Elemente* und *Eigenheiten* des Tatschuldstrafrechts herauszuarbeiten.

2. *Nur relativ*. *Jakobs* verweist zu Recht auf die alte Kritik von *Liszt* am Schuldgedanken. Schuld könne „*allenfalls relativ zu einem gegebenen Strafensystem ein Maßprinzip abgeben*."[789]

*Replik.* Ein solches „Strafensystem" 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 Strafrahmen festlegt und der aus einer groben *Gesamtwerteordnung* stammt, die demokratisch über gesetzliche Strafrahmen 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 und kein Zwangsübel*. Ein Gesamtpaket von Argument gegen das Schuldstrafrecht lautet:

- Einmal unterstellt, der Mensch sei im Willen frei und er könne also Schuld auf sich laden, verlange Schuld nicht nach staatlicher Strafe, sondern nach persönlicher *Sühne*. Sühne lasse sich aber nur höchstpersönlich durch

789 Jakobs, Schuld, 1976, 3; Liszt, Zweckgedanke, ZStW 1883, 1 ff. 24.

Schuldverarbeitung vollziehen und nicht durch staatliche Strafe erzwingen[790]. Zwang sei mit dem Autonomieprinzip unvereinbar.

- Im Übrigen sei auch nicht empirisch überprüfbar, zum Beispiel mit psychologisch-psychiatrischen Methoden, ob der Täter die Gelegenheit zur *Schuldverarbeitung* wirklich genutzt, also seine Tat persönlich gesühnt habe.[791]

- Faktisch jedenfalls stelle die Strafe ein *Übel* dar, weil der Betroffene sie in aller Regel als solches empfindet.[792] Deshalb sehe auch 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, sei nach allgemeiner Ansicht ein belastender Eingriff des Staates in die Rechte seiner Bürger, der deshalb gesetzlicher Regelungen bedarf. Von einem *Rechtsnachteil* spreche auch Art. 5 EGStGB.

*Replik.* Das ist alles durchweg einzuräumen. Auch wer mit dem *Bundesverfassungsgericht* meint, mit der staatlichen Strafe werde dem Täter zumindest die Gelegenheit zur *Schuldverarbeitung* gegeben, wird erkennen, dass nicht alle Strafgefangene diese Gelegenheit nutzen. In der Tat, Sühne erfordert, 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. Aber eine Versöhnung ist auch mit dem *Opfer* und der geschädigten *Allgemeinheit* anzustreben und dazu gehören die Bußleistung, die wie *im Zivilrecht* von *Schuldner* notfalls erzwungen werden muss.

*Mit der Tat* hat der autonome Täter sich seine *Bußleistungspflicht* selbst und freiwillig auferlegt. Denn er verfügte bei der Tat über ein Unrechtsbewusstsein und er wusste zugleich um die grundsätzliche Strafbarkeit seine Tuns. Deshalb musste die Strafbarkeit der Tat auch vorher gesetzlich bestimmt sein.

Ebenso bieten der sozialliberale Gedanke vom Sozialvertrag, dessen negativer Teil das Strafrecht mit seinen Strafbedingungen bildet, und die liberale Sonderlehre von der Einwilligung in das Risiko, zu einem Strafübel verurteilt zu werden, immerhin zwei dogmatische Auswege, wie die Autonomieidee ihr Wirkung konkret entfalten kann.

---

790 So nachdrücklich auch der Politologe Weber, H.-M., Abschaffung, 1999, 228 ff.

791 Schüler-Springorum, Resozialisierung, 1982, 503 ff., 508.

792 Aus philosophischer Sicht und zugleich in kantscher Tradition: Höffe, Rechtsprinzipien, 1990, 224, u. Hinw. auf Kant, r. Vernunft, 1781, AA V, 37, 27 ff.: Strafe sei ein "Schmerz", also ein Übel (vgl. auch Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 331).

Schließlich kann die *vage Idee der Sühne* auch anders und von der demokratischen Gesellschaft hergedacht 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 für sich selbst im Inneren: Der Tabu-Verletzer, der an sich ein anerkanntes Mitglied der Gesellschaft ist, hat deshalb für die (heilige) Rechtordnung 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 christliche 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 durch die Gerichte oder sonstige Dritte. Vorausgesetzt alle Menschen seien grundsätzlich im Willen frei, sei es sich doch unmöglich, dem Täter seine *individuelle Schuld* konkret nachzuweisen. Denn niemand könne in den Täter hinblicken. Selbst er muss sich seine Tat noch nachträglich rekonstruieren.

Richter wählten deshalb den Weg, sich in die Lage des Täters „einzufühlen”. Sie fällten ein „stellvertretendes Urteil”. Sie prüften, wie sich ein „normaler” Mensch verhalten hätte, vielfach wie sie sich selbst in dieser Lage entschieden hätten. Sie erarbeiteten also eine bloße eine *Rekonstruktion*. Dann aber sollte wir offen von einer *Zurechnung* sprechen.

*Schmoller* etwa 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 seien[793]. Mit dem normalen Täter ist aus methodischer Sicht ein offener „Typus” an die Stelle einer festen Begrifflichkeit gesetzt.[794]

---

[793] Schmoller, Argumentation, öJbl 1990, 631 ff., 632. Er 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

Derlei Rechtsfiguren stellen in der Tat 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 entwickeln.[795]

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 bieten die Fälle des Affektes[796] 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 motivieren, ob Gier, Wut oder auch schlichter „Ärger" als Frustration in ganz anderen sozialen Bereichen, die ihm den letzten und entscheidenden Anschub verliehen haben, nun doch seine Hemmungen zu beseitigen. Dann ist für den konkreten Fall zu entscheiden, ob er in jenem Augenblick wirklich schuldfähig war.

---

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 „maßstabgerechten Menschen" für den Bereich der Schuldbeurteilung als „homunculus" bezeichnet. Schünemann, 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.

794 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: Topitsch, Probleme, 1980, 15 ff , 24 ff.

795 Vgl. Schmoller, Argumentation, öJbl 1990, 631 ff., 636 f.; sowie Schlüchter, Mittlerfunktionen, 1986 , insbes. 129 ff. (mit Blick auf das anglo-amerikanische "case law").

796 Vgl. Krümpelmann, Beurteilung, 1993, 18 ff.; sowie Rauch, Schuldfähigkeit, 1993, 200 ff., 200 ff.

*Replik.* Das ist einzuräumen, aber es gibt generell *auch sonst* keinen besseren Weg, sich nachträglich in einen anderen Menschen hinein zu versetzen und dies in Worte zu fassen.

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 würde dieser Satz im Übrigen zum Leerlaufen der Schuldstrafe führen.

Wer als Tatrichter ein solches „stellvertretendes Urteil" abgibt, setzt tatsächlich 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*. Ein anderer Weg steht uns aber generell nicht zur Verfügung. Tatrichter erkennen *nicht* auf die objektive Wahrheit, sondern sie urteilen aufgrund des Inbegriffs der Hauptverhandlung und nach persönlicher Überzeugung, § 261 StGB.

Eine andere gute *Replik* lautet zwar, jedenfalls im Falle eines *Geständnisses* hätten wir doch ein authentisches Beweismittel für die persönliche Schuld zur Hand. Aber auch dieser Idealfall einer Beweislage ist zu überprüfen. Dazu ist zunächst auf *Grasnick*[797] zu verweisen. Er hat die philosophische Literatur zur „Erkennbarkeit vom Fremdseelischem" 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 Frage[798]. Mit *Wittgenstein*[799] 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.

Aber auch Geständnisse bieten unzweifelhaft nur eine *nachträgliche* Sicht. Schon deshalb sind sie auch im Kopf des Täters 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 dem persönlichen Schuldgefühl, die beide entweder bei Annahme der Willensfreiheit autonom entstehen oder aber

797 Grasnick, Schuld, 1987, 73 ff.

798 Grasnick, Schuld, 1987, 5 ff.

799 Grasnick, Schuld, 1987, 87 ff.

bei einer deterministischen Sicht als von außen auferlegt vom Menschen dementsprechend verinnerlicht werden.

Der Täter *rekonstruiert* also selbst nur -mit und ohne fremde Hilfe- seine Tat. Jede persönliche Erinnerung muss schon deshalb der individuellen Verformung entkleidet werden. Die Probleme der Zeugenaussagen treten noch 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 zudem eine hohe emotionale *Gewalthemmung* zu überwinden gehabt, die er nachträglich mit dem Verstand, wie ein Fremder erfassen muss.

Auch ein geständiger Täter schreibt sich also die Tat *selbst* nachträglich zu. Aber die moralische Schuldidee geht auch nur vorrangig davon aus, dass der *Täter selbst* sich die Schuld zuschreiben *kann* und er auch *soweit* tatsächlich ein konkretes Unrechtsbewusstsein gehabt hat, als dies für Gerichte *nachweisbar* ist. Das reicht ihr aus.

Zudem wir leben ohnehin nur in einer sich ständig verschiebenden *Gegenwart* und *rekonstruieren ständig* jegliche Vergangenheit und Worte sind immer Vertypungen. Die möglichen Formen des Beweises sollten soweit es geht den Inhalt nicht überdeterminieren.

5. *Ungerechte Ausblendung von fremder Mitverantwortung.* Insbesondere die Schuldstrafe, aber nicht nur sie, geht vom *Ideal* aus, dass es die alleinige Verantwortung eines Menschen für sein Tun gibt. Diese Tat ist allein die seine. Damit wird die Tat im Sinne des gesetzlichen Tatbestandes aus jeglichem *sozialen* und aus jedem *realen Kontext* gerissen und hoch vereinfacht. Auch die Gesellschaft und die Triebe der Natur beeinflussen die Straftat mit.

*Replik*. Dem ist zuzustimmen, aber dadurch, dass unsere Strafen im *Vergleich* mit den Geboten der strengen Gerechtigkeit recht milde ausfallen, könnte dieser Umstand der Sache nach *miterfasst* sein, wenngleich bislang derart grundsätzlich noch nicht ausdrücklich genug. Jedoch die Resozialisierungsangebote im Behandlungsvollzug, die zudem mit der Aussicht auf Vollzugslockerungen und der Aussetzung auf Bewährung verbunden sind lassen sich der Sachen nach auch als von *Kompensation* für die *Mitverantwortung* der Gesellschaft deuten.

Zudem wird im Strafverfahren der *soziale Kontext* immerhin stets mit ermittelt. Um die Person des Täters zu verstehen, werden Kindheit, Ausbildung, Beruf und soziales Umfeld angesprochen. Mit den Standartfragen zur Person will das

Prozessrecht die Tat und den Menschen individualisieren. Allerdings geht es den Gerichten nur noch in Sonderfällen darum, nach fremder Mitverantwortung zu fragen. Bezüglich der Tat wird ebenso die Situation mit beleuchtet. So wird insbesondere nach einer Provokation seitens des Opfers gefragt, vgl. § 213 StGB, das jugendliche Alter berücksichtigt oder auch fehlende Schutzvorrichtungen gerügt, die es dem Täter leicht gemacht, also von ihm keine erhöhte kriminelle Energie abverlangt hätten. Ansonsten bietet schon das Sanktionenrecht des Strafgesetzbuches ein mildes Gesamtkonzept.

Zuzugeben ist auch, dass in der Regel zudem keine Straftat stattfindet, auf die die „Nächsten" des Täters nicht hätten einwirken können (oder umgekehrt auch rückblickend auch eingewirkt haben). *Kausal* für die konkrete Tat sind immer viele Personen 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 angesiedelt und wäre nur über Fahrlässigkeitsdelikte, die es vernünftiger Weise nicht gibt, konkret zu ermitteln. Aber zumindest im Prozess bedenken wir bei konkreten Anlass *fremde Mitverantwortung* oder *Affekte* etc.

*Kritik.* Auch hat den Täter 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 rechtsstaatliche Gesellschaft lebt mit und von ihnen.

*Replik.* In der Tat, wenig beachtet ist der Umstand, dass das demokratische Strafrecht seit langem, und damit wir alle, mit gesetzlichen *bestimmten Delikten rechnen*. Anderenfalls gäbe es die Gesetzbücher nicht. Die Eigenschaft Straftaten nicht nur vermeiden, sondern auch tatsächlich begehen zu können, so erklären wir, gehöre zur Freiheit des Menschen. Unser gesamtes Rechtssystem ist auf Unrecht und Streit aufgebaut.

Wenn und weil wir mit anderen Menschen zusammenleben, so gehen wir alle nicht nur das *Risiko* ein, als Einzelne oder als Teil der Allgemeinheit, Opfer einer Straftat zu werden. Fast alle von uns haben schon Ordnungswidrigkeiten begangen, etliche schon Delikten wie Beleidung, Körperverletzungen, oder Nötigungen, manche auch Steuerhinterziehung oder kleine Diebstähle.

Zudem verfügen wir über ein, vielleicht auch deshalb, zivilisiertes und mildes Strafrecht, mit häufiger Geldstrafe und Resozialisierungsangeboten im Strafvollzug.

*Kritik*: Nachzufragen ist dennoch: 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 betroffene 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 von Straftaten offen mit einrechnen*. So werden im Geschäftsleben, dem eigentlichen Kernfall der Tauschgerechtigkeit, Kredite auch nur gegen Sicherheiten ausgegeben oder Zug-um-Zug-Leistungen vereinbart.

*Replik.* Dann aber erweist sich das gegenwärtige deutsche Strafensystem, das das *Bundesverfassungsgericht* über die Menschenwürde nach oben begrenzt, auch insofern als *human*, weil es auf den Menschen und *seine Gesellschaften* bezogen als *systemgerecht* erscheint. Zu Recht bildet deshalb die Geldstrafe statistisch gesehen die Hauptstrafe zumal für Ersttäter.

Dasselbe Ergebnis ergibt sich auch auf dem emotionalen 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.

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“[800] 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.

[800] BVerfG 45, 187 (aus dem Leitsatz).

6. *Fazit.* Die wesentlichen 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.

Sie erweisen sich einerseits als einsichtig. Sie vermögen die Macht der alten *Schuldidee* vielleicht zu erschüttern, aber sie reichen nicht aus, diese humane Lehre nunmehr beiseiteschieben zu können.

Denn, wie sähe ein staatliches Recht ohne Schuldidee aus? Regierte dann nur das Gerechtigkeitsprinzip, so müsste die fahrlässige Tötung ebenso wie die vorsätzliche oder der Mord geahndet werden. Herrschten nur die präventiven Strafideen, so fehlte der Blick auf den einzelnen würdigen Menschen. Offen ist nur, welches Gewicht ihr im Vergleich mit den anderen Elementen der Vereinigungstheorie zukommt.

## II. Gerechtigkeitskritik I: Blinde Rache; Inhumanität des Vergeltungsgedankens, ewige Wiedervergeltung; Ergänzung durch mildernde Humanität

1. Auch die große Gerechtigkeitsidee ist Einwänden ausgesetzt. Sie sind ebenfalls in einem Diskurs mit Kritik und Replik zu erörtern. Er dient ebenfalls zugleich dazu, die Eigenheiten der Gerechtigkeitsidee zu vertiefen oder noch einmal auf den Punkt zu bringen.

*Kritik:* Das Vergelten findet nur 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*[801], an dessen Zweifel *Stratenwerth* erinnert[802], gefragt, ob dieses Strafen nicht eine vernunftlose Rache sei, eine sinnwidrige und am Ende zerstörerische Reaktion.

*Replik*. Dies ist ein gewichtiger Einwand. Wilde Rache innerhalb einer Gemeinschaft erscheint in der Tat als unzivilisiert und zerstörerisch.

---

801 Platon, Protagoras, (Eigler), 1990, 324 a, b.

802 Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011. § 1 Rn 2.

Dennoch hat *Platon* sich an anderer Stelle auch für das *Gerade-Richten* innerhalb einer Stadtgemeinschaft ausgesprochen. Es ist dabei als die *vernünftige Reduktion* des wilden und *unverhältnismäßigen* Rächens zu betrachten.

Ferner wird das gerechte und insofern vergeltende Strafen immer innerhalb von Norm-*Gemeinschaften* geübt, deren *Mitglieder* selbst nach dieser Art von blinder Gerechtigkeit rufen und die mit dem Strafen dann auch den Vernunft-*Zweck* der *Befriedung* verbinden. Für sie wird das Unrecht auf diese Weise *ausgeglichen*.

Der Ausgleichs-*Zweck* der Restitution oder auch Aufhebung des Rechtsbruchs im Sinne *Hegels* gehört zur Gerechtigkeitsidee. Sie mag man von der Rache zwischen Familienverbänden trennen. Man kann aber auch in der Rache selbst die Suche nach *Ausgleich* sehen. Es geht ihr also nicht nur um die Zerstörung, sondern auch um die Idee vom Nehmen eines rechtswidrig erlangten Machtvorteils. Das Gegenübel der Rache stellt die alte Machtbalance, vor allem diejenigen zwischen den Familienverbänden, wieder her.

Ob dieser Ausgleichs-Zweck staatliche Gesellschaften mit ihrem Gewaltmonopol am besten oder überhaupt mit dem vergeltenden staatlichen Strafen zu erreichen ist, darüber kann man wissenschaftlich streiten. Aber bislang knüpft auch die Alternative der staatlichen Prävention an die *Tat* an und sie führt zu einem *Übel*. Nach Ausgleich suchen ebenfalls die *privaten* Sühneverträge im Sinne des Abolitionismus. Den dennoch möglichen Verzicht auf Freiheitsstrafe bezeugt die übliche *Geldstrafe* samt *Schuldspruch*. Aber Freiheitsstrafe für einfache Eigentumsdelikte bei Ersttätern wäre auch „ungerecht".

Jedenfalls glauben die deutsche demokratischen Verfassungsgesellschaft und mit ihr das *Bundesverfassungsgericht* grundsätzlich, wenn auch mit humanen Ergänzungen, fest an den *Ausgleichs-Sinn* der Straf-Gerechtigkeit (vgl. Art. 103 II GG). Das muss für die Rechtspraxis ausreichen.

*Kritik.* Die Vergeltung erweist sich als grausam und unmenschlich. Sie nötigt zur Todesstrafe für den Mord. Selbst wenn Vergeltung gerecht erscheint, vermittelt sie Härte ohne Milde.

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.[803] Oder mit *Nietzsche*, an den der

803 Zaczyk, Fiat iustitia, 2006, 649 ff.

Rechtsphilosoph *Höffe* erinnert, der *kantsche* „*kategorische Imperativ rieche nach Grausamkeit*“.[804] Oder mit *Thomas von Aquin*:

„*Gerechtigkeit ohne Barmherzigkeit ist Grausamkeit; Barmherzigkeit ohne Gerechtigkeit ist die Mutter der Auflösung*.“[805]

*Replik.* Das ist einzuräumen. 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 heute 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.

Schon strenges Recht verlangt nach der *Gnade* des Herrn. Auch gehören das blinde harte Recht des „Jedem das Seine“ und die salomonische *Billigkeit* untrennbar zusammen.[806] Die blinde Tauschgerechtigkeit wird schon von *Aristoteles* durch die *Zuteilungsgerechtigkeit* ergänzt.

„Gerechtigkeit und Humanität“ bilden heute eine bipolare Paarung, die auch verrechtlicht ist. 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*. Die Vergeltungsgerechtigkeit bildet also zwar die *Grundlage*, auf der aufzubauen ist im Recht, sie reicht aber allein nicht aus.

---

804 Höffe, Rechtsprinzipien, 1990, 239 u. Hinw. auf: Nietzsche (Schlechta), Genealogie, 1887/1977, 761 ff., 2. Teil, Abs. 6.

805 Aquin (Pieper), Matthäus, 1270/2011 , 5, 2, Nr. 361.

806 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).

*Kritik.* Mit Vergeltung verbinden wir schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch mit der *Blutrache*. Damit erfassen wir, was allerdings wenig bedacht wird, zumindest auch ein aus heutige Sicht mafiöses „Clan-Strafrecht". Blutrache im klassischen Sinne üben die Angehörigen einer Sippe (gens) gegenüber einer anderen. Insofern passt dieser Ursprung des Vergeltungsgedankens nicht recht in ein Binnenstrafrecht. Es stellt eher eine Art des *intergentialen* Rechts, als kleinem Völkerrecht, dar, das aber auch zu familiären *Sühne- Verträgen* führen kann. Außerdem *wirkt* es *maßlos*, weil sie schon bei, nach heutigen Vorstellungen, geringeren Delikten wie Ehrverletzungen greift. Der Staat muss dabei zudem um sein Gewaltmonopol fürchten.

Ein solches Recht ist 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. Ein Präventionsstrafrecht hätte weit weniger Rechtsfertigungsmühe, kriminelle oder terroristische Vereinigungen zu verfolgen. Auch ein neues Unternehmensstrafrecht für juristische Personen etc. könnte es als echtes Strafrecht begreifen

*Replik.* Dieser Ursprung der Rache ist einzuräumen, aber bei unserer Strafe handelt es sich zunächst einmal um eine *staatliche* Strafe. Die staatliche Strafe ersetzt und verbietet die Selbsthilfe von Einzelnen und Lynchjustiz von *Kleingruppen*, die vom menschlichen Vergeltungs- und Gerechtigkeitsbedürfnis gespeist ist. Insofern erscheint die staatliche Strafe allerdings mit *Blei* als „*Racheersatz*".[807] Als solcher *kanalisiert* und *zivilisiert* sie nur, aber immer das Vergeltungsbedürfnis. Er ist damit aber auch von ihm abhängig.

Außerdem brach der frühmoderne Staat -auch- mit dem bürgerlichen *Einzel-Tatstrafrecht*, die Unterordnung der Einzelnen unter starken ländliche Familien- (oder Clan-) Verbände auf. Die Stadtluft machte frei. Der Staat steht aber heute bei mafiös und ethnisch organisierter Kriminalität und auch bei kriminell handelnden Wirtschaftsunternehmen vor demselben Problem.

Dabei ist die Individualisierung eines „Menschenstrafrechts", das vorrangig auf den *höchstpersönlichen Freiheitsentzug* ausgerichtet ist und nicht auf die Geldstrafe, trotz aller Diskussion um ein Unternehmensstrafrecht in einem höchsten Verfassungs-Gut gegründet. Analog zu *Hegel* wird deshalb der Straftäter mit einer solchen Strafen als ein freies und würdiges Wesen geehrt

807 Blei, Strafrecht AT, 1983, § 6 II; von Tabuisierung spricht auch Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984, 19.

und respektiert. Ohne Freiheit kein Freiheitsentzug. Ohne Menschsein keine Menschenwürde im Vollzug. Dieselbe Ehre und Würde sollte nicht für kriminelle oder terroristische Vereinigungen gelten, auch dann nicht, wenn sie es in ihrer Binnenkultur selbst anders sehen.

Auch die „corporate governance"-Binnenkulturen legaler juristischer Personen und sonstiger Verbände können diese nicht den Menschen als „geistig-sittlichen Wesen" gleichstellen. Stattdessen bietet es sich an, wie schon im Referenten-Entwurf 2019 vorliegend, für juristische Personen, ein gesondertes zu schaffen, das vor allem *grobe Pflichtverletzungen* ihrer Organe erfasst und sie mit hinreichender *Tatbestandsbestimmtheit* und sonstigen *Rechtschutz* gegen politischem Missbrauch absichert. Auf diese Art ist „Widervergeltung", lies Sanktionsgerechtigkeit, auch mit legal organisierten Verbänden möglich, die wie und durch einzelne Menschen zu Gewalt, List und Treubruch fähig, sind und die die Verantwortung oder Zurechnung mit abgeschotteter Arbeitsteilung verschleiern können.

*Kritik.* Einen weiteren bedeutenden und damit zusammenhängenden Einwand bildet derjenige der *Ewigkeit* der Widervergeltung. Zwar scheint es so, als meine das Vergelten nur das einmalige Ausgleichen der Wirkung einer Handlung durch eine entsprechende Reaktion. Doch stellt auch jede Reaktion wieder eine Aktion dar. Sie kann und wird ihrerseits entweder eine Reaktion oder Frustration auslösen. *Hegel* spricht von einem „*Progress ins Unendliche*".[808]

*Replik.* In der Tat, so gilt auch die blanke Maxime „Wie Du mir, so ich Dir" auf Dauer fort. Dieses Prinzip ist blind, und zwar solange, bis eine Partei auf das Widervergelten 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.

Solche übergeordneten Mächte hat es in der Tat immer schon gegeben, sei es einen Richterkönig, mit eigener Hausmacht, sei es die 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.

Der demokratische Staat verfügt sowohl über die kollektive (anonyme) höhere *Macht* und über eine zivile *Rechtsvernunft*.

---

808 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.

*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 eigentlich einen zivilrechtlichen Charakter. Der Staat kann danach allenfalls, wie im Zivilprozessrecht die *Durchsetzung* des fremden Anspruchs der Opferseite übernehmen.

*Replik.* Dieser Einwand ist an sich schlüssig. Aber die demokratische Gesellschaft begreift sich selbst als Opfer, weil der Täter zugleich auch das Vertrauen in die Rechtsgeltung beeinträchtigt. Bei den Gemeindelikten vertritt der Staat die Ansprüche der Allgemeinheit auch unmittelbar als eigene.

Eine solche Rechtsverletzungs- und Sozialschadenslehre erweist zudem nicht als systemfremd, wenn 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.

*Kritik.* Nötig ist, wie Mittelalter, eigentlich eine *faire Streitschlichtung* und keine Strafe.

Und, wer trägt dann eigentlich die Beweislast, nicht am Ende die Opferseite, muss nicht also wie im Zivilrecht um den Sachverhalt gerungen werden, notfalls mit einem Anscheinsbeweis?

*Replik.* Dies erweist sich aus der Opfersicht als ein Problem. Zunächst einmal eröffnen wir aber den zivilen Opfern das gesonderten Zivilrechtsweg, und notfalls Rechtshilfe.

Der Staat bezieht zudem auch 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.

Ferner 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.

Es geht auch nicht nur um die Lösung von konkreten Konflikten, sondern immer auch um Recht und Gerechtigkeit, um schon entweder die Entstehung von Konflikten zu vermeiden oder um deren Austragung zu zivilisieren. Den Kern

des Rechts stellt die materielle Gerechtigkeit dar, und zwar auch schon dadurch, dass Gesetze grundsätzlich allgemein, also für jeden gleich gelten. Der Staat formt die Art der *Gerechtigkeit* nur aus.

Der moderne ausgestattet mit dem Verbund von hoheitlicher Gewalt und öffentlichem Recht, verfügt heute über die nötigen *technischen Mittel* und Methoden der Aufklärung, die dem Mittelalter nicht zur Verfügung standen

Das Risiko der *Nichtbeweisbarkeit* kann der Staat zudem auch 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 immerhin Beteiligungsrechte an.

*Kritik.* Die Vergeltung als „Auge um Auge" passt *wörtlich* genommen ohnehin nur bei wenigen Delikten, wie den Körperverletzungs-, Tötungs- und Sachbeschädigungsdelikten.

Die Falschaussage müsste dann zum Abschneiden der Zunge führen. Konkrete Gleichheit zu fordern, führt also in die *Absurdität symbolisch-bestialischer* Aktionen.

Für *Kant* war deshalb 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 heranzuziehen.[809]

*Replik*. In der Tat, die Talionsidee ist auf das Konkrete ausgerichtet. Aber das das biblische Wort von „Auge um Auge, Zahn um Zahn" meinte vor allem, dass dem Täter aufzuerlegende Übel *nur nach dem Maß* des von ihm begangenen zu bestimmen ist. Mehr durfte ihm nicht geschehen. Das konkrete Übel konnte dann auch ersatzweise, vor allem bei Freien und Bürger, durch eine angemessene *Bußleistung* abgegolten werden.

809 Kant, Grundlegung, 1785, AA IV, 454.

Für die Neuzeit empfahl etwa *Hegel*[810] eine *abstrahierte* Vergeltung: Es ginge nicht um eine „spezifische Gleichheit", dies sei eine Absurdität, sondern nur um den „Wert als das innere Gleiche". Aber einzuräumen ist, dass man damit der Vergeltung ihre Unmittelbarkeit und Tatbezogenheit nimmt.

Wer sich aber von der konkreten 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.

Diesen Preis müssen wir offenbar entrichten. Abstraktion verlangt nun einmal einen höheren Maßstab. 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 immer noch schlüssig.

*Kritik.* Eingriffe in Gemeinschaftswerte lassen sich -danach- nicht nachvollziehbar „vergelten". Sie müssen stattdessen im Sinne einer personalen Rechtsgutslehre dem Einzelnen und seinen Interessen untergeordnet und zu Freiheitselementen *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 Gleichwertigkeits-Ansatz.

*Replik.* Die strenge Tauschgerechtigkeit ist -in der Tat- im Kern auf *zwei handelnde Personen* ausgerichtet. Aber wir behelfen uns damit, dass wir auch den handelnden Staat als eine kollektive Person begreifen, die eigene Rechte hat und die auch fremde Rechte wahrnehmen oder schützen kann. Die Idee der juristischen Personenidee lässt dies zu.

Mit der Menschenwürde und der Schuld-Idee ergänzen und *humanisieren* wir dann im *nächsten Schritt* die an sich in der Tat nur personal-liberale Parteien-Gerechtigkeit. Wir sehen den Staat zudem dominiert von der Idee der Demokratie und der zuteilenden und empathischen Nächsten-Solidarität der *Allgemeinheit der freien und auch würdigen Bürger-Menschen,* Art. 20 I GG.

*Kritik.* Mühe bereitet der Vergeltungslehre auch (a) die Begründung der Strafbarkeit des bloßen *Versuchs*. Dann muss schon die Idee eines

---

[810] Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 193 f.

„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.* Einzuräumen ist, dass die Vergeltung vorrangig an den realen Erfolg oder Schaden gebunden ist. Der Versuch und die Gefährdungsdelikte verlangen immerhin auch eine Art von Tätigkeit und man begreift auch in der erfolglosen Handlung als eine Art von *Gefährdungsschaden*.

Die klassische Vergeltungslehre, ein Übel mit einem Übel vergelten zu wollen, bedarf zwar eine „Übels“, aber die (hier vertretene) Ausgleichslehre stellt auf die Erfahrung und das *Erlebnis des Täters* selbst ab, der sich auch beim Versuch oder den gefährlichen Handlungen schon in angemaßter Weise als Herr über ein Tun begreift, das fremde Güter gefährdet.

Bei der Beihilfe sind die Täterschaft und damit der Gefährdungsschaden auf den Gehilfenakt *reduziert.*

Außerdem bilden die täterschaftlichen *Vollendungsdelikte* den Kern der realen Kriminalität und den *Hauptgegenstand* der Strafbegründungsideen. Denn auf den Schaden werden wir in der Regel erst über die Taten aufmerksam. Derartige Umfeld-Delikte gehören in den *rechtstechnischen Randbereich*.

*Kritik.* Die Idee der Gerechtigkeit ist lediglich rückwärtsgerichtet.

*Replik.* Dem ist zuzustimmen. Das Geraderichten ist *rückwärtsgerichtet,* und politisch ist es 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 in die Zukunft gerichteten *Zweck* der Gerechtigkeit sucht, findet ihn in diesem Sinne im Ordnungsgedanken, mit dem Zweck der „*Selbst- oder auch Systemerhaltung*“.

Die *alte Ordnung* hat und 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. Noch einmal: So gehörten früh schon zur Gerechtigkeit im Sinne der Widervergeltung (etwa auch christlich des Alten Testamentes) die Barmherzigkeit (des Neuen Testamentes) oder die Gnadenakte der absoluten Herrscher hinzu. Das römische Recht setzte auf die Billigkeit. Heute sprechen wir von Humanität und Solidarität, die wir ebenfalls mit verrechtlicht haben.

Dazu passend ist die Gleichheitsidee im Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität" eingebettet, und zwar in der Mitte zwischen Freiheit und Solidarität. So stellt die *Gleichheit* als Kern der Gerechtigkeit aus staatspolitischer Sicht nur, aber immerhin *eine* von zumindest *drei Höchstideen*, dar: 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, wie anzufügen ist, können nicht einmal Systeme der Physik existieren.

## III. Gerechtigkeitskritik II: unzulässige Metaphysik, ideelle Überhöhung des Staates, bloße blinde Reaktion, gleich dem Täter, selektives Strafen, Versagen bei Systemunrecht

1. Mithilfe anderer Einwände ist das Wesen der Gerechtigkeit noch weiter auszuleuchten:

Eine weitere *elementare Kritik* lautet:

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 *Liszt:*

*„Metaphysische Spekulation, mag sie sich auch im Gewand einer der beliebten „absoluten Straftheorien" kleiden, hat mit der Wissenschaft und daher auch mit der Strafrechtwissenschaft nichts zu thun".*[811]

*Frisch*[812] etwa kritisiert ebenfalls den Rückgriff auf die absoluten Straftheorien von *Kant* und *Hegel* und zwar 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 irreales Bild rechtlicher Straftheorien vermittelt. Irreal deshalb, weil eine Reihe dieser gebetsmühlenartig wiedergegebenen Straftheorien längst mit Rechtsinhalten unvereinbar ist, von denen abzuweichen niemand mehr ernsthaft bereit ist*".[813]

Und *Frisch* meint „*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 immerhin folgerichtig aus, mit dem *Bundesgerichtshof*[814] (wenngleich in einer allerdings wohl vereinzelt gebliebenen Entscheidung) nur statthaft, wenn er auch zum Zwecke der Prävention unerlässlich sei. Denn die *„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*".[815]

*Replik aus der Sicht der Vereinigungstheorie.* In der Tat handelt es sich beim Rückgriff auf die Idee der *Gerechtigkeit* um eine *dogmatische Letztbegründung*. Deshalb spricht man auch zu Recht von einer *absoluten* Straftheorie.

---

811 Liszt, Aufgaben, 1905, 297.

812 Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff. , 69 ff.

813 Siehe auch Schneider, Hartmut, Grund, 1990, 92, er rügt „auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells": „idealistische Entwürfe von Menschenbildern, und Zulässigkeitsprüfungen, ohne der Realität der Straf-verwirklichung praktisch Rechnung zu tragen")

814 BGH 24, 132 134

815 Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff., 78

Als Letztbegründung unterliegt sie aus wissenschaftstheoretischer Sicht dem *Münchhausen-Trilemma* und die Idee des Substanziellen (Zugrundliegenden), das selbst *nicht* mehr zu *begründen* ist. Dieses Problem kennen wir also ohnehin und 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 eine „schuldhaft" verursachte Gefahr. Auch die Begriffe Recht und Schuld, wie etliche andere verwenden wir häufig „substanziell". Dennoch verfügen wir über eine Grundvorstellung davon und wissen auch, dass die Analyse auch nur viele konkrete Facetten eines vagen Ganzen erbringen würde.

Dass schon *Liszt* diese Ansicht vertritt, passt vielmehr zu seinem *empirischen Wissenschaftsverständnis*, das in der Sache der Nutzenlehre des angloamerikanischen Utilitarismus (*Bentham, Mill*) entspricht, der aber auch auf den Nutzen für das Gemeinwohl achtet. *Liszt* kannte noch keine Verfassungsnorm wie den Art. 1 GG. Doch wollte auch er das Strafgesetzbuch als „magna carta des Verbrechers" sehen und forderte damit einen starken Rechtsschutz für den Bürger ein. Für ihn und seine Zeit war das Gerechtigkeitsdenken zudem mit inhumanen harten Freiheitstrafen verbunden. Seinem empirischen Denken vom Nutzen der Freiheitsstrafe her haben wir auch 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".*[816]

Die Gerechtigkeit bildet sozial-real wirksam, weil auch aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts*, den Kern der Rechtsidee. Sie die im Rechtsstaatsprinzip verankert ist. Das Schuldprinzip und mit ihm die heutige Vorstellung vom Menschen als „geistig-sittliches Wesen" nimmt zudem Verfassungsrang ein, Art. 1 I, 2 I, 20 III GG. Die Ur-Aufgabe des Gerade-

816 Murmann, Grundkurs, 2019, § 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.")

Richtens steckt schon im Begriff des Richters und dazu bedarf dieser des Rechts.

Auch kann man die Gerechtigkeit, in der Tat, als zumindest als Teil der *höchste* Vernunftidee ansehen und auf diese Weise über oder zumindest neben den würdigen individuellen Menschen und die Gemeinschaft des demokratischen Staates stellen. Danach *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 erweist sich der Kern des *allgemeinen* Gesetzes, nämlich die *kantsche* Forderung nach Verallgemeinerbarkeit als 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, auch wenn wir im Westen der *Freiheit* den Vorzug geben und die anderen beiden gemeinsam dazu dienen, die Freiheit des Einzelnen einzuhegen.

Man müsste schon erklären und auch überzeugend *nachweisen* können, dass es aus *wissenschaftlicher* Sicht *keine* Willensfreiheit gibt und auf diese Weise auch die Schuld-Metaphysik, die Rechtsethik und auch die Freiheitsrechte zu Fall bringen.

2. Weitere Gegenargumente lassen sich ins Feld führen:

*Kritik. Rössner* rügt aus kriminologisch-soziologischer Sicht konsequent und ähnlich: Die „traditionellen Straftheorien" neigten „*zur Idealisierung und zur Überhöhung strafrechtlicher Auflagen"*[817]. Sie basierten „*auf einer Staatsaufassung, 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.

*Replik*. In der Tat beinhaltet die Strafe stets etwas *Hoheitliches* und ist somit mit einer *Überhöhung* des Strafenden gegenüber dem zu Bestrafenden verbunden.

---

817 Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff., Rn 15.

Aber dieser Ansatz dem gesamten Recht zugrunde. wir erwarten den Rechtsgehorsam. So heißt es auch, habe sich Recht zu unterwerfen. Das gilt auch für den Rechtstaat. Auch das Wort von der „Rechtstreue“, beinhaltet zumindest eine *Selbstunterwerfung*. Sie wiederum steckt auch in der „Autonomie“, vereinfacht als der Unterwerfung des eigenen Handelns unter eigene (und auch eigene sittlichen) Regeln.

Diese Rüge beruht vermutlich auf der *Trennung* von Staat und Gesellschaft. Doch stellt nach unserem Verfassungsverständnis das Volk einen immanenten Teil der *Verfassungsgesellschaft* dar. Strafen werden „im Namen des Volkes“ verhängt.

Trennt man hingegen den exekutiven Macht-Staat von der liberalen Gesellschaft, wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis, so kann man die Idee der Herrschaft von kollektivem Recht als Rule of Law dem Macht-Staat gegenüberstellen, um ihn zu zähmen. Zudem setzt dieses Rechtssystem auf die *prozessuale* Waffengleichheit, die ebenfalls eine Ausprägung des Gleichheitsgedankens darstellt.

So spricht *Rössner* selbst von einem „Fairnessgefühl“. [818.]

*Kritik.* Auch beruhe die Idee der Gerechtigkeit in der Form der einfachen Wechselseitigkeit auf einer *blinden* Mechanik.

*Replik*. Dieser Vorwurf ist offenkundig berechtigt und betrifft ihr Wesen. Aber die Mechanik ist zumindest *nützlich*. So hat sich über die *ökonomische* Spieltheorie (Gefangenendilemma, Tit for 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. 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 die Vergeltung also überleben und handlungsfähig bleiben müssen. So gilt diese „Mechanik“ 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

818 Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff., Rn 10.

oder der langjährigen Freiheitstrafe durch seine Mitglieder weiterleben und agieren, nicht aber das Mitglied selbst. Die *blinde* 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.

Zudem ergänzt auch seit *Aristoteles* noch die soziale zuteilende Gerechtigkeit in Ansehung der Person die blinde Tauschgerechtigkeit.

*Kritik*. Aber die blinde individualistischen Tauschgerechtigkeit und die soziale zuteilende Gerechtigkeit in Ansehung der Person, können auch einander *widersprechen*.

*Replik*. Das ist richtig. Beide regieren sie, soweit möglich, generell und beim auch beim Strafen, zwei verschiedene Untersysteme: Generell unterliegt das Zivilrecht vorrangig der Tauschgerechtigkeit und das öffentlichen Recht teilt Recht zu.

Die strenge wechselseitige Gerechtigkeit passt in ihrer konkreten Form und aus der Sicht des Straftäters nur für den Bereich der *verfügbaren* Freiheit, also im Kern für die *Geldstrafe*. Für den Einzelnen bildet jedenfalls die *langfristige* vollstreckte Freiheitsstrafe vor allem ein Akt der *zugeteilten* Gerechtigkeit.

Das abstrakte Prinzip der Tausch- und Marktgerechtigkeit („als solches“) ist aber auch schon grundsätzlich im guten Interesse des Einzelnen, und auch des Straftäters. Jeder zieht seine Vorteile aus der sozialen Arbeitsteilung. Insofern kennt und schätzt zumeist auch der Straftäter zumeist zumindest den Grundsatz der Widervergeltung.

*Kritik*: „Gleich dem Täter“ - wer ein Übel mit einem anderen vergilt, der begibt sich, so sagt man, auf das Niveau des Täters.

*Replik*. Dem ist insofern zuzustimmen, als dies ist die Ausgangslage von Aktion und Reaktion ist. Aber immerhin trennt das *Recht* das Delikt von der Strafe.

Zudem hat der *Handelnde* es frei in der Hand, diese Reaktion zu vermeiden. Er straft sich zumindest insofern auch selbst. Der *Strafende* hat sich dagegen von vorherein an das eigene Recht und an die höhere Idee der Gerechtigkeit gebunden.

Dennoch wird weiter darüber nachzudenken sein, ob das gerechte Strafen im Sinne dieses Einwandes, wie es heißt, als das „*Vergelten eines Übels mit einem Übel*“ anzusehen sein muss. Denn danach würden wir alle und auch der

demokratische Staat „Übeltäter“ sein, wenn auch legitime und zivilisierte. Wer dagegen vorrangig auf das Ausgleichen eines *Freiheitsgewinns* abstellt, der entgeht diesem Einwand.

Zudem hilft auch der Subsidiaritätsgedanken mit der Ultima-Ratio-Formel, danach muss die Strafgerechtigkeit das letzte Mittel sein.

*Kritik.* Grob ungerecht erscheint der gerechte Tatschuldausgleich mit Blick auf das hohes *Dunkelfeld*[819] und der Folge des *hoch selektiven* Strafens, zumal im Bereich der mittleren und leichteren Strafen.

*Replik*. Das ist einzuräumen. Aber das Bemühen, alle Taten ermitteln zu wollen, führt immerhin auf der Rechtsebene zur Strafverfolgungspflicht, dem Legalitätsprinzip, §§ 152 Abs. 2, 160, 163 StPO; § 386 AO.

Dass die Ressourcen nicht ausreichen, um zum Beispiel alle Diebstähle auszuermitteln, ist auch dann *erträglich*, wenn nur Geldstrafe droht. Aber die hartnäckigen *Wiederholungs- und Karrieretäter*, für die Freiheitsstrafe in Betracht kommt, werden hoch *wahrscheinlich* den Ermittlungsorganen dennoch einmal ins Netz gehen, und in diesen Fällen lässt sich zumeist auch eine Mehrzahl von Taten aufklären.

Diese Tätergruppe, für die Freiheitstrafe und nicht mehr die Geldstrafe die Regelstrafe bildet, stehen offenbar und wegen des Vorranges der schwereren Freiheitsstrafe zu Recht im *Mittelpunkt* von gesetzlichem Strafrecht und minimalethischer Strafgerechtigkeit.

Die hoch selektive Geldstrafe für Erst- und Gelegenheitstäter erweist sich insofern als *bloße Vorstufe* zur ernsthaften und existenzgefährdenden Freiheitsstrafe.

Übrigens, falls alle Delikte tatsächlich ermittelt und bestraft würden, gäbe es kaum noch geplante Taten. Eine solche Ermittlungs- und Strafdichte lässt sich rechtstatsächlich nicht nur nicht herstellen. Das Recht entsteht auch erst aus der regelmäßigen Erfahrung von Unrecht. Sollen und Sein fallen stets, und auch hier, auseinander.

*Kritik*: *Systemisches Unrecht* im Nationalsozialismus und als DDR-Unrecht oder auch als sexuelle Nötigungen als Machtmissbrauch in *Kirchen* oder Doping im

819 Streng, Sanktionenrecht, 2012, I, 3 („Das Dunkelfeld der Kriminalität – ein Generaleinwand gegen die Straftheorien?“).

*Sport* wurde und wird in Deutschland nur sehr exemplarisch strafrechtlich verfolgt. Hier versagt das gerechte Tatschuldstrafrecht.

*Replik*: In der Tat, ein Staatsvolk schreckt davor zurück, sich selbst massenhaft zu strafen, symbolische Einzelfälle müssen genügen. Es agiert insofern generalpräventiv im Sinne der Erhaltung des neuen Gesamtsystems. Es verdrängt überwundenes Systemunrecht zum kollektiven Selbstschutz. Auch das Völkerstrafrecht ist vorrangig auf die Befehlshaber ausgerichtet.

Ebenso hält sich der Staat mit dem Strafrecht bei Systemunrecht innerhalb von Subsystemen zurück, die halbautonome und hoch anerkannte *Institutionen* bilden und die über eine Art von eigenem Disziplinarstrafrecht verfügen. Erwartet wird offenbar eine interne *Selbstregulierung*.

3. *Fazit*. Die Gerechtigkeitsidee hält meines Erachtens dennoch den Einwänden einigermaßen stand. Sie bildet den ideellen Urgrund und auch unseren emotionalen Beweggrund, überhaupt nach Verdienst zu vergelten, und zwar auch im negativen mit Strafen.

## IV. Tatschuldausgleich: Rechtskulturelle Bewertung und straftheoretische Einordnung

1. *Bewertung*. Das deutsche Strafrecht fordert ausdrücklich in jedem Tatbestand des Besonderen Teil eine strafweise *Reaktion* ein und will im Verbund mit §§ 17 ff. StGB den Ausgleich der Tatbestandschuld betrieben wissen. Schon im *gesetzlichen* Strafrecht genießt das Prinzip des gerechten Tatschuldausgleich also den Vorrang.

Präventive Erwägungen, wie die Aussetzung zur Bewährung, die Aussicht auf bedingte Entlassung selbst bei Mordtaten, der durchgehende Anspruch auf den Behandlungsvollzug, die Umwandlung kurzer Freiheitsstrafen in Geldstrafen etc. beinhalten danach zwar wichtige, aber *nachrangige Ergänzungen*. Sie *vervollständigen das Tatschuldstrafrecht*, aber sie unterwerfen es sich *nicht.* Denn die Sinn-Idee der gerechten Schuldstrafe trägt sich -danach- auch schon selbst. Die Gerechtigkeitsidee als solche und Schuldstrafe in Ansehung des Täters als Mit-Menschen sind gut an sich.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat zudem die Rückbindung an das Menschenbild des Art 1 I GG eingeführt. Auch die Rechtstaatsidee hat das *Bundesverfassungsgericht* mit (materiellen) Gerechtigkeitsidee aufgeladen, Art. 20 III GG (vgl. auch Art 1 II GG).

Nach allem ist auch aus *verfassungsrechtlicher* Sicht und nach den *Strafgesetzen* -derzeit- die *rechtskulturelle Grundsatzentscheidung* dafür gefallen, dass das Tatschuldstrafrecht zumindest die „Grundlage“ nicht nur der Strafzumessung sondern auch der *Rechtfertigung der Strafe* bildet, und indirekt damit auch dafür, dass der *Vorrang* der Strafidee des „gerechten Tatschuldausgleichs“ gebührt.

Aber auch eine solche deutsche *rechtskulturelle* Grundsatzentscheidung für den Vorrang der Tatschuldstrafe muss *vernünftig* begründet sein und immer wieder werden. Das heißt auch, sie muss in zumindest *gut vertretbarere Weise* vor den denkbaren *Alternativen* bestehen.

Wem die Begründung der Strafe mit dem Selbstzweck der Gerechtigkeit aus guten Gründen nicht ausreicht, kann *zusätzlich* nach weiteren und *präventiven Gründen* suchen. Er kann auch die Schuldidee mit ihnen im Rahmen einer *teleologischen* Auslegung umformen. Aber die „Grundlage“ wird *für den Regelfall* die Strafidee des gerechten Tatschuldausgleich bleiben (müssen).

Ohne (a) die *bürgerrechtliche* Grundlage im Sinne von *Jakobs*, jedenfalls als Regelfall, und ohne (b) die Limitierung der Strafzumessung durch die Schuldidee im Sinne *Roxins*, ebenfalls zumindest im Regelfall, erscheint die „präventiven Vereinigungstheorie“ derzeit nicht vertretbar. (c) Mehr noch, ohne die umfangreiche Reduktion der zu vollstreckenden Freiheitsstrafe zugunsten der Geldstrafe und der ständigen Resozialisierungsangebote im Vollzug samt der bedingten Entlassung, ist auch die Idee von der *Menschenwürde* nicht aufrechtzuerhalten.

Zu einem solchen *Regel-Ausnahmen-Denken* zählt aber vor allem auch, dass dem *Gesetzgeber* schon einmal die Maßregeln der Besserung und Sicherung gemäß §§ 61 StGB zwar als Sanktionen, aber *nicht als Strafe* dienen und das *Bundesverfassungsgericht* folgt insoweit ihm. Er nutzt also die Maßregeln, um das Schuldstrafrecht aufrechtzuerhalten. Sie gliedert unser Strafrechtssystem ebenso aus dem Kernbereich des Straffrecht aus wie das Jugendstrafrecht mit seinem Erziehungsgedanken und das Ordnungswidrigkeitenrecht, dem der sozialethische Makel fehlt, oder auch das Nebenstrafrecht, das in der Regel vor allem seinem jeweiligen Rechtsgebiet dient. Aber der Gesetzgeber sah dennoch die Notwendigkeit für diese *Sonderrechte*.

Auch verweist *Jakobs* zurecht auf Elemente des Feindstrafrechts im Strafrecht, Sie zählen ebenfalls zu den *Ausnahmen* und sind soweit es geht, über feste Rechtsfiguren und mit dem Zwang zu einer erhöhten Begründungaufwand in das Regelsystem integriert.

Das *Unbehagen* muss aber bleiben. Die logische Idee, des *Bundesverfassungsgerichts*, dass der Mensch ein soziales Wesen, dass zweifellos er ist, *Solidaropfer* für die Gemeinschaft zu erbringen hat, wie für Sicherungsverwahrung, die ebenfalls auf einer Art von feindstrafrechtlich Ansatz beruht, muss ein Bürger- und Menschenstrafrecht beunruhigen.

Dieses Strafrecht bildet ferner ein teilautonomes und vorkonstitutionelles Rechtsystem, das unter anderem auf dem philosophischen Rechtsidealismus um und nach 1800 beruht. Historisch betrachtet haben wir also das deutsche Schuldstrafrecht seit etwa 1800 aus einer „gestaltlosen Masse" von zumindest drei (besser vier) Strafideen herausgegliedert. Andere Rechtkulturen gehen andere Wege. Zu unserem haben wir uns vom deutschen *Idealismus* (*Kant*, *Hegel*) leiten lassen. Die Erfahrungen der Ideologie des Nationalsozialismus haben zusätzlich zur Verrechtlichung der universellen Menschenwürde im Grundgesetz geführt. Diese humanistische Abwandlung der alten Seelenidee hat der strafrechtlichen Schuldidee noch einmal ein zusätzliches Gewicht verliehen und die erhebliche Milderung der streng gerechten Strafe durch den individualpräventiven Ansatz von *Liszts* noch einmal *humanistisch* überhöht.

Jede „Grundlage" kann aber *rechtsmethodisch* mit komplexen Konzepten *ausgebaut* und *überwölbt* werden. Auch kann jede derzeitige Grundsatzentscheidung auch rechtskulturell *fortentwickelt* werden.

Die „gerechte Tatschuldstrafe" kann deshalb zwar bereits den (Haupt-) Sinn der Strafe darstelle, also. ihr „*Endzweck*" sein, sich selbst also genügen. Aber sie kann auch noch *zusätzlich* von nicht nur von *präventiven* Zweckerwägungen ergänzt, was nötig ist, sondern völlig „überwölbt und durchdrungen" sein. Nur muss jede vorrangig präventive Strafbegründung dennoch auf dem *Fundament* des gerechten Tatschuldausgleichs beruhen.

Dazu bildet die übliche Rückbindung des Präventionsstrafrechts an das *liberale Bürgerschutzstrafrecht* mit *Feuerbach* und *Liszt* den ersten Schritt, aber sie reicht allein *nicht* mehr aus. Die Idee der Menschenwürde muss zumindest die *Höhe* und die Art des *Vollzuges* der Strafe mitbestimmen.

Wer eine *präventive* Vereinigungstheorie bevorzugt, wird vor allem auf den Strafvollzug verweisen. Er wird das Bild vom geschlossenen Vollzug zur „Sicherung der Allgemeinheit" ebenso herausstellen wie dessen Resozialisierungszweck. Auch wird er auf das *Demokratieprinzip* zeigen (Art. 20 I GG), nach dem die Erschütterung der „Rechtstreue der Allgemeinheit" von erheblicher Bedeutung sein muss. Methodisch wird er dazu den Schuldbegriff

entweder *sozial* aufzuladen oder ihn offen durch eine Art von *subjektiver Zurechnung* ersetzen.

Im Hintergrund verfügen die Vertreter einer *präventiven* Vereinigungstheorie ohnehin noch über das Argument, dass die *Willens*- und somit die generelle *Schuldfähigkeit* des Menschen nicht empirisch nachzuweisen ist. Die kulturelle Fiktion der Willensfreiheit würde, so lautet ihre Folgerung zur Strafbegründung führen und anders als für die Begründung der Grund- und Menschenrechte und für das Demokratieprinzip nicht bloß zu Vorteilen bei den Betroffenen mit sich bringen. Eine bloße Fiktion würde als *gravierenden Rechtnachteile* rechtfertigen. Deshalb könne die Schuld jedenfalls nicht zur Hauptbegründung der Strafe taugen.

Diesen gewichtigen und *weit akzeptierten Einwand* gilt es zunächst nur mit zu bedenken. Im „Fundamentalen Teil" ist dieser altbekannte, aber die *Grundlage des Schuldstrafrechts erschütternde Kritikpunkt* auszuführen und einzuordnen. Welcher der beiden großen Lehrrichtungen -aus wissenschaftlicher Sicht- der Vorrang gebührt, bleibt also weiterhin *in der Schwebe*.

2. *Straftheoretische Einordnung des gerechten Tatschuldausgleichs*. Bei der Doppel-idee des „gerechten Tatschuldausgleichs" handelt es sich um eine Straftheorie nach dem *Konzept* (aber nicht mit der Strenge) *Kants*. Die *moralische Strafwürdigkeit* ist im Rahmen der Prüfung des *Unrechtsbewusstseins* zunächst festzustellen und die ausgleichende Strafe ergibt sich aus der der universellen *Gerechtigkeitsidee* folgende *ethische Pflicht*. Dass der Staat sie aufgreift und verrechtlicht, geschieht auf einer anderen Ebene. Der Staat könnte auch andere eigene Weg gehen, vor allem den der Generalprävention, er wählt in einem Bürgerstaat aber vorrangig, wenn auch nicht ausschließlich, denjenigen des „gerechten Tatschuldausgleichs".

Moral und Sittlichkeit beherrschen und überwölben den pragmatischen Strafzweck und damit auch die Staatsidee. Mit den Worten des Gerechtigkeitsphilosophen *Höffe*[820] können solche Gesichtspunkte der Spezial- oder Generalprävention, also *utilitaristische* Gesichtspunkte, niemals letzte oder *primäre Strafzwecke* sein. Wir können und sollten sie jedoch als „sekundäre" Strafideen mit berücksichtigen.

Schon das *Talionsprinzip* hat historisch betrachtet drei Fortschritte gebracht. Es hat die *maßlose Blutrache* eingedämmt. Auge um Auge bedeutet auch *nur* Auge

820 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.

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 ein höheres 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. Das Argument, dass sich beide Seiten in einer Art von ständiger Notwehr oder Notstand befinden, ist den beiden Familienverbänden damit verschlossen. In der Regel ist das höhere Recht auch mit der größeren Hausmacht des *oberherrlichen* Richters verbunden.

Die Gerechtigkeitsidee selbst gehört dabei auch, und zwar aus generalpräventiver- Sicht, 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 Idee der *materiellen Gerechtigkeit* bildet ansonsten 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 Menschrechten anspricht.

3. *Fazit.* Damit ist die Strafbegründung über den „gerechten Tatschuldausgleich" als Art der *vergeltenden* Vereinigungstheorie umrissen und auch schon einmal vorgewichtet.

## V. Zwischenergebnis: Sinn und Zweck des Strafens, zivilisatorischer Überbau und acht gute Strafgründe

1. *Zwischenergebnis zu Sinn und Zweck.* Die Idee des „gerechten Tatschuldausgleich" bildet also die Grundlage, auf der das deutsche Strafrechtsdenken beruht. Sie stellt den materiellen Teil des alten liberalen Bürgerstrafrechts dar.

Die Frage der Straftheorie lautet deshalb nur, aber immerhin:

- *Entweder* wird diese Grundlage von der präventiven Strafidee entscheidend *überwölbt*, durchdrungen und umgeformt, und „soll" sie es werden (Stichworte: Zurechnungslehren, soziale Schuld, soziale Handlungslehre, Sozialschadenslehre, Resozialisierung)? Dadurch würde dem *präventiven* Ansatz eine Vorrangstellung zukommen, und er kann sich immerhin auf Art. 20 I, II, 79 III GG stützen.

- *Oder* aber dient die präventive Sichtweise nur dazu, die ethische Idee des gerechten Tatschuldausgleichs umranken und an vielen Stellen notwendiger Weise *ergänzen* – und soll sie sie auch nur ergänzen? Dann würde umgekehrt etwa die Resozialisierungsforderung nicht vorrangig vom gesellschaftlichen Nutzen zu verstehen sein, sondern von der ethischen Menschenwürdeidee des Art 1 I, II, 79 III GG her gedeutet werden (können). Sie würde als Ausdruck der ethischen Humanität gelten, zu der auch der Schuldgedanke gehört.

Die Frage nach „Sinn und Zweck" vereint beide Ansätze. Sie lässt aber die Zusatzfrage nach dem *Vorrang offen*.

Vorrangig präventive Lehren unterwerfen das Ideenpaar der (blinden) Gerechtigkeit und des (höchstpersönlichen) Tatschuldausgleichs dem *Konsens* der demokratischen Allgemeinheit. Diese Sichtweisen dienen der Gesellschaft und unterwerfen ihr das Recht. Zudem wollen sie kollektive Emotionen mit dem Verfassungsprinzip der „Effektivität der Strafrechtspflege" individualpräventiv rationalisieren.

Gerechtigkeit und Schuld gibt es danach nur, weil und auch nur insoweit, als die Verfassungsgesellschaft es will. Sie will es, weil es ihr nützlich und ihr gut erscheint. Die Gesellschaft bestimmt die Sozialethik und nicht die Sozialethik die Gesellschaft. Bei Bedarf könnte sich das Volk auch eine neue und andere Verfassung geben, etwa eine angloamerikanische oder eine französische. Die Idee der Menschenwürde entspringt für die Präventionisten dabei einem abänderbaren kulturellen Konsens der absolut gesetzten Allgemeinheit. Diese erst hat zu ihren Zwecken dem Motto von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität" entwickelt und zur sozialen Realität verholfen. Danach regiert uns *letztlich* vereinfacht vorrangig der Nutzen für das Gemeinwesen und nicht die gute Idee als solche.

Andererseits lässt sich auch das Ideenpaar von Gerechtigkeit und humanistischer Schuld absolut setzen. Danach stehen am Anfang die gute Idee und der einzelne, mit Vernunft begabte und deshalb würdige Mensch, der sich mit anderen Vernünftigen erst zur Allgemeinheit zusammenfindet. Er kann sie auch frei oder aus guten Gründen der Selbstentfaltung auch wieder verlassen kann. Danach dient das Recht *letztlich* dem vernünftigen Menschen.

Am Ende müssen wir uns also auf den alten *Dualismus* von (realem) Sein und (normativen) Sollen, von naturalistischem Nutzendenken und idealistischer Vernunft, von Zweck und Sinn, von Gemeinschaft Art, 20 I GG) und Individuum (Art 1 I GG) etc. einlassen. Wir werden deshalb im Alltag ständig bestimmte Fallgruppen bilden und für sie nach einer *pragmatischen „Mittellösung"* suchen. Wir werden also etwa zwischen dem eher generalpräventiven Strafgesetz, dem eher tatschuldgerechten Strafurteil und dem eher individualpräventiven Strafvollzug trennen.

Für Extrem- und Grenzfälle überwölben und begrenzen wir jedenfalls unser praktisches Alltagsstrafrecht durch die humanistische Menschenwürdeidee und die Menschenrechte, Art. 1 I, II GG, einerseits und durch den freien demokratischen Rechtspositivismus und die universelle Gerechtigkeitsidee andererseits, Art. 20 I, III GG.

Doch um Fallgruppen zu finden und sie uns zu erklären, benötigen wir im Strafrecht erst einmal die Rechts- und die Strafideen. Und frei im Strafrechtsdenken sind wir auch nur dann und deshalb, wenn und weil es *nicht offenkundig* nur die eine starre Rechts- und nur die eine Strafidee gibt.

Im Dualismus von Sinn und Zweck steckt am Ende also auch die *Freiheit* nach *Mittellösung* zu suchen und komplexe Strafgesetzes mit etlichen Untergruppen aufzubauen, in denen erkennbar die eine oder die andere Sicht der Vorrang genießt. Theorien helfen uns zwar Sinn und Zweck des Rechts, hier des Strafrechts zu verstehen, aber sie dürfen uns nicht mit starre absoluten Dogmen dominieren. So können und müssen wir immer wieder nach ihren „guten Gründen" fragen.

2. *Zivilisatorischer Überbau*: Das Recht selbst steht schließlich für den Mittelweg. Er lautet: es gibt nicht nur die Würde und „Freiheit" des einzelnen Menschen und nicht nur die Gemeinschaft und „Solidarität", sondern als drittes auch die „Gleichheit" und die Herrschaft des Rechts (Rule of Law, Rechtsstaatlichkeit). Das Recht dient auch, aber nicht nur Mensch und Gemeinschaft, sondern es prägt auch beide. Ohne „Autonomie" hätten beide ein anderes Wesen. Damit wird aus der Bipolarität von Mensch und Gemeinschaft die Dreifaltigkeitslehre von Freiheit, Gleichheit und Solidarität.

Die strenge Gerechtigkeit als Wechselseitigkeit allein reicht auch danach 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.

Diese Dreifaltigkeit führt zu *Widersprüchen*, die eine keine klare Lösung bieten und ständige *Abwägung* erfordern. Auch die Strafideen 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.

Ähnliches gilt auch dann, wenn wir das Ideenpaar von Gerechtigkeit und Schuld zugrunde legen, und zwar wenn wir nach dem „Sinn für Etwas“ fragen oder wenn wir große vage Ideen konkretisieren wollen. So kennt der Begriff der Gerechtigkeit widersprüchliche Formen, und zumindest die Tauschgerechtigkeit und die zuteilende Gerechtigkeit. Die Schuld erweist sich als ebenso erklärungsbedürftig, weil wir sie etwa als Vorwerfbarkeit Im Sinne der §§ 17 ff. StGB, als vorwerfbares Tatunrecht im Sinne Schuldspruch, als Grundlage der Strafzumessung bei Strafspruch des Gerichts oder als Idee der „Sühne“ im Sinne des Schuldausgleichs.

Zudem gibt es zumindest zwei Adressaten, die guten Gründe für das Strafen erwarten dürfen: die souveräne demokratische Allgemeinheit und die freien und würdigen Menschen.

Diese Abwägung sollte allerdings offen und kommunikativ stattfinden. Die einzelnen Strafideen bieten zwar 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 Freiheitstrafe um ein althergebrachtes Strafrecht handelt.

Die liberale Art 2 I GG-Antwort lautet: Grundlage des Bürgerstrafrecht bildet die liberale Idee der Freiheitsrechte. Freiheitsentzug setzt zunächst einmal Freiheit voraus. Der Täter hat sich frei, aber in unberechtigter Weise zum Herrn über fremde Freiheitsrechte aufgeworfen hat. Dieses Täter-Unrecht ist mit gerechtem Freiheitsentzug beim Täter auszugleichen, allerdings in humaner Form.

Die humanistische Art 1 I GG-Begründung der Strafe lautet: Das Strafen ist gut, weil es *gerecht* ist und das Gerechte (oder Sittliche) ist im Wesen des autonomen Menschen *selbst* angelegt. Insofern straft er *sich selbst*. Für den staatlichen Zwang ist es auch sinnvoll und geboten, den Täter auf die Bedeutung von *Freiheitsrechten* und *Gerechtigkeit* hinzuweisen. Dies geschieht auch in und mit dem Hauptverfahren und dem Schuldspruch. Außerdem ist ihm auf Nachfrage auch der *Zweck* des Strafens zu erklären. Sie dient dem Schutz (fast) aller einzelnen Bürger und auch der Erhaltung Rechtsstruktur der staatlichen *Allgemeinheit* selbst. Ebenso wird er einsehen (können), dass die Allgemeinheit, wie er selbst mutmaßlich für sich und sein Nächsten, hoch *emotional* auf schweren Tat reagiert und ihm ohne staatliche Strafe private Selbstjustiz drohen würde. Auch wird er als vernünftiges Wesen einzusehen (können), dass er mit seiner Tat eine *latente Wiederholungsgefahr* begründet hat und dass deren Realisierung mit einer Freiheitsstrafe zumindest für die Zeit des Freiheitsentzuges gemindert werden kann. Er kann die Gefahr zudem selbst abschwächen, indem er die Resozialisierungsangebote annimmt und erfolgreich durchläuft.

3. *Antwort auf der Grundlage des Strafgesetzbuches.* Insgesamt verfügen wir über zumindest *acht gute Gründe*, die die strafweisen Eingriffe in die Rechtsgüter des Bürger-Täters rechtfertigen.

- Es ist erstens die eigene *Einsicht* des autonom gedachten Täters in das Unrecht (oder die Fähigkeit dazu). Sie prüfen wir konkret mit dem Schuldelement des Unrechtsbewusstseins. Er hätte anders handeln können. Der Täter weiß also, dass er unrechtmäßig handelt und auch dass sein Tun strafbar ist. Er selbst *mindert* damit zumindest das Gewicht des *Rechtsschutzes* seiner Rechtsgüter, der Fortbewegungsfreiheit, der Ehre und des Vermögens. Er hat die Strafe mit seiner Tat *provoziert* (Variante der *Schuldidee*).
- Hinzu tritt das Gewicht der guten Idee der *Ausgleichsgerechtigkeit als solcher*. Sie stecken im funktionalen Verbund von Tat und Strafe oder von *Tatbestand* und *Strafrahmen* „wegen“ der Tat, als actio und reactio (strenge *Gerechtigkeitsidee*).

- Drittens können wir *auch* noch auf das *Gemeinwohl* und das Strafbedürfnis der Allgemeinheit verweisen. Das deutsche Verfassungsrecht begreift den demokratischen und sozialen Rechtsstaat offenbar als einen *zweiten Höchstwert* (Art. 20 GG, 79 III GG). Er wiederum hat die Gerechtigkeitsidee in seinem Rechtsverständnis ebenfalls mit *verinnerlicht* (demokratische *Generalprävention*).
- Viertens besteht ein latente Wiederholungsgefahr, der auf diese Weise zu begegnen ist. Deshalb drohen der Vollzug und dessen Vollverbüßung insbesondere auch den Wiederholungstätern (rückfallvorbeugende *Individualprävention*).

Vier weitere Gründe kommen hinzu, die nicht das Strafen selbst erklären, sondern zum *Verzicht* auf die *gerechte* Strafe im Sinne der strengen Wechselseitigkeit führen.

- Fünftens ist beim Strafen die Menschwürde zu achten (Art. 1 I GG): keine Todesstrafe, keine grausamen oder erniedrigenden Strafen, Aussicht auf Freilassung, Anspruch auf Resozialisierung (*Deckelung und Formung der Strafe durch die Menschenwürdeidee*).
- Sechstens gilt uns vor allem die vollstreckte Freiheitstrafe nur als „ultima ratio“. In der Regel genügen uns die Geldstrafe und die Strafaussetzung zur Bewährung. Auch ist die Vollstreckung mit den Angeboten von Vollzugslockerungen und einer bedingten Entlassung verbunden (*Notrechtsprinzip des mildesten Mittels*).
- Siebtens schränkt das Prozessrecht das Strafen ein: Keine Strafe ohne Gesetz, keine Verdachtsstrafen, ne bis in idem, keine Sondergerichte, unabhängige Gerichte, Rechtsbeistände und auch und zuvor schon: ein gesamtes formalisiertes Strafprozessrecht, ein rechtlich geregelter Strafvollzug etc. (liberales *Bürgerschutzrecht*).
- Achtens sieht auch das Strafgesetzbuch die Absenkung der Strafrahmen vor, und zwar über minder schwere Fälle, vor allem bei Ersttätern, oder gemäß § 49 StGB. Dazu gehört insbesondere beim Mord und für dessen absolute Höchststrafe gem. §§ 211, 57 a StGB, die regelmäßige Prüfung der erheblich verminderten Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB. In dubio pro reo reicht die konkrete Möglichkeit ihres Vorliegens aus. Zudem nutzt die Praxis regelmäßig den anerkannten Strafmilderungsgrund des Geständnisses, der eine Art von Sühnevertrag enthält (vgl. § 257 c StGB) und der im Vollzug den Weg zu Lockerungen und bedingter Entlassung (§ 57 StGB) eröffnet (*Individualisierte Strafzumessung und Strafvollstreckung*).

Diese acht Gründe erlauben eine Güter- oder Interessenabwägung im Sinne des § 34 StGB, die das *wesentlich überwiegende Interesse* am Strafen rechtfertigen und seinen Sinn erläutern

Wer zudem nachfragt, weshalb denn der Freiheitsentzug keine strafbare Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 StGB darstellt, der ist nicht nur formal auf das *Strafrecht* nach dem Strafgesetzbuch zu verweisen, sondern ihm ist zusätzlich auch diese *inhaltliche Güterabwägung* anzubieten.

Wer als Demokrat unbefangen erwägt, ob das *langjährige Einsperren* von Mit-Menschen in einer geschlossenen Haftanstalt aufgrund des gesetzlichen Strafrechts nicht eigentlich grob menschenrechtswidrig sein müsste und nicht ungerechtes Recht im Sinne von *Radbruch* darstellt oder nicht gegen den minimalethischen Kern der Verfassung verstoßen müsste, dem unterbreitet die deutsche Straftheorie diese acht „guten Gründe". Mit ihnen können wir unsere Art und Weise des Strafens *erklären* und sie zudem im Rechtsinne *rechtfertigen*.

*4. Fazit.* Am Ende steht eine national-kulturelle Entwicklung und die große gesamt-westliche „praktische Konkordanz" von

- *Freiheitsidee,*
- *gerechtem Recht des Ausgleichens und*
- *Solidarität als empathische Humanität* und *als langfristiges Gemeinwohl*.

Das gegenwärtige Ergebnis lautet:

Strafrecht darf nicht nur sein, sondern *Strafrecht muss sein*[821], aber in humaner Form und nur mit bestimmten formalen gesetzlichen Vorgaben, und insoweit als es auch noch dem langfristigen Gemeinwohl dient.

Dabei handelt es sich nur, aber immerhin um ein *Zwischenergebnis*. Denn die *Freiheitsidee*, die *Menschenwürde* und das *Schuldprinzip* hängen davon ab, dass

821 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.

der Mensch entweder *tatsächlich* im Willen frei ist oder dass wir zumindest seine angebliche Grundfähigkeit, sich frei und auch vernünftig für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, mit guten Gründen kulturell *unterstellen* dürfen.

*Deutsche Straftheorie III*

# Fundamentaler Teil: Ideengeschichte, Willensfreiheit, Determinismus und Thesen

## 1. Kapitel

## Ideengeschichtliche Fundamente: Naturrecht, Rechts- und Soziallehre, Einwilligung

### I. *Platon* und die lange Geschichte der Vereinigungstheorie; allgemeine Denkmodelle

1. Mit den Worten von *Kindhäuser* heißt es in der Strafrechtslehre gern, 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*."[822]

Dieser Satz stimmt zwar und zeigt das große Dilemma der Straftheorie, dass sie *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* die anderen zumindest derart, dass er die Gegenlehre erwähnt. Auf dieser höheren Ebene *des Vertretbaren* zeigt sich, dass unsere geistigen Ahnherren ebenso wie wir heute noch vor allem mit den *Elementen der Vereinigungstheorie* arbeiteten.

2. *Antike-Athen*. 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.[823] So lehnt der griechische Philosoph *Platon* (428/427 v. Chr.- 348/347 v. Chr.) unter Hinweis auf *Sokrates* die Strafe aus Gründen der Rache ab und erklärt, sie hätte der -generalpräventiven- Abschreckung anderer und der –individualpräventiven- Besserung der besserungsfähigen Straftäter zu dienen.

„*Sokrates: Denn die Strafe macht besonnener und gerechter, und ihre Verwaltung ist die Heilkunde für diese Schlechtigkeit."*[824]

---

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

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

824 Platon (Schleiermacher), Gorgias, 1856 **,** 478 St.1 A. Zudem: Platon, Protagoras (Eigler), 1990, 269 ff., 428 a bis e. Dazu auch Jakobs, Strafe, 2004, 5.

Im Gespräch über die *idealen Gesetze* einer fiktiven neu zu gründenden Kolonie lässt *Platon* zudem „den Athener“ ausführlicher erklären: „*will ich gegen die Tempelräuber und alle ähnlichen Missetaten, die schwer oder gar nicht zu heilen sind, ein Gesetz geben“.*

Dieses Gesetz richtet sich -insofern- also nur an die schweren Tabubrecher; heute sind es vor allem die Täter, die einen Menschen mit *unantastbarer* Würde im Sinne der *Kapitaldelikte* töten. Auch wir verleihen dieser Deliktsgruppe eine *Sonderstellung*, und zwar mit der Zuständigkeit des *Schwurgerichts* ebenso wie mit der *Höchststrafe* des formalen lebenslangen Freiheitsentzugs. Selbst die alten und neuen Dramen reflektieren immer wieder die an sich recht seltenen Mordtaten.

Zudem erläutert der Athener zunächst und allgemein für die Schwerkriminalität, dass es *nicht* um die Zufügung von Übel gehe:

„*Denn die nach Gesetzen vollzogene Strafe soll dem Bestraften nicht Übel zufügen, sondern von zweierlei Dingen eines bewirken, wenn nicht das Eine, so doch wenigstens das Andere, entweder bessert sie den Bestraften oder sie tut noch größerer Verschlimmerung bei ihm Einhalt.“*

Er fügt dann aber wiederum doch an:

*„Sollte sich aber ergeben, dass ein Bürger gegen die Götter, die Eltern oder den Staat sich erheblich vergangen und einer verabscheuungswürdigen Untat schuldig gemacht hat, so soll der Richter diesen als einen bereits Unheilbaren ansehen, in Anbetracht dessen, dass die Erziehung und Bildung, welche er von Kindesbeinen an erhielt, ihn nicht von den allerschlimmsten Freveltaten zurückzuhalten vermochte. Seine Strafe sei daher der Tod, für ihn das kleinste der Übel.“*

Und setzt nunmehr erst nach:

*„Den anderen aber wird er zum warnenden Beispiel dienen, indem sein Name mit Schmach bedeckt und seine Leiche über die Grenzen des Landes geschafft wird“.*[825]

[825] Platon (Susemihl), Nomoi/Die Gesetze, , 855 ST.2a, 855 St.2a. Dazu ausführlicher: Heepe, Strafrecht, Rechtsphilosophie, 2019, 288ff., unter dem Titel „Strafrecht als Heilkunst. Zur platonischen Strafgerechtigkeit“, zudem: 288 (insgesamt aber eine „Interpretationsvielfalt“).

Auf den zweiten Blick werden also -auch und im Sinne einer *präventiven Vereinigungstheorie*- der Unrechtsgehalt über die „verabscheuungswürdigen Untat“ und das Schuldig-machen mit einbezogen. Zudem wird der Tod als „kleinstes Übel“ bezeichnet. Alles wird ferner mit einer wohl zumindest auch *ethisch-religiösen Unheilbarkeit* vermengt. Soweit *Platon* dabei auf das Heilen durch Strafen abstellt, ist zu fragen, ob es nicht zumindest auch um eine Art des „gerechten Ausgleichen“ gilt. Die Götter, Eltern (also der Familienverband) oder der Staat erleiden stets auch *immaterielle* „Geltungs- oder Achtungsschäden“. Danach und gesondert wiederum betont *Platon* die in die Zukunft gerichtet Generalprävention.

Doch auch wenn *Platon* zudem die *Rache* als unvernünftig betrachtet, so *erwägt* er sie immerhin. Ferner spricht er an anderer Stelle von der *Gerechtigkeit* als dem -nachträglichen und vergeltenden- Gerade-Richten,[826] das danach als Mittel zum präventiven Zweck der Wiederherstellung des Rechts dient.[827] Auch fordert er offenbar ein zumindest zweiteiliges und nach *Maßgabe* der Taten *abgestuftes* Strafensystem.

Schließlich gilt für den *Diebstahl* jedenfalls ein Art von *Verschuldensprinzip* und die Geldbuße des *doppelten Wertes*. Damit tritt zum bloßen zivilen Schadensersatz noch eine ebenso hohe Strafbuße hinzu. Ersatzfreiheitsstrafe trifft den bürgerlichen Täter, wenn er oder seine Freunden die Geldbuße nicht leisten

„*um ihn frei zu machen,* (so soll er) *statt dessen durch andauernde öffentliche Gefangenschaft und durch andere Beschimpfungen bestraft werden.* [828]

In jedem Falle soll in der idealen Verfassung dem Bürger als Täter eine Art von *bürgerlicher Würde* verbleiben, und zwar selbst bei der Todesstrafe, was sich auch auf die Familie und deren Erbrecht auswirkt. Denn:

---

826 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").

827 Sousa e Brito, Vergeltung, 2017, 391 ff. („Vergeltung als relativer Strafzweck bei Plato und Aristoteles“).

828 Platon (Susemihl), Nomoi/Die Gesetze , 854 ST.2 A, 855 St.2 A.

„*Ganz und gar seine bürgerlichen Ehrenrechte aber soll niemand verlieren, um welches Verbrechens willen es auch sei, selbst nicht der über die Landesgrenzen hinaus Verbannte oder Flüchtige, sondern Tod, Gefängnis, Schläge, unehrenvolle Sitze oder auch Stehplätze, oder ein nach den Grenzen des Landes zugekehrter Stand bei den heiligen Handlungen, oder endlich Geldbußen in der soeben beschriebenen Weise mögen an die Stelle jener Strafen treten*."

Der ideale Strafprozess tritt hinzu. *Platons* fiktiver Athener, dessen Ansichten die gebildeten Gesetzgeber der Strafprozessordnung ebenso kannten wie das ähnliche römische Bürgerrecht, finden wir heute mit Varianten in unserem realen Strafprozessrecht, wenn es heißt:

*„… nehmen alle Richter nach ihrem Alter nebeneinander der Reihe nach Platz gegenüber dem Kläger und dem Beklagten, und alle Bürger, welche Muße dazu haben, sollen mit Aufmerksamkeit solchen gerichtlichen Verhandlungen beiwohnen. Dann soll zuerst der Kläger und dann der Beklagte sprechen, jeder aber nur einmal."* (Akkusationsprinzip, Prozessrechte der Parteien)

*„Nachdem dies geschehen, beginne der älteste Richter das Verhör und forsche dem, was von beiden Parteien vorgebracht worden ist, in erschöpfender Weise genauer nach, und ebenso sollen dann nach ihm auch die übrigen Richter der Reihe nach jedem Umstande näher nachfragen über den sie noch die nötige Klarheit vermissen, mag derselbe nun von den Parteien in Anregung gebracht sein oder nicht, oder wenn einer von ihnen eine solche weitere Nachfrage für sein Teil nicht mehr nötig findet, so überlasse er dem folgenden die fernere Untersuchung."* (Faires Verfahren, Inquisitionsprinzip).

*Was dann von allem durch die Parteien Geäußerten der Sache am meisten auf den Grund dringt, das soll zu Protokoll genommen und, von allen Richtern unterschrieben und untersiegelt, auf den Altar der Hestia niederlegt werden*"[829] (Begründungs- und Dokumentationspflicht).

Die Idee des *Bürgerrechtsschutzes*, die auch heute noch das deutsche Strafrecht prägt, war also die Grundlage auch des idealen gesetzlichen Strafrechts des *Platon*. So legen auch heute noch die präventiven Straftheorien die Bürgerrechte und das Gesetzlichkeitsprinzip zugrunde.

[829] Platon (Susemihl), Nomoi/Die Gesetze, 855 ST.2 A, 856 St.2 A.

*Antike-Rom*. Die Grundprinzipien dieses idealen Stadtverfassung sind, auch über den Hellenismus und insbesondere über die Geistesströmung der Stoa, in das reale römische Stadtrecht eingeflossen.

Für den Stadtstaat Rom hat, etwa *Seneca* (Lucius Annaeus, geb. etwa im Jahre 1 gestorben 65 n. Chr.) die Vergeltung abgelehnt, also das „*punitur, quia peccatur*" verneint. Es wird bestraft, weil gesündigt worden ist.[830] Auch er hat nicht ohne Anlass gefordert, für die Bestrafung eines Mit-Bürgers den *guten* Strafzweck in den Vordergrund zu rücken, „*punitur, ne peccetur*" (damit nicht gesündigt wird).[831] Den verfassungsähnlichen Rechtsrahmen bilden dabei die nunmehr sozialrealen römischen Bürger- und Prozessrechte.

3. *Mittelalter. Mittelalterlich* und *religiös* gewendet zeigt sich das Böse als Teufel in der Tat. Nicht der unschuldig-kindliche Täter, sondern der Teufel 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*".[832]

Exekutiert aber wurden auch religiöse Strafen 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 war.[833] 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, zielte nicht nur darauf denjenigen, in dem es sich zeigte, aus der Gemeinschaft auszuschließen, es war zumindest ebenso das Bedürfnis, dass die verbleibenden Guten zusammen zu rücken hatten. Einer der

---

830 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.

831 Seneca, De ira, 1999. I 19 7.

832 Schild, W., Gerichtsbarkeit, 1985, 98; betont auch von Kaiser, H., Widerspruch, 1999, 12.

833 Jakobs, Norm, 1997, 102; Kaiser, H., Widerspruch, 1999, 12.

ihren 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 Ethik[834] und im Religiösen.

4. *Hochmittelalter*. Das Wort „Strafe" selbst erscheint offenbar recht unvermittelt etwa erst um 1200[835] 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.[836]

Für eine solche Strafe sei, so erläutert der Rechtshistoriker *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 hervorgerufene Handlung dessen freien Willen nicht aus (*voluntarium mixtum*). Aber bei den anderen beiden Arten der Strafe könnten Menschen auch für fremde Schuld (!) bestraft werden. 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

834 Vgl. „Narrative Ethik. Das Gute und das Böse erzählen", 2007, ein philosophisch-ethischer Sammelband, Joisten (Hrsg), Ethik, 2007 .

835 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, suonen" 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 Kausalnexus 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".).

836 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.

bewahren oder auch -generalpräventiv- andere von ähnlichem Tun abhalten, sowie -ebenfalls generalpräventiv- auch sonst ein Gutes bewirken. [837]

Auch könne die medizinische Art der Strafe der Bestrafung des eigenen Sohnes für den Vater oder einen Untergebenen, „g*leichsam als dessen Eigentum*“[838] beinhalten und so ein Gutes bewirken. Eingewirkt wird in diesen Fällen auf den *Familienverband* und diese Medizin erhält dann mittelbar auch das gesamte Verbundsystem von Familien. Das Gute entspricht dabei dem Begriff vom „Wohl“, das wir auch als „Gemeinwohl“ kennen und das ebenfalls das Bild von der Gesundheit mit assoziiert.

Die Wiedergutmachung über Bußleistungen, die die Selbstjustiz abwendet, 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 (Clans) im Mittelalter auch gesamte Sühneverträge[839] 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.

5. *Spätmittelalter*. Die Constitutio Criminalis Carolina Kaiser *Karls des V*. (die peinliche Halsgerichtsordnung, Pein, von poena als Schmerz) von 1532[840], 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 ergenuß der Übelthatt,*
- *auß lieb der gerechtigkeyt*
- *und umb des gemeynes nutz willen*”[841]

---

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

838 Dazu: Maihold, Sündenstrafe, 2008 , 161.

839 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.

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

841 http://www.koeblergerhard.de/Fontes/PeinlicheGerichtsordnungKarlsV.htm, Hervorhebungen nicht im Original, Art. „104. Item so jemandt vnsern gemeynen geschriben rechten nach, durch eyn verhandlung das leben verwürckt hat, soll man nach

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

Mittelalterlichen Pranger als Ehrenstrafe sowie die Geldbuße ordneten die Gerichtsherren dagegen schon früh an. Gesonderte Schuldtürme drohten säumigen Zahlern.

6. *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 Boden[842] für die Freiheitsstrafe. Die staatliche Strafe erforderte wiederum den fürstlichen *Staat* mit einem Gewaltmonopol. Die berittenen Adelskrieger hatten ausgedient. An die Stelle einer die Macht

---

gutter gewonheyt, oder nach ordnung eynes guten rechtuerstendigen richters, so gelegenheyt vnd ergernuß der übelthatt ermessen kan, die form vnd weiß der selben tödtung halten vnd vrtheylen. Aber inn fellen darumb (oder derselben gleichen) vnser Keyserlich recht nit setzen oder zulassen, jemandt zum todt zu straffen, haben wir inn diser vnser vnnd des Reichs ordnung auch keynerley todtstraff gesetzet, aber inn etlichen mißthatten, lassen die recht *peinlich straff am leib, oder glidern zu, damit dannocht die gestrafften bei dem leben bleiben*. Die selben straff mag man auch erkennen vnd gebrauchen, nach guter gewonheyt eyns jeden lands, oder aber nach ermessung eyns jeden guten verstendigen richters, als oben von todten geschriben steht, Wann vnser Keyserlich recht, etlich peinlich straff setzen, die nach gelegenheyt diser zeit vnd land vnbequem, vnd eyns theyls nach dem buchstaben nit wol müglich zu gebrauchen weren, darzu auch dieselben recht die form vnd maß, eyner jeglichen peinlichen straff nit anzeygen, sonder auch guter gewonheyt oder erkantnuß verstendiger Richter beuelhen, vnd inn der selben wilküre setzen, *die straff nach gelegenheyt vnd ergernuß der übelthatt, auß lieb der gerechtigkeyt, vnd vmb gemeynes nutz willen zu ordnen vnd zu machen*. Aber sonderlich ist zu mercken, inn was sachen (oder der selben gleichen) vnser Keyserlich recht, keynerley peinlicher straff am leben, ehren, leib oder gliedern setzen, oder verhengen, daß Richter vnd vrtheyler darwider auch niemant zum todt oder sunst peinlich straffen. Vnd damit richter vnd vrtheyler die solcher rechten nit gelert sein, mit erkantnuß solcher straff destoweniger wider die gemelten rechten, oder gute zulessig gewonheyten handeln, so wirt hernach vonn etlichen peinlichen straffen, wann vnnd wie die gedachten r*echt guter gewonheyt, vnd vernunfft* nach geschehen sollen, gesatzt." 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.

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

überwölbenden und sie per Zuteilung legitimierenden Religion traten mit der Bildung und dem Buchdruck die irdischen Ideen der eigenen *stadtbürgerlichen* Vernunft. Diese hatten wiederum im Mittelalter mit den stolzen Stadtrechten schon eine rechtliche Vorform erhalten hatten. Die Idee der „Freiheit von äußerer Hoheit" und die „Vernunft der Eigenverantwortung" sind, wie in der Antike, an die selbst erschaffene Stadt gebunden.

Erste Zuchthäuser entstanden als Arbeits- und Besserungsanstalten für die *protestantischen* (lokal freien) Stadtbürger, zum Beispiel in Bremen (1609), Lübeck (1613), Hamburg (1622) und Danzig (1629), zum Teil als Antwort auf die katholischen *Klostergefängnisse*. Aber die allgemeine Freiheitstrafe setzt vereinfacht zumindest die Aufnahme der Freiheitsideen der *Aufklärung* auf der neuen Staatsebene voraus.

Aufgeklärt gedacht entsteht der Staat vor allem nach dem Model des *Gesellschaftsvertrages*, den die Freien als Stadt-Bürger miteinander schließen. Die Freiheitsstrafe als staatliche Bürger-Strafe geht dann mit den Ansätzen zu einem freiheitlich verfassten *Rechtsstaat* einher. Man schreibt sich zwar die Freiheitsrechte und deren Rechtschutz nach dem Stadtmodell wechselseitig zu, aber man gründet die Freiheit selbst auf der Kultur der Menschen-Vernunft.

So stellt die Vorgängeridee für die naturgegebene Freiheit des mit *Vernunft* begabten Menschen diejenige seiner *göttlichen Beseeltheit* dar. Auch heute ist die Idee der unantastbaren *Menschenwürde* an das Wesen des Menschen gebunden. Bereits der brandenburgische Naturrechtler und Humanisten *Pufendorf* hat (1672) die Menschenwürde treffend mit den folgenden Worten aus dem Seelenbegriff abgeleitet:

*„Der Mensch ist von höchster Würde, weil er eine Seele hat, die ausgezeichnet ist durch das Licht des Verstandes, durch die Fähigkeit, die Dinge zu beurteilen und sich frei zu entscheiden, und die sich in vielen Künsten auskennt."* [843]

Mit dem Hinweis auf die Vernunft greift *Pufendorf* zugleich den antiken Verbund von Seelen- und Vernunftlehre von *Platon* und *Aristoteles* auf.[844]

---

843 Pufendorf (Böhling), De jure naturae, 1672/1998, Buch II, Kap. 1, § 5.

844 Ausführlicher: Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 5. Kap., 206 ff. („Seelen- und Vernunftlehren_ antike vorchristliche Zivilreligion und ihre Transformation"), unter anderem Kap 5 II („Aristoteles und Thomas von Aquin – Seele als Form, Unteilbarkeit der Seele", 212 ff.), Kap 5 IV („Vernunft der Freien – Kants Weltreligion, Kants reine Vernunft, Fichtes Freiheitslehre", 219 ff.)

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*“[845]. Damit erhält der Bürger die 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.

Das Preußische Landrecht von 1794 ersetzte im Sinne des aufgeklärten Absolutismus immerhin die öffentlichen *Körperstrafen* weitgehend durch die *Haftstrafen*.[846] Aber die *Art und Weise* des Haftvollzugs entsprach -und entspricht immer noch- vereinfacht dem jeweiligen Stand und der Ausrichtung der nationalen Staatsform.[847]

7. *Fazit.* Dieser knappe Überblick soll die nachfolgenden rechtskulturelle Thesen belegen und illustrieren.

*Säkulare Diskussion*. Schon seit der Antike werden also 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.

*Religiöses Konzept.* Doch auch dort finden wir Ähnliches, wenn auch mit dem Anspruch der Absolutheit. 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.

---

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

846 ALR 1794, vgl. Zweyter Theil, „§. 87. Zeitige Gefängniß-, Zuchthaus- oder Festungsstrafe wird in verhältnißmäßige Geldbuße verwandelt, wenn die Leibesstrafe an der Person des Verbrechers nicht vollzogen werden kann."

847 Foucault, Überwachen, 1977 („Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses“), vgl etwa 14 ff.

*Gegenwärtige Vernunft-Metaphysik*. Wer im heutigen Strafrecht von „Schuld und Sühne“ spricht[848], argumentiert immer noch auf dem metaphysischen Boden des Geistig-Sittlichen.[849] 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 dabei über ein freies „Selbst“ (Auto-), 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.

„*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*.“[850]

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

Danach sind Vernunft und Eigenverantwortung, Menschenwürde und Autonomie, Schuld und Sühne 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. 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.

*Funktionale „physikalische“ Gegenbewegung*. Die *sozialen* Bewegungen und die *empirische* Sichtweise des 19. Jahrhunderts folgten nach und ergänzten diesen ohnehin schon ausdrücklich metaphysischen Ansatz. Vor dem Hintergrund der technisch-industriellen Entwicklung und unter anderen mit der Evolutionslehre von *Darwin* und der Gesellschaftslehre von *Durkheim* wird die Welt vorrangig „physikalisch“, und zwar soziobiologisch und damit funktional und systemisch gedeutet.

---

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

849 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“.

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

*Denkmodelle*. Der kurze Blick in die Ideen-Geschichte 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 Rechts-Bild vom sich selbst *entwickelnden* autonomen *Menschen*[851]
- das Rechts-Modell des *Gesellschaftsvertrages* der freien Menschen und seiner sich damit *selbst organisierenden* Stadt-Gemeinschaften,
- die Rechts-Idee von der *natürlich-funktionalen Zwangs*- und *Nutzen-Ordnung*.

Alle drei haben im *Verbund* miteinander die drei mittelalterlichen Vorstellungen abgelöst, die in ihrer *Struktur* ähnlich sind und anders gereiht lauten: die göttlichen Ordnung, der Bundes des Menschen mit Gott und die göttliche Seele des einzelnen Menschen.

Diese drei Ausrichtungen ergeben sich auch aus der einfachen Dreifaltigkeit eines jeden lebenden Systems (Wesenseinheit mit Struktur oder Organisation), also auch jede Gesellschaft, jedes Menschen und jeder Zelle. Es kennt (1) ein *freies* „Innen", (2) ein *dominantes* „Außen" und (3) einen *ausgleichenden* „Austausch", und zwar mit einen Austausch (a) zwischen Innen und Außen, (b) zwischen den Subsystemen der eigenen Binnenwelt und (c) zwischen den großen und den kleinen Nachbarsystemen in der Außenwelt.

## II. Naturrechtliche Vertiefung: Strafbegründungen von *Grotius*, *Hobbes* und *Locke;* Kriminalpolitik *Beccarias*

1. Das alte Naturrecht hat das neue Rechtsdenken nach dem zweiten Weltkrieg mit bestimmt, weil es das *Recht von Staat* trennt und mit dem Recht den Staat, den mächtigen sterblich Gott, den Leviathan, im Sinne von *Hobbes* zähmen will. Die drei wichtigen Strafbegründungen von *Grotius*, *Hobbes* und *Locke* sind herauszugreifen.

Als Modellfall der *gerechten* Gewaltanwendung beschreibt der deutsch-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

851 Dazu aus rechtsphilosophischer Sicht Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2016, 1. Kap. III („Verweltlichung: Würde durch Selbstbildung (*Mirandola*), durch Denken (*Pascal*), durch Vernunft (*Pufendorf*)").

die über Gott gegebene verwandtschaftliche *Verbundenheit aller Menschen* beiseite zu schieben.[852]

*Grotius* betont dazu *die Klugheit, die Strafe zur Heilung einzusetzen*, und auch er verweist auf den römischen Philosophen *Seneca*, der sich wiederum auf *Platon* 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.

Für die Frage nach der Humanität von grausamen und öffentlichen Körper- und Todesstrafen in dieser Zeit ist aber, wie immer in der Geschichte, der soziale Hintergrund mit zu bedenken. Dazu gehört die alltägliche Erfahrung von Kriegen, Krankheiten und frühem Tod einerseits und (zum lindernden Ausgleich) die religiöse Vorstellung von der Ewigkeit der Seele andererseits. Danach litt auf Erden also nur der Körper.

Die menschliche Verbundenheit löst *Grotius* zudem mit dem Gedanken auf: Der Angreifer degeneriere, wie dies schon *Cicero* und *Thomas von Aquin* gelehrt hätten, zum *wilden Tier*, das mit seinem Angriff alle Rechte verloren habe und keine Nachsicht mehr verdiene.[853]

Anzufügen ist nunmehr, dass nach *Grotius* die *Strafkompetenz* des Staates nicht schlicht aus dem staatlichen Gewaltmonopol hervor geht. Strafe begegne vielmehr dem *Angriff auf die naturrechtliche Ordnung der Gemeinschaft* schlechthin. Geheilt werden soll bei *Grotius* also die Ordnung. Die Idee des Angriffs auf die vernünftige Ordnung dabei ist ebenso wie der Gedanke der Wechselseitigkeit bei *Hegel* wieder zu finden.

Strafrecht und Völkerrecht sind bei *Grotius* auf derselben Ebene des verfassungsähnlichen *Gesellschaftsvertrages* verankert. Sein Straf- und sein Völkerrecht *begründet* der Staat über das *Naturrecht* in der Art des Not- und Kriegs- oder auch unmittelbar über das *Friedensrecht.*[854]

---

852 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.

853 Grotius, De Jure, 1631/1950, II, 20, § 3; Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff., 97.

854 So etwa, und insofern folgerichtig aus der strafrechtswissenschaftlichen Sicht, und zwar utilitaristisch, Kargl, Friedenssicherung, ARSP 1996, 485 ff.: „Friedenssicherung durch Strafrecht“**.** Zudem 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

*Vor* der (fiktiven) Gründung des frühmodernen Staates mit seinem Gewaltmonopol (und heute seiner Verfassung) existiert aus dieser Sicht also eine *naturrechtliche Ordnung der Gemeinschaft*, die bereits das *Strafrecht* mit umfasst. Sie tritt an die die Stelle der mittelalterlichen göttlichen Ordnung.

Das Strafrecht erweist sich also schon damals als von *vorstaatlicher* und *vorkonstitutioneller* Art und offenbart einen *metaphysischen* Charakter. Zudem ist es mit der Aufklärung die „Natur des Menschen", also aus heutiger Sicht womöglich auch die Natur „als solche", aus der sich die Idee des *Ausgleichs* ergibt.

*Grotius* folgert zudem, 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.[855]

Als Unrecht gilt danach derjenige Tatbestand, den der Sozialvertrag unmittelbar oder mittelbar als *Vertragsbruch* bestimmt.

*Kritik*. 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.

Strafen wären nach diesem Denkmodell zumindest *formal* stets *Staatsschutzdelikte*. Soll die Gemeinschaft zudem und *vorrangig arbeitsteilig* Vorteile erwirtschaften, die keiner allein erringen kann, dann stellt auch der Frieden keinen Letztwert und Selbstzweck dar. In der Zeit des dreißigjährigen Krieges aber, war schon der Frieden selbst ein Höchstgut, der nicht einmal zwingend mit dem realen Staat verbunden war, der Kriege für ein Mittel der Politik hielt.

Der Frieden, als Abwesenheit von Krieg, erscheint nur als die notwendige Grundlage des gedeihlichen Zusammenlebens. Mit dem *Bundesgerichtshof* geht es um die „elementare Werte des Gemeinschaftslebens", die in der heutigen Strafrechtsethik „Rechtsgüter" heißen.

---

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".

855 Grotius, De Jure, 1631/1950, II, 40 f. Dazu auch Hoffmann, P., Strafzwecke, 1992, 65.

Damit existiert zwangsläufig eine neue Deliktsform: die *Kooperationsdelikte* im weitesten Sinne.

2. *Hobbes.* 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.[856] Erst die Einbindung in die Gemeinschaft lässt also den Kampf oder Krieg zum gewaltsamen Unrecht werden.

*Hobbes* erklärte, der Mensch bleibe schwach und seinen Leidenschaften ausgeliefert, weshalb ein so starker Staat erforderlich sei, den er als Leviathan, als „sterblicher Gott", bezeichnet.[857] *Hobbes* begründet mit dem natürlichen chaotischen Urzustand die *Unterwerfung* des Menschen unter die *Staatsgewalt*. Vergeltung gilt Hobbes, der auf den *sinnvollen Zwang* setzt, im Übrigen als unvernünftig, zwecklos und nutzlos.[858]

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.[859] 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.[860] *Kant* denkt ähnlich, wenn er es -aus der Sicht der staatlichen Obrigkeit- als Recht des „Befehlshabers" ansieht, dem Verbrecher Schmerz zuzufügen.

*Jakobs* weist für seine heutigen Idee vom Feindstrafrecht darauf hin, dass nach *Hobbes* der Bürger zwar seinen Status durch einfache Straftaten nicht selbst aufheben kann. Anders aber verhalte es sich nach *Hobbes* bei der Rebellion, also dem Hochverrat (vgl. § 81 StGB):

„*Denn die Natur dieses Verbrechens liegt in der Aufkündigung der Unterwerfung, was einen Rückfall in den Kriegszustand bedeutet.... Und*

---

856 Hobbes (Mayer), Leviathan, 1681/1986, 117, 151; aus strafrechtsgeschichtlicher Sicht siehe auch Hoffmann, P., Strafzwecke, 1992, 69.

857 Hobbes (Mayer), Leviathan, 1681/1986, 155.

858 Hobbes (Willms), Dialog, 1681/1992 , 162. Dazu: Kremkus, Strafe, 82

859 Zu 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.

860 Naucke, Notizen, 1998, 361 ff., 364 f.; Kelsen, Rechtslehre, 1960, 34 f.

*diejenigen, die sich auf diese Weise vergehen, werden nicht als Untertanen, sondern als Feinde bestraft*".[861]

*Kritik*: Die liberale Idee vom Sozialvertrag erlaubt diesen Ansatz, aber der Idee von der universellen Menschenwürde verbieten ihn.

3. *Locke*. *Locke* beschreibt vor allem das *private* Recht und betont das natürliche Gesetz.[862] Er erklärt dazu zwar, der Mensch sei

*„mit einem Rechtsanspruch auf vollkommene Freiheit und uneingeschränkten Genuss aller Rechte und Privilegien des natürlichen Gesetzes, in Gleichheit mit jedem anderen Menschen oder jeder Anzahl von Menschen auf dieser Welt geboren".*

Aber mit seinem Verstoß gegen das *natürliche* Gesetz gebe er zu erkennen, dass er nach anderen Regeln als denen der Vernunft leben wolle.[863]

Auch *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. *Locke* bereitet ebenfalls *Hegels* Sicht vor. Er erklärt, dass erst der ungerechte Gebrauch von Gewalt den Menschen in den Kriegszustand mit den anderen versetze.

Über *Locke* ist auch die Verbindung zum englischen Utilitarismus aufzuzeigen[864] und an den ebenfalls generalpräventiven Ansatz des Ahnherrn des Utilitarismus, des englischen Philosophen *Bentham* zu erinnern.[865] Jede Nützlichkeitslehre, die über den Egoismus des Einzelnen hinausreicht, führt zu einer Güterabwägung und dann auch zur Einsicht, dass das *Wohl der*

---

861 Hobbes (Gawlik), Bürger, 1642/1959, 14. Kap., Ziffer 22; Jakobs, Bürgerstrafrecht, 2004, 88 ff. , 90.

862 Locke (Laslet), Second Treatise, 1690/1993, § 87, siehe auch: § 4, Buch II. Vgl. zudem: Locke (Euchner/Hoffmann, H.), Abhandlungen, 1690/1967, 201 („evident, vernünftig").

863 Zugleich kritisch Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff., 106 f.

864 Burkhardt, Möglichkeit, 1983, 51 ff., 68.

865 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.).

*Allgemeinheit* der Vielen dem eines Einzelnen im Not- oder Gefahrenfalle vorzugehen habe.

Der liberale und zugleich utilitaristische Blickwinkel bezieht dabei stets zumindest individualpräventive Elemente mit ein. In seiner sozialethischen Ausprägung findet auch der Gedanke der Verantwortlichkeit seinen Platz. Der Täter gilt als ein planender grundegoistischer und insofern auch frei entscheidender Mensch.

4. *Kritik*. Die große Idee des Sozialvertrages hat in ihrer liberalistischen Fassung zwar ihre sozialrealen parlamentarischen und verfassungsrechtlichen Wurzeln in England und scheint sich auf den ersten Blick in den USA verwirklicht zu haben. Aber auch die USA waren zuvor nicht frei, sondern eine Kolonie. Sie haben die Staatsmacht und ihre Normstrukturen also vorgefunden und diese selbst nur übernommen und neu ausgeformt. Die Unabhängigkeitserklärung und nicht die Grundrechte stehen in den USA am Anbeginn ihrer Staatlichkeit.

Gesellschaften und Herrschaft hat es schon zuvor und vermutlich bis auf Kleingruppen auch stets gegeben. Der Mensch ist ein *soziales Wesen*. *Insofern* bildet die große Idee des Sozialvertrages der Freien eine *Fiktion*, eine Art von säkularem Gründungsmythos, der die dem stadtbürgerlichen Liberalismus dient.

Dennoch haben wir uns *unterhalb* dieser Ebene, die besonderen Arten von demokratischen Verfassungen national unterschiedlich selbst und im Verfassungskonsens gegeben. Mit ihnen hegen wir unsere Staatsmacht ein, teilen deren Gewalt auf und garantieren die Bürgerrechte. *Insofern* trägt das demokratische Sozialvertragsmodell. Es bestätigt sich auch dadurch auf der sozialrealen Ebene, weil jeder Erwachsene die Legislative wählen oder auch auswandern kann. Zu bleiben beinhaltet die konkludente Willenserklärung, das Verfassungssystem anzuerkennen.

5. Der Italiener *Beccaria* hat mit seiner berühmten Schrift „Über Verbrechen und Strafen“ vor allem *kriminalpolitische* Forderungen aufgestellt. Seine aufklärerischen Forderungen, sind schon seiner Zeit sind populär: Die „Abschaffung der Todesstrafe und der Folter sowie des geheimen Inquisitionsverfahrens, andererseits die Einführung des Gesetzlichkeits-prinzips“[866], und das Strafen nach individualpräventiver Effektivität.[867]

---

866 Ambos, Beccaria ZStW 2010, 506 ff. 506. („Beccarias Werk hat eine bis heute anhaltende Bedeutung als kriminalpolitisches Manifest zur utilitaristisch begründeten Ersetzung des grausamen, religiösen mittelalterlichen Strafrechts durch ein säkulares und (damit) im Ergebnis humaneres Strafrecht“)

867 Beccaria, Verbrechen, 1766/1966, etwa 74, 94, 107; die Betonung der Milde auch bei Hommel, Beccaria, 1966, 933 ff., 110 ff.

Gesetze seien die „*Bedingungen, unter denen unabhängige isolierte Menschen sich in Gesellschaft zusammenfanden, Menschen, die müde waren, in einem ständigen Zustand des Krieges zu leben und eine infolge der Ungewissheit ihrer Bewahrung unnütz gewordene Freiheit zu genießen. Sie opferten davon einen Teil, um des Restes in Sicherheit und Ruhe sich zu erfreuen*“. [868]

Aber *Beccaria* hat selbst keine geschlossene Straftheorie anzubieten. Vielmehr vermischt er das Sozialvertrags- und Effektivitätsdenken des Utilitarismus, der an sich dem Gemeinwohl der Vielen den Vorrang gibt, mit dem Humanismus der Aufklärung seiner Zeit. [869]

So lautet auch das Fazit von *Ambos. „Im Zweifel geht es Beccaria also nicht um ein per se humanes und gerechtes, sondern ein effizientes und sozial nützliches Strafrecht*.“

Auch das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 verfügt bereits über eine Strafrecht mit ähnlichen Ansätzen.

Aber dieses Denken hat anderseits später über den verwandten und in Deutschland wirkungsmächtigen rein *individualpräventiven* Ansatz von *Liszts faktisch* zu einer langsamen *Humanisierung* des Strafrecht, geführt. 1882 zur Zeit des Marburger Programms fand es noch im Sinne eines strengen deutschen Gerechtigkeits-Strafrechts statt und kannte den Strafvollzug als Regelstrafe.

6. *Fazit.* 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:

*„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. Aber aus deutscher Sicht kann kein Mensch auf den staatlichen Schutz seiner Menschenwürde verzichten oder gar auf seine ihm angeborene natürliche Würde selbst. Er hat sie nicht zu Verfügung. Er „ist“ (nicht gilt) ein

868 Beccaria, Verbrechen, 1766/1966, 51. Dazu: Deimling, Kriminalprävention, 1986, 51 ff., 52.

869 Dazu Ambos, Beccaria ZStW 2010, 506 ff. 506, Zitat: 511.

*beseelter* Mensch und ist mit dem *Bundesverfassungsgerichts* „ein geistig-sittliches Wesen“, dessen Achtungsanspruch nur verletzt werden kann.

Dieses vor allem deutsche *absolute* Würdekonzept und seine *Metaphysik*, das folglich dem Schuldprinzip vorgehalten wird, führen wir zwar vor allem auf *Kant* zurück. Doch es ist schon bei *Pufendorf* zu finden und beinhaltet vor allem eine Fortführung des alten Verbundes von *Vernunft- und Seelenidee*, die schon *Platon* und *Aristoteles* ansprechen.

## III. Verfassungsgesellschaft: Gemeinwille und Volk (*Montesquieu, Rousseau*), Natürlich- und Wichtigkeit von Verbrechen (*Durkheim*), Selbstorganisation in Systemen (*Luhmann*)

1. Auch bietet es sich an, die liberalen Idee des *Sozialvertragsidee*, die vor allem zum angloamerikanischen Kulturkreis passt, um eine *sozial-kollektivistische* Denkweise zu ergänzen. Denn die Frage nach den Fundamenten der *Verfassungsgesellschaft* betrifft den Aspekt der *Generalprävention* und deren sozialen Kernbegriff der *Allgemeinheit.*

Aus der Sicht der Verfassung ist dabei die vage Idee von der Allgemeinheit eng mit dem demokratisch ausgelegten Wort vom Volk im Sinne des Art. 20 I, II GG verbunden.

Das *Kontinentaleuropa* des 18 Jahrhunderts ist von der französischen Kultur und somit politisch von der Idee eines Zentralstaates geprägt. Es gab also schon den absolutistischen *Staat* mit seinem Gewaltmonopol, der die *Aufklärung* verinnerlichte und den später, nach und nach, die Demokraten übernahmen. Die Grundidee zur Verfassungsgesellschaft stammt aus der französischen politischen Philosophie und geht mit dem demokratischen Gedanken vom Volk einher.

Im 19. Jahrhundert spaltete sich die allgemeine Gesellschaftslehre der Soziologie von der Philosophie ab, indem 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. *Montesquieu*[870] führt zu Verfassung im „Geist der Gesetze“ (1748), dem Titel seines großen Werkes, 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“[871] (volonté générale)[872] und jener stelle eine weltliche Art der Divinität (Göttlichkeit), als des lebendigen Volksgeist-Willens[873] dar.[874]

Die vorausschauenden Gesetze entspringen dem allgemeinen Willen in der Form der Legislativen. Die Gerechten werden belohnt und die Ungerechten 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

---

870 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).

871 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.

872 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“.

873 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*“).

874 Dazu Mertens, „Plurales, kollektives und institutionelles Wollen“, 2014, 227 ff. im Sammelband „Die Dimension des Sozialen. Neue philosophische Zugänge zu Fühlen, Wollen und Handeln“.

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 und heute besser von demokratischer Verfassung zu sprechen und „die Gesetze“ treten als Recht und Gesetz, Rechtstaatlichkeit (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 Staatsphilosophie[875] verlangt.

3. *Durkheim* geht von einem *kollektiven Bewusstsein* aus. Es sei

„*die Gesamtheit der gemeinsamen religiösen*“ (lies und auch hier die moralisch-kulturellen) „*Überzeugungen und Gefühle im Durchschnitt der Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft*".“[876]

Zu ihnen 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 wirkungsmächtig von *Hobbes* vermerkt) ein *natürliches* Verhalten sei, und es zweitens auch die Verfasstheit jeder *Gesellschaft* mit konstituiere.

---

875 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 Schlussthese von der Volkssouveränität als „*ein letzter Irrationalismus im Staatsrecht*“, als ein „*fiktiver Weg zur Grund-Norm der Freiheit*“, 268 f. sowie die beiden Schlusssätze 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.

876 Durkheim (Schmidts), Arbeitsteilung, 1893/1988 , 128. Ausführlicher: Montenbruck, Zivilisation, 2010, 1. Hauptteil, IV., 3. („*Demokratischer Staat als humanisierte Kollektivperson*“).

*Durkheim* erklärt folgerichtig -und 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, betont auch die *norm- und gemeinschaftsstabilisierende* Wirkung des Strafens:

„*Das Verbrechen bringt also das Bewusstsein aller ehrbaren Leute enger zusammen und verdichtet es*"

Das Verbrechen *dient* somit auch der sozialrealen verfassten Gesellschaft.

*Durkheim* trennt dabei ebenfalls zwischen repressiven und restitutiven Sanktionen. Erstere sollten Schmerz, Übel oder Sühne auferlegen, letztere der Wiedergutmachung und Genugtuung des Verletzten dienen.[877]

4. *Rezeption.* Diese Gedanken greift für die deutsche Strafrechtswissenschaft etwa *Hassemer* auf.[878] *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.[879]

*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 Abweichungen von der Norm. Erst die Verknüpfung mit ihr, so erklärt er schlüssig, 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*"[880], um, wie anzufügen ist, *Vertrauen*

---

877 Durkheim (König), Regeln, 1895/1961 , 112, 118 ff., 162 ff.; aufgegriffen in seiner Rechtssoziologie von Raiser, Recht, 1999, 94.

878 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.

879 Kunz, Strafe, 2004, 71 ff., 71. Aus angloamerikanischer 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).

880 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.

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.[881]

*Luhmann* formt 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 bilde ein „*umfassendes soziales System, das alle anderen sozialen Systeme in sich einschließt*“.[882]

Systeme organisieren sich (autopoietisch) selbst. Sie interagieren aber mit anderen Systemen und Subsystemen und vereinigen sich dabei auch zu sozialen Metasysteme, die sich ebenfalls selbst organisieren, und zwar auch durch Abgrenzung („Differenz“) zu anderen Metasystemen.

5. *Diskussion.* 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 und bildet die *Grundlage* für heutiges soziales Denken und trägt damit die Idee der Generalprävention.

---

881 Hassemer AK-StGB , Vor § 1, Rn 46.

882 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 neuer 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).

Dennoch bestehen auf den zweiten Blick auch zumindest *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 positive Kooperation mit den Anderen führt zur Selbstorganisation von *Märkten* als 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 Solidaritätsopfer 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.[883] 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 Sub-System, und will zudem *von sich aus*leben. 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.

6. *Einordnung.* 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 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 von *Natur* aus mit eben dieser schweren Hypothek belastet. Der Staat kann dann nur noch die *Eindämmung* der an sich natürlichen (und auch rechtsstaats-notwendigen) Kriminalität betreiben oder für Wiedergutmachung, notfalls als Sozialversicherung, sorgen und den Ersatz für die dann ebenso natürliche

883 Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 7 (Mit rechtsoziologischem Hintergrund: „*Das Strafrecht ist Mittel zur Bestätigung gesellschaftlicher, normativer Identität*.")

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 zu einen zur Normstabilisierung und Aufrechterhaltung von Institutionen, die unter anderem der Verbrechensbekämpfung dienen, und zudem auch, um chaotische (disruptive) Lebendigkeit und Fortentwicklung zu gewährleisten.

Es droht jedoch zugleich die Gefahr, dass der Staat und seine Staatskultur bei einem voll *wertfreien* Modell abweichendes Verhalten auch deshalb und *missbräuchlich* selbst per Gesetz kennzeichnet (etikettiert), nur 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 Strafideen mit zugrunde.

7. *Fazit.* Den *Kern der westlichen Tradition* bilden zwar die rechts- und staatsphilosophischen Lehren, die auf die Vernunft und die Freiheit des einzelnen Menschen setzen (Art. 1 I und 2 I GG, vgl auch die Gliederung der EU-Grundrechtecharta).

Aber hinzu tritt die Gleichheit (Art. 3 I GG) die bereits eine Art von Allgemeinheit der Gleichen erschafft. Aus dem dann *kollektiven* Wir-Willen der Gleichen und auch aus dem „Geist der Gesetze“ entstammen nicht nur die Erklärung der Allgemeinen Menschenrechte von 1789 und die Menschrechtserklärung 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. So existiert auch eine lange Tradition, die die *bürgerlich-demokratische Gesellschaft* und ihre Rechtsidee in den Mittelpunkt stellt (Art. 20 I-III GG).

## IV. 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-, Bürger-, und Freiheits rechte. Mit der Strafe werden sie dann entweder im nächsten Schritt wieder eingeschränkt oder sie sind von vornherein mit einer solchen Bedingung belastet, weil der Mensch vernünftig ist.

Die Grundidee der *Anerkennung oder auch Achtung,* beides ist zunächst einmal zusammenzufassen, beruht auf einer *naturrechtlichen* Sicht.

Die Achtungsvariante besteht für *Kant* darin, dass die Menschen mit Vernunft und freiem Willen begabte Wesen sind und dass sie sich deshalb wechselseitig achten haben

*„Ein jeder Mensch hat rechtmäßigen Anspruch auf Achtung von seinen Nebenmenschen, und wechselseitig ist er dazu auch gegen jeden Anderen verbunden“*.[884]

Diese Achtung als (würdiger) *Mensch* -im Sinne von *Kant*- entspringt dabei nicht der freien Entscheidung des Achtenden, sondern bildet sich aus der sich aus dessen Vernunft ergebenden *inneren Verpflichtung*.[885]

Eine vernünftige Verfassung wird deshalb die Menschenrechte an die Befähigung des Menschen zur Vernunft binden. Sie kann und muss die Idee der

---

884 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) blos 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.“).

885 Aus der Sicht der praktischen Philosophie (Ethik): Knoepffler, Würde, 2018 unter dem Titel: "Würde und Freiheit: Vier Konzeptionen im Vergleich"), 120 ff ("Würde und Freiheit als Aufgabe die Menschheit zu achten - Kants "aufklärerischen Wende").

Vernunft dann auf *alle Menschen* und nicht nur ihre Bürger erstrecken und sie wird sie auch für unantastbar halten, Art. 1 I GG. Die geschichtliche Alternative bestand darin, bestimmten Menschgruppen, wie den Sklaven oder Frauen, die Vernunft abzuerkennen oder sie unmündigen Kindern gleichzustellen.

Die Folgerung lautet für das Strafrecht: Verstößt der vernünftige 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.

Aber auch *Kant* bietet zusätzlich eine Anthropologie des Bösen. Schon und gerade auch in seiner Schrift zur (zivilen und säkularen) Vernunftreligion spricht Kant zwar "*Von der ursprünglichen Anlage zum Guten in der menschlichen Natur*", um dazu dann aber auch "*Von dem Hange zum Bösen in der menschlichen Natur*" zu reden.[886]

2. *Trennung von Achtung, Anerkennung und Partizipation*. Genauer betrachtet, ist dann aber zu trennen. Man *achtet* einen *existenten* natürlichen Status des Menschen, der etwa „von sich aus“, weil er autonom und mit Vernunft begabt, als über eine Art von Geistseele verfügt ist. Deshalb ist er der Achtung würdig. Das (würdige) Menschsein und damit seine Stellung als *Vernunftsubjekt* sind dem Menschen auch dann eigen, wenn andere oder der Staat beides nicht achten. Der einen würdigen Menschen verletzenden Täter verstößt dann nur gegen einen *Achtungsanspruch*. Die Differenzierung ist außerordentlich wichtig, denn erst aus ihr ergibt sich die *Unantastbarkeit* der Menschwürde. Über die Begabung mit der Vernunft, also ein Art von freier Geistseele, verfügt der Mensch von *Natur* aus, und zwar schon als Gattung und dann auch als Einzelwesen.

Davon unterscheidet sich die *Anerkennung* im engeren Sinne. Sie setzt stattdessen intersubjektiv an. Die Anerkennung *erschafft* erst den Rechtsstatus. Sie beruht auf einem meist kommunikativen Akt der freiwilligen oder auch erzwungenen *Zuschreibung*, 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*.

Mit der Idee der Anerkennung durch die *Allgemeinheit*, deren Mitglied man wiederum selbst ist, ist eigentlich noch eine *weitere Unterform* der Anerkennungslehre geschaffen. Anerkannt wird ein eher französisches *Teilhaberecht (Partizipation)* am Gemeinwillen. Auf diese Weise wird der von

886 Kant, Religion, 1793, AA, III, 26 beziehungsweise 28.

.

Natur aus „freie Mensch“ vom „Allgemeine Willen“ in den Stand des Mit-Bürgers mit politischen Bürgerrechten erhoben.

3. *Anerkennungslehre*. Die Grundlegung der Anerkennungslehre hat für die moderne Rechtstheorie insbesondere *Hegel* herausgearbeitet und sie führt auch zum philosophischen Grundmodell des „Anderen“. Es eröffnet den Weg zum sozial-liberalen Ansatz der *„nach-metaphysischen“* Position.[887]

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 danach überhaupt erst mit dieser an sich widersprüchlichen Beziehung von Ich und Nicht-Ich selbst und auch immer wieder neu aus.[888]

*Hegel* wiederum stützt sich dabei auf die Naturrechts- und Anerkennungslehre von *Fichte,* der die Idee des „Anderen“ zugrundlegt und das auf diese zwischenmenschliche Weise das *individuelle* mit dem *gemeinsamen* Bewusstsein verbindet.[889]

*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*“[890] 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

---

887 Neumann, Anfragen, 2011, 159 ff. („Anfragen an Hegels Straftheorie aus „nachmetaphysischer“ Sicht“) im Hegel-Sammelband „Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie“.

888 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).

889 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

890 Vgl. Hegel, Enzyklopädie, 1817, 3. Teil (III.): Die Philosophie des Geistes, Theorie, § 435.

erhalten bleiben.[891] 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.[892] Dennoch kann (und muss) selbst noch der Knecht den Anerkennungsakt erbringen.

Grundlage jeder Anerkennung bildet also 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 und (b) auf der individuellen Ebene, wie bei *Hegel*, zu einer besonderen „Rechtsperson" als individuellem Akteur.

4. *Kritik*. Aus der *interpersonalen* Sicht des Anderen ist es zumindest schwer, ein vorrangig *autonomes* Bewusstsein des Menschen anzunehmen, mit dem jener als Akteur selbst sein Handeln steuert. *Echte Schuld* für das eigene Fehlverhalten zu empfinden und auch die autonome Selbstbestimmung der Schuld, erscheint danach ausgeschlossen. Schuld entsteht als *dialogische* Art der *gemeinsamen Zurechnung* im Rahmen eines sozialliberalen Mischbewusstseins.

Es fehlt zumindest *zusätzlich* die Idee der Eigenständigkeit des Ichs (oder Selbst). Auch wenn das Ich scheinbar nur reflektiert, was die Umwelt, die natürliche wie die menschliche, ihm an Sinnesseindrücken anbietet, so ist es doch das ganz besondere „Ich", das damit arbeitet. Das Ich verfügt über Fähigkeit, nicht nur seine einzelnen Aktionen sondern, über seine eigen Erfahrungen auch sein gesamtes „Selbst" zu organisieren. Das „Ich-Selbst" wertet seine Eindrücke aus, und zwar auch mithilfe seiner Vernunft, indem es darüber nachdenkt.

Zwar ist diese Grundfähigkeit zur Anerkennung des Anderen gewiss *jedem* Menschen eigen. Aber 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 oder die Gemeinschaft in uns sehen.

---

891 Vgl. Hegel, Enzyklopädie, 1817, 3. Teil (III.), § 434 (Es bestehe „da das Mittel der Herrschaft, der Knecht, in seinem Leben gleichfalls erhalten werden muß, Ge m e i n s a m k e i t des Bedürfnisses und der Sorge" für die Befriedung ihres Verhältnisses").

892 Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 36.

Zudem bleibt mitzudenken, dass es für jeden Menschen eine *Vielzahl von Anderen* gibt. Die ideale Du-Beziehung von nur zwei gleichberechtigten Subjekten, die im Wort von den intersubjektiven Beziehungen steckt, löst sich also in der Praxis in einer *sozialeren Wolke von vielen anderen* Beziehungen mit gleicher Struktur auf. Daraus folgt, dass es nicht nur um eine einzelne Du-Ich-Beziehung, sondern um ein gesamtes Netz- oder Flechtwerk von Beziehungen geht, das dem Begriff von *Gesellschaft* recht nahekommt, diese allerdings nicht rein kollektivistisch versteht.

So 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..

Dagegen geht das Ich-Modell des Selbst in der Form der *Autonomie* (und Art. 1 I GG in der Deutung des *Bundesverfassungsgerichts*) zunächst und v*orrangig* von der *Eigenverantwortung* aus. Man *verinnerlicht* dazu (zumindest) die Du-Ich. Beziehung, indem man *mit sich selbst spricht* und Anforderung an sich selbst stellt. Man repräsentiert (zumindest) das Du und auch das Wir im eigenen Ich. 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. Aber es ist unser Körper, der Schmerzen und Glück spürt und es ist unsere Erfahrung, die uns das Gefühl einer Identität verschafft.

Die Verantwortung gegenüber den Du-*Anderen*, und deren Ansprüchen und der Wir-Gesellschaft als Kollektiv erfolgt dann anschließend. Dabei *hilft* es, selbst die Ansprüche der Anderen vor dem eigenen Tun anzukennen. Man spiegelt sie.

Aber jeder Mensch, so folgt aus diesem Ich-Modell der funktionalen Selbstorganisation und der geistig-sittlichen Autonomie, handelt letztlich -auch- als *einzigartiges Individuum* und nach seinen Regeln. So kann er Täter auch die Ansprüche der anderen und des Wir-Kollektivs *ablehnen* oder negieren und *egoistisch* die eigenen in den Vordergrund stellen.

4. *Weichenstellung*. Die Kerntrage lautet deshalb immer wieder, kann ein Mensch wenigstens einem *minimalen Existenzrechtsschutz* im Sinne des Art. 1 I GG von den anderen und der Gesellschaft erwarten und verlangen, wenn er selbst die Existenz- und Freiheitsrechte der Anderen oder die Souveränität der Gesellschaft entweder aufs Schwerste oder auch ständig und beharrlich missachtet?

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 Sittlichkeit (Ethik, Moral), 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 sozialethischen 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 auch gut für die Idee von privaten *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.

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.

5. *Diskurstheorie*. Wer 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 *General*prävention, in dem er die Allgemeinheit absolut setzt.

Ihre Vertreter werden auf der formalen Ebene der postmodernen *Diskursethik* zuneigen. Sie werden Anerkennung als Konsens und als Ergebnis „kommunikativen Handelns"[893], also intersubjektiv begreifen, und den Diskurs als das ideale Verfahren, sie zu erreichen, beschreiben. Wer umgekehrt der

893 Vgl. Habermas, Diskursethik, 1983, 97 ff.

*Konsenstheorie*[894] zuneigt, wird dementsprechend das Recht auf Anerkennung stützen wollen.

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."*[895]

Spricht man diesem wissenschaftstheoretischen Diskurs-Ansatz den Vorrang zu, so gelangt man am Ende zu einer *präventiven* Vereinigungstheorie. Regiert dagegen die Menschenwürde-Idee, so gelangt man zu einer (Schuld-) *vergeltenden* Vereinigungstheorie.

6. *Fazit*. Am Ende ist die Frage zu entscheiden, die eigentlich ein Trilemma beinhaltet, ob denn dem *Einzelnen*, der *Vertragsidee* 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 oder kraft *kollektiver* demokratischer *Zuteilung* in *Rechtsform* erst selbst erschafft?

Das Trilemma besteht darin, dass eine einzelnen Rechtskultur sich nicht von drei verschiedenen Leitideen gleichzeitig führen lassen kann. Eine von ihnen muss nicht nur in Grund und Grenzfragen oder im Zweifel die Richtung angeben. Sie wird auch die anderen beiden zur ihr passend einfärben.

Hinzuzufügen ist schließlich, 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:

---

894 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").

895 Hoerster, Wirklichkeit, ARSP 1989, 145 ff. („Die Wirklichkeit der Freiheit", mit diesem Schlusssatz, 160).

- Die Achtungsidee der Menschenwürde-Idee geht mit dieser von der vernünftigen Ich- Autonomie aus.
- Die Anerkennungsidee setzt vorrangig auf das Ich-Du-Modell, schreibt Freiheitsrechte zu, führt zum *Vertragsdenken* und mündet in den liberalen Ökonomismus.
- Ein hoch kommunikativer und politischer Zentralstaat, wie Frankreich, betont den selbstständigen *allgemeinen Willen*, also den Wir-Ansatz.

Allen drei westlichen Ansätzen ist gemein, dass sie liberal ansetzen und von der *Freiheit* des Menschen ausgehen.

Aber nur die Idee der Menschenwürde führt zur staatlichen Pflicht, die Würde des Menschen als solche zu achten und sie mit entsprechendem *Rechtschutz* zu gewährleisten. Denn der Mensch ist als von Natur aus mit allgemeinen *Menschenrechten* ausgestattet zu sehen, die es nur noch national auszuformen gilt. Diesem Gebot ist dann auch jedes Straf*recht* unterworfen. Aus der Würde folgt das Würderecht.

Die beiden Anerkennungslehren erlauben dagegen auch die strafweise *Aberkennung* des Rechtsschutzes, und zwar *nach Belieben* der Anderen oder der kollektiven Allgemeinheit. Die Todesstrafe, Folter und Arbeitslager etc. können die liberalen Bürger oder die Allgemeinheit nach innen *per Gesetz* ausschließen. Auch nach außen können sie auf solche Maßnahmen auf dem Wege über ihre völkerrechtlich souveränen Staaten mit internationalen Verträgen rechtlich bindend verzichten. Aber solche Gesetze sind für sie abänderbar und ebenso lassen solche Verträge -grundsätzlich jedenfalls- verändern und kündigen. Aus der liberalen oder der kollektiven Anerkennung ergibt sich das Recht. Ansonsten ist der Freie ohne Rechtsschutz.

Jede nationale *Rechtskultur* kann dabei mit ihrer Verfassung entscheiden, welchem Grundkonzept sie folgt. Auf EU-europäischer Ebene gilt insofern das Subsidiaritätsprinzip.

## V. Sonderlehre: *Aristoteles´* Gerechtigkeitslehre und die vierfache Strafgerechtigkeit: legale, schuldgerechte und zugeteilte Strafe sowie die Not- als Naturgerechtigkeit

1. Nachfolgend ist ein rechtsethische Sonderlehre anzubieten, die die Idee der Gerechtigkeit im ersten Schritt mithilfe von *Aristoteles, Thomas von Aquin* und *Kant* auffächert.

Wer die Strafe, wie hier, mit der Rechtsidee der *Gerechtigkeit*, dem Geradebiegen von etwas Krummen begründet, ist gehalten, sich über diese einfache Idee hinaus mit den *drei großen Arten* der Gerechtigkeit zu beschäftigen und sie auf das Rechtsdenken und die Straftheorie zu übertragen. Dabei gilt einzelne Erwägungen, die schon mehrfach einführen waren, noch einmal unter dem Aspekt einer *einfachen Gerechtigkeitslehre* zu bündeln. Denn die Strafe ergibt sich zumindest auch aus dem Bedürfnis nach der Gerechtigkeit.

*Allgemeine Gerechtigkeit.* Schon *Aristoteles* kennt die *allgemeine* oder auch universelle Gerechtigkeit als *Oberbegriff* für seine beiden Arten der speziellen Gerechtigkeit. Es ist die Achtung vor dem *Gesetz*.[896] Auch die Gesetzesachtung selbst stellt also eine anerkannte Art der Gerechtigkeit dar. Die Art der Gerechtigkeit ist dabei aus der Gesetzesidee abzuleiten, also allgemein zu sein. Die allgemeine oder auch legale Art der Gerechtigkeit gilt dann auch für das Strafgesetz als *allgemeines Gesetz*.

„*Das Gerechte ist folglich die Achtung vor Gesetz und bürgerlicher Gleichheit, das Ungerechte die Missachtung von Gesetz und bürgerlicher Gleichheit"*.[897]

Die Verbindung von der Achtung des Gesetzes mit der bürgerlichen Gleichheit führt zur Idee der Achtung der bürgerlichen Gesetze, die für alle gleich gelten.

*Thomas von Aquin*[898] bietet als erste Form der Gerechtigkeit die *legale Gerechtigkeit* an, etwa als höchstes allgemeines Gut (bonum commune). Die Rechtsstrafe hat danach ein Gesetz und allgemein oder auch überhaupt gerecht zu sein.

*Kant* nimmt mit seinem kategorischen Imperativ diesen Gedanken auf und spricht auch gleich vom *allgemeinen Gesetz*.[899].

---

896 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 Widerstreitende, das Gerechte in das Gesetzliche und das der Gleichheit Entsprechende.“)

897 Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, Buch V, 5.-7. Kap., 1129b.

898 Zu der Dreifaltigkeit von legaler Gerechtigkeit, der Tausch- und der Zuteilungsgerechtigkeit, siehe: Aquin, Summa theologica, 1273/1953, 1953, Buch II 2. 58. 6.

899 Siehe erneut Kant, Grundlegung, 1785, AA IV, 421, Hervorhebungen nicht im Original). „Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger und zwar dieser: *handle*

Den aristotelischen Ansatz der Paarung von Gesetzlichkeit und der Gleichheit bildet die Grundlage des Verfassungsrechts, steckt im Positivismus und bildet die (bürgerliche) Minimalethik. Das bürgerrechtliche Gesetzlichkeitsprinzips ist verankert im Rechtsstaatsprinzip, in Art. 20 III GG und im „Rule of Law". Es beruht auf diesem allgemeinen und auch legalen Gerechtigkeitsaspekt.

In Strafrecht kennen wir es als Gesetzlichkeitsprinzip und als Bürgerschutzrecht im Prozess. Der Grundsatz keine „Strafe ohne Gesetz" (§ 1 StGB, Art. 103 II GG) verlangt nur zusätzlich, dass die Strafgesetze besonders gesetzlich *bestimmt* sein müssen und *Analogien* verboten sind. Diese Gebote ergeben sich aus der *Abstraktion* von Gesetzen, die vor allem den modernen Gesetzbüchern eigen ist. Früheren konkreteren bunten Fallrechtssystemen waren sie *immanent*.

Diese allgemeine Gerechtigkeit birgt zudem den Hinweis auf die *Missachtung* des Ungerechten. In ihr steckt also der *kommunikative Tadel*, den wir im Schuldspruch finden. Insofern sehen wir hier auch die *Grundidee* des *Geradebiegens von etwas Krummem*. Die Missachtung, die der Täter offenbar mit seiner Tat kundgibt, ist mit der Missachtung der ungerechten Tat zu begegnen. Die *hegelsche* Idee von der „*Aufheben des Verbrechens*"[900] zeichnet sich ab. Die „expressive Funktion der Strafe"[901] ist hier erkennbar schon zu finden.

2. *Zwei besondere Formen der Gerechtigkeit*. Die Idee der allgemeinen Gerechtigkeit selbst zerfällt zudem in diesem Sinne, sobald wir die Lupe über sie halten, schon selbst in zumindest zwei *gegensätzliche* Arten, vereinfacht in die liberale Tauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) und die (vor allem) soziale Zuteilungsgerechtigkeit (*iustitia distributiva*).

---

*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."*

900 Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 101, 192.

901 Dazu erneut: 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").

Damit ist die praktische Gerechtigkeit von der *blinden* Idee weg auf *bestimmte Fälle* von menschlichen Verhaltensweisen oder *Handlungen* heruntergebrochen. Mit den Handlungen stehen nunmehr auch die Akteure im Mittelpunkt, die Einzelnen, beziehungsweise das Kollektiv der Gemeinschaft.

Die Akteure stehen dann im Mittelpunkt und bestimmen die Sichtweise. Der beschuldigte Bürger besitzt zwar eigene Prozessrechte, dem staatlichen Richter obliegt eine Fürsorgepflicht. Soweit aber der Staat die liberalen Rechte mit allgemeinen Gesetzen garantiert und unterstützt, erschienen sie aus *seiner Sicht* als eine Art der zuteilenden und fürsorgende Gerechtigkeit, die ansonsten auch die deutsche Sozialstaatsidee wahrnimmt (Art. 20 I GG).

Aber auch die *Einzelne* können zuteilende Gerechtigkeit üben (Almosen, Spenden, Charity-System), denn auch sie agieren als freie Bürger „autonom", können sich selbst gerechte Gesetze geben. Dann haben wir einen anderen Gegensatz zu verzeichnen, denjenigen zwischen dem ökonomischen *Egoismus* und der ethischen *Humanität*.

3. *Tauschgerechtigkeit,* Tausch findet unter *Gleichen* und als *Vertrag* statt. Die Tauschgerechtigkeit bezieht sich dabei 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 im Sinne von *Kants kategorischem Imperativ* verallgemeinert werden. Dann allerdings verliert es schon einen Teil seines Wesens. 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 dabei zum *kollektiven* Akteur. Die Gemeinschaft ist es dann, die die Tit-for-Tat-Strafe der nachfolgenden *Nicht-Kooperation* stellvertretend und mit Zwang zuteilt oder sie verzichtet aus übergeordnet Gründen darauf. Es entwickelt sich aus dem Zwei-Personen-Ansatz eine besondere Art von Dreieckssituation. Ich- Du-Vertrag und Wir-Markt.

Die *allgemeine* Rechtsidee, als Teil der Ideenwelt, lebt aber von der Konkretisierung. Ebenso wird der Praktiker sie auch nur als bloße Abstraktion von *konkreten Fällen* des Gerade-Rückens begreifen. Denn die Gerechtigkeit bezieht sich üblicherweise auf konkrete *Handlungen* oder nachrangig auf konkrete komplexe *Situationen*.

Im Westen legen wir das Hauptgewicht auf die Marktidee und nehmen die zuteilende soziale Gerechtigkeit als *Ergänzung* der Tauschgerechtigkeit wahr.

Das ist nicht zwingend. Jede *sozialistische Gesellschaft* geht *umgekehrt* vor. Sie beginnt mit Solidaritätspflichten. Die Strafe bildet dann eine Reaktion auf eine Solidaritätsverweigerung. Umerziehung zur Solidarität ist nötig. Unser westlicher Weg entspringt also unserem *individualistischen* Grundansatz, der uns zu einem (Grund) Rechte-System und den Menschenrechten führt.

Deshalb verstehen wir unter Gerechtigkeit *vorrangig* den Gedanken der Wechselseitigkeit (Reziprozität) des „Wie Du mir, so ich Dir". Deren positive und erstrebte Form stellt die *Tauschgerechtigkeit* dar. Sie bildet die Grundlage jeder Art von Kooperation und Arbeitsteilung. Die Tauschgerechtigkeit sieht das an sich *freiwillige* Geben-um-zu-nehmen (do ut des) vor, auch wenn es stets von Bedürfnissen mitbestimmt sein dürfte. Die Idee der Freiheit regiert das Markt-Denken.

Wer aber nimmt und selbst nicht gibt, der verhält sich *ungerecht* und er muss zum Geben notfalls gezwungen werden, sodass sein unberechtigter Gewinn *ausgeglichen* und damit der alte Zustand wiederhergestellt (restauriert) wird. Die Akteure begreifen sich als *gleichwertige Personen* auf einer Art von idealem Markt.

Auf das Strafen übertragen ist im echten Zwei-Personen-Modell der Wechselseitigkeit jeder Akteur potenzieller *Täter* und *potenzielles Opfer*. Den Täter treffen dann die Vertragsstrafen oder auch der bloße Verzicht auf weitere Kooperation, weil er sich „unfair" verhalten hat. Er hat genommen, ohne zu geben und ohne die Zustimmung dazu einzuholen. Meist agiert er mit Gewalt oder List oder Treubruch. Jeder Akteur auf dem Markt ist oder gilt als in seinem Willen frei und handelt vorsätzlich.

Insofern trifft den Betrüger (erweitert auch der Dieb oder Räuber) der etwas nimmt, ohne etwas zu geben, die Freiheits- als Kooperationsstrafe, Sie beschränkt seine konkrete Tausch- oder verallgemeinert seine Marktfreiheit solange bis er zivilen Wiedergutmachung leistet, indem er nun einmal seinerseits vorleisten muss (do ut des). Hat der Täter Menschen dabei verletzt, so hat sein Opfer das Recht zur *Selbstjustiz* („Auge um Auge"), es darf auch ihn verletzen, damit er von seiner Tat keinen Vorteil davonträgt.

Dabei muss mitbedacht sein, dass die Akteure auf dem Markt, heute wie damals in der Regel *nicht* als *einzelne* Menschen agieren, sondern sie für gesamte Familien oder Unternehmen stehen. Die liberale Tauschgerechtigkeit beinhaltet auch insofern immer auch eine Rollen-Element. Es geht nicht um die Opfer oder die Täter als Menschen.

4. *Zuteilungsgerechtigkeit*. Ergänzend tritt die *zuteilende Gerechtigkeit* hinzu. So kann *jeder* Akteur *freiwillig* etwas geben, ohne etwas zu erhalten. Jeder, der etwas hat, der also ein Herr über etwas ist, wie Dienstleistungen, Waren oder Informationen, und der sich damit als eine Art von Eigentümer begreift, kann sich so verhalten. Er kann sein Tun aus *altruistischen* Gründen für vernünftig halten, aus Mitleid *Solidarität* üben oder aber fremdnützig handeln, um seinen guten Ruf unter seinen Nächsten zu festigen. Er kann dabei auch darauf *verzichten*, an sich gerechtfertigten Schadensersatz oder eine Geldbuße mit einem Strafantrag auszulösen.

Aber wer anderen etwas zuteilt, nimmt die Rolle des den Eltern ähnlichen *Oberherrn* wahr. Er gibt den zumeist *bedürftigen* Akteuren etwas und handelt auch damit gerecht, weil er einen *Mangel* bei ihnen *ausgleicht*. Man kann dabei aus *utilitaristischer* Sicht die zuteilende Gerechtigkeit auch als eine Art von *Rückversicherung* der Wohlhabenden begreifen. Denn häufig hilft der Verzicht dem Rechtsfrieden oder auch die Spende dabei, das *Sozialsystem* und damit den Status des Besitzenden und dessen Handlungsfähigkeit zu stabilisieren. Die Bedürftigen verzichten dafür ihrerseits auf Störungen, Aufruhr und Gewalt. Die Akteure, die Geber wie die Empfänger, sehen sich in einem *(hoheitlichen) Abhängigkeitsverhältnis*. Insofern erhält der Oberherr auch etwas zurück, nämlich die Sicherung seiner Herrschaft oder sonstiges Spenderansehen in der Gesellschaft.

Ein solches Widerstandsrecht gegen jegliche grobe staatliche Ungerechtigkeit im Sinne des Art. 20 I bis III GG sichert Art. 20 IV GG. Es bedenkt und erlaubt also *Selbstjustiz* und bekundet damit zumindest deren staatstheoretische Bedeutung.

Die Idee des Sozialstaates beruht auf dieser Art der Gerechtigkeit Die Abhängigkeit wird zumindest abgemildert, und zwar allgemein durch die Mit-Volksherrschaft über den Staat, und zwar durch die Achtung der Menschwürde und einem daraus folgenden *Grundrechtsanspruch* auf Sozialleistungen, zu denen auch das Recht auf Resozialisierungsangebote im Vollzug zählt.

Insgesamt dient die zuteilende Gerechtigkeit nicht nur dem Empfänger, sondern weit darüber hinaus dem *Gemeinwohl* oder auch der Allgemeinheit, an deren Frieden auch der Gesetzgeber zumindest ein großes Interesse hat. Die soziale Ausrichtung unterscheidet sie von der einfachen Tauschgerechtigkeit, die vorrangig auf den Gewinn der Parteien setzt, auch wenn sie die Kollektiv-Idee des funktionierenden Marktes nachrangig immer mit bedient.

Die Straftheorie der Generalprävention bedient sich, zumindest konkludent der *zuteilenden Gerechtigkeit*, und zwar insbesondere, wenn sie die Strafe zum

Ausgleich des Rechtsbruchs einsetzt oder zur Heilung des Rechtsgeltungsschadens oder als Antwort auf sozialschädliches Verhalten. Auch eine individualpräventive Rückfallgefahr bedroht das Gemeinwohl und kann durch die Unschädlichmachung der menschlichen Gefahrenquelle beseitigt werden.

5. Zwei *Ergänzungen*. Die humanistische Idee der Verbindung von Recht und Freiheit mit würdigen Mensch-Sein entstammt zwar dem Vernunft- und Naturrecht und der Verweltlichung der religiösen Seelenidee (*Pufendorf*). Aber sie musste sich zur heutigen verrechtlichten Menschenwürde, auch der Frauen, erst langsam entwickeln. Heute kann sie einerseits mit der Idee der Freiheit, als Freiheit des Menschen verbunden werden, aber der Schutz der Freiheitsrechte kann auch weiterhin den eigenen Staatbürgern vorbehalten werden. „Freiheit und Menschenwürde Würde“ stehen dann nicht umsonst nebeneinander und ergänzen sich die Europäischen Grundrechtecharta von 2009 spricht in der Präambel und reiht mit ihrer Gliederung nicht umsonst zunächst „Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit und Solidarität“.

Zuvor waren jede besondere Rechtsstellung als Bürger, Freier oder Herrscher von der universellen *Seelenidee* getrennt und der Herrscher und seine Grundordnung waren ebenfalls metaphysisch abgesichert, weil von *Gott* (für sein Gottesvolk) gegeben.

Mit dem Naturrechtsdenken trat dann die Bedeutung der eigenen Vernunft und Verantwortung als Natur des Menschen in den Vordergrund, wuchs auch die Einsicht die Natur der Natur und die Bedeutung von deren Gesetzen

Erst die *Würdeseele* führt dann zur weltlichen Schuldstrafe im Sinne der Schuld-Vergeltung *(Kant)* Und erst die weltliche Heiligung des demokratischen Verfassungsstaates (*Hegel*) erlaubt parallel dazu nach der kollektiven Verantwortung für das Strafen von Demokarten durch Mit-Demokraten zu erfragen, Art. 1 GG, Art 20, 79 III GG.

6. *Strafender Rechtsstaat.* Der strafende Rechtsstaat tritt aus Sicht der wechselseitigen Gerechtigkeit und sobald er von einem einen (rechts-) staatlichen *Strafanspruch* ausgeht, als das *eigentliche Opfer* auf. Sein Recht ist verletzt. Handelt er zugleich auch zugunsten der Allgemeinheit oder individueller Opfer, so ist auch deren *konkretes* Recht verletzt. Der Staat kann nun den *Ausgleich des Unrechts* verlangen und seinen allgemeinen und den konkreten Strafanspruch der Opfer mit seinem Gewaltmonopol durchsetzen. Insofern stützt er sich auf die Idee der *Wechselseitigkeit* oder auch der Tauschgerechtigkeit in ihrer negativen Form, der Verlust der Opfer wird mit Verlust beim Täter ausgeglichen oder (und besser der immaterielle Macht-

Gewinn des Täters wird abgeschöpft, indem er mit angemessener Ohnmacht verrechnet wird.)

Vor allen aber von menschlichen Opfern *körperlicher und psychischer Gewalt* kommt der „Ruf nach Ausgleich“. Diese Forderung wollen sie befriedigt wissen. Können sie die Gerechtigkeit nicht allein durchsetzen, entweder mit Gegengewalt oder mit Gegenlist, so werden sie sich Verstärkung besorgen und Teil einer *Schutzgemeinschaft* werden. Damit findet der Schritt zum Kollektiv statt. Insofern hat das Zwei-Personen-Model am Ende nur fiktiven Charakter. Dennoch ist es einfach und wir verwenden es im Zivilrecht ständig, weil in der Regel Verträge geschlossen und gehalten werden, notfalls abgesichert durch Pfand- oder Zurückhaltungsrechte.

Aus der verfassungsrechtlich so relevanten Sicht des Täters (Art. 1 I, 2 I GG) verschafft die Straftat ihm einen *Autonomiegewinn*, dessen *Erfahrung* nicht mit einfachem zivilrechtlichen Schadensersatz auszugleichen ist: *Ich kann und ich darf das; ich kann und darf mich zum Herrn über fremde Güter aufschwingen*. Diese Autonomieerfahrung ist nur mit einer Gegenerfahrung der zwangsweisen *Unterwerfung* unter das allgemeine Straf-Recht auszugleichen.

Die *einzelnen* traumatisierten menschlichen Opfer wollen dagegen in der Regel die Beeinträchtigungen ihrer *Autonomie* ausgeglichen sehen. Sie wollen aus der *Opferrolle* herausgeholt werden. Insofern eröffnet ihnen das Strafprozessrecht zumindest die Rollenangebote als aktive Beteiligte (Rechtsubjekte), um mit einem Rechtsbeistand am Strafverfahren teilzunehmen.

Die *Allgemeinheit* hingegen sieht vor allem die Gefahr für die Erhaltung der allgemeinen Rechtstreue und blickt auf ihre eigene kollektive „Autonomie“ (Art. 20 GG).

Das *Schwergewicht* liegt -zumindest für das Bürgerschutzstrafrecht- seit langem erkennbar auf der *Tätersicht*. *Seine* immer noch andauernde *unberechtigte Autonomieerfahrung* ist deshalb mit einer Gegenerfahrung auszugleichen. Das besagt das blinde Gerechtigkeitsprinzip in seiner *allgemeinen Form*.

Dies ist der wesentliche *Strafgrund*, aus ihm ergibt sich sogar eine *Strafpflicht*.

Sie folgt im Übrigen nicht nur aus der ethischen Ausgleichsidee, sondern lässt sich -in dieser besonderen Form- *zusätzlich* auch als Abwendung eines zumindest *latenten Rechts*- (Geltung)-*Notstandes* verstehen. Denn der unberechtigte Autonomiegewinn dauert noch bis zur vollständigen Strafverbüßung an. Diesem Gedanken der Gefahrenabwehr entspricht auf der generalpräventiven Ebene die Vorstellung, dass der *Rechtsbruch* so lange

andauert, bis der Normgeltungsschaden mit der Strafe insgesamt (einschließlich des Schuldspruchs) behoben ist.

7. *Rechtssubjekte.* Zwei Blickwinkel ergeben sich aus dem Zwei-Personen-Modell der Tauschgerechtigkeit, derjenige des Ich-Täters und derjenige des Du-Partners oder auch des *Anderen*.

Die Idee von der Menschenwürde legt das Gewicht vorrangig auf das autonome „Ich-Selbst" und nachrangig erst auf den Anderen (Art. 2 I GG). 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. Akteure, die sich außerhalb des Marktes, lies des Staatsgebietes mit seinem Recht befinden, mögen zwar auch freie Personen sein, aber über einen Rechtsstatus verfügen sie nicht. Sie sind Fremde oder Feinde. Rechtlose Personen dürfen getötet oder versklavt werden. Dies ist der nationalstaatliche Grundansatz des Art. 20 GG.

Aus seiner *autonomen* Ich-Sicht trifft den Täter die Schuld oder auch die Eigenverantwortung an der Tat und an der blind folgenden ausgleichenden Gerechtigkeit.

Aus der Anderen-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 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, Solidarität oder auch Humanität) und nicht aus dem „Recht" selbst. Insoweit steht der Herr (oder auch der kollektive Gesetzgeber) im Willen frei über dem gerechten Recht. Insoweit 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 auch *im Zwei-Personen-Modell*

indirekt die Zuteilungsgerechtigkeit mit, die wir typischer Weise nur als die *solidarische* oder auch soziale *Verteilungsgerechtigkeit* begreifen. Als einzelne Wähler können wir sie auch vom Staat einfordern.

Die Zuteilung erfolgt aber zumeist durch einen souveränen *kollektiven* (staatlichen) *Oberherrn*. Die Zuteilung von Recht und minimalethischer Gerechtigkeit ist an die jeweiligen Schutzbefohlen gerichtet und dient dem Kollektiv auch immer selbst, als Aufrechterhaltung einer bestimmten *sozialen Ordnung*. Gerecht handelt vereinfacht der *kollektive Staat* gegenüber seinen *bedürftigen* Bürgern. Das gilt auch für deren *Strafbedürfnis*.

Aber auch sie haben ihm gegenüber Solidaritätspflichten zu erfüllen und sich grundsätzlich dem Rechtssystem zu *unterwerfen*. Insofern besteht eine Art von *hintergründigem* Gesellschaftsvertrag.

Handeln absolutistische Oberherren, also die Mächtigen, dauerhaft nicht gerecht, sondern willkürlich, so drohen ihnen Aufstände, vgl. auch das Widerstandsrecht in Art. 20 IV GG. Deshalb muss der demokratische Gesetzgeber für die *Ausnahmen* vom allgemeinen Recht und der allgemeinen Strafe gute Gründe angeben, die eine Diskriminierung im *kantschen* Gesetzessinne von Art. 3 I GG ausschließen. Der kollektive demokratische Oberherr begreift sich auf den zweiten Blick also nicht als völlig frei, sondern er unterwirft sich der *Vernunft* der guten, weil gut vertretbaren *Rechtfertigungsgründe*. Er bewegt sich damit also weiterhin innerhalb des Rahmens der vagen Idee des „gerechten Rechts“. Er zeigt sich als Rechtsstaat und als kollektives Rechtssubjekt.

8. *Gerechtigkeit mit und zwischen (Würde-) Freiheit und (Staats-)Solidarität*. Das alte europäische Grundmodell, auf dem aufzubauen ist, lautet: (individuelle) Freiheit, (gerechte) Gleichheit und (empathische) Solidarität. Danach steht die Gerechtigkeit, deren Kern die (blinde) Gleichheit ist, zwischen dem Würde-Ich-Individuum und der staatlichen Wir-Gemeinschaft.

Dabei gehört schon mit *Aristoteles* zur allgemeinen Gerechtigkeit auch das *Recht* im positivistischen Sinne der freien kollektiven Rechtsgestaltung.

Die „Gleichheit“ nimmt vereinfacht nur grob *ein Drittel* des Bekenntnisses ein. Mit ihr kann also auch zum Teil *frei* und auch zum Teil *solidarisch* umgegangen werden. Die Demokratie ist also einerseits „teilfrei“ bei der Bestimmung des Ob und Wie des Strafens, im Sinne des *Rechtspositivismus*. Auch können und werden sich aus der Idee der *Solidarität, als zuteilende Gerechtigkeit* andere und zusätzlich mit zu beachtenden *Solidarpflichten* ergeben, die der einfachen Gerechtigkeits-Strafpflicht gegenüberstehen.

Dazu zählt etwa das Gebot der Resozialisierung, wenn man es, weil die Idee der Menschenwürde in diesem gesamtwestlichen Konzept fehlt, nur aus dem *Sozialstaatsprinzip* ableitet. Zum anderen kennt das soziale Strafrecht das *zusätzliche* Nebenrecht in der Form einer zuteilenden *Sicherungsverwahrung* nach der verbüßten Strafe, die als rein präventive Maßregel gleichwohl einen Teil des Strafrechtssystems darstellt.

Die „Freiheit" des Einzelnen und die „Solidarität" der Gesellschaft verschaffen der formalen Idee der Gleichheit zudem auch die zwei Maßstäbe, an denen sie sich ausrichten kann.

*Anders und kritisch gelesen*: Die allgemeine Gerechtigkeit ist wertblind, die schlichte Wechselseitigkeit ist zwanghaft unfrei. Die beiden *zusätzlichen Wert-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 Markwirtschaft und dem Strafrecht als Zwangsrecht.

Individuelle Bürgerfreiheit, Gleichheit als formaler Kern der Gerechtigkeit und demokratisch-staatliche Solidarität gehören als notwendiger Weise zusammen und ergänzen die Idee der Gerechtigkeit.

9. *Natürliche Gerechtigkeit.* Es fehlt aber *jenseits der Gerechtigkeit* unter *Menschen* noch die Idee der „natürlichen Notlage" im Sinne eines Notstandes, die als *Schutzaspekt* in der Präventionsidee steckt. Mit deren Betonung kann sich die Präventionslehre von der Gerechtigkeitsidee, wenn auch nur zum Teil befreien. Sie kann empirisch nach der *Effektivität* fragen, und deshalb sowohl auf kurze Freiheitstrafen verzichten, längere Strafen zu Bewährung aussetzen oder auch Sicherungsverwahrung und die Unterbringung von gefährlichen schuldunfähigen Tätern einfordern.

Hinzu tritt die *soziale Funktionalität*. Abweichendes Verhalten, Konkurrenz und Konflikte benötig jede Gesellschaft von Lebewesen für ihre soziobiologische Existenz.

Aber es lässt sich auch die Idee der Gerechtigkeit ergänzen, und zwar um die natürliche Gerechtigkeit. Der Mensch und seien Gesellschaften müssen sich auch den *allgemeinen Nuturgesetzen* unterwerfen und mit ihn einen Ausgleich schaffen. Das gilt erkennbar für Gefahren und Notlagen, Für das Strafrecht die

gehören die Notwehr, aber auch der rechtfertigende Notstand gehören dazu. Diese Akte gelten uns als gerecht.

10. *Fazit*. Auf das System des deutschen Strafrechts übertragen ergibt sich die folgende Reihenfolge einer *vierfältigen gerechten Strafe*:

- Die *legale* allgemeingültige Strafe. Sie rechtfertigt und bildet die allgemeine gesetzliche Strafe, blind ohne konkrete Ansehung der bürgerlichen Person, aber insofern auch nur als typisierte Tat und Strafe (Gesetzlichkeitsprinzip, Gesetzespositivismus, keine Strafe ohne Gesetz, aber alle Strafen und auch Todesstrafe sind danach möglich).

- Die *tausch- und tatgerechte Strafe* (iustitia commutativa). Wegen eines Kooperationsdelikts erfolgt eine Kooperationsstrafe als Buße mit Rückkehrchance (Geldstrafen, Bewährungstrafen und zumindest mittelfristige Strafen mit Bewährungsaussicht, keine Todesstrafe. Die Todesstrafe ist nur als Buße nur als Sippen- oder Gruppenstrafe möglich. Heute gewandelt zur schuldgerechten Strafe (unter Ansehung der bürgerlichen Rechtsperson, konkretisierende und Einzelfallgerechtigkeit, lange schon Milderung bei Fahrlässigkeit. Danach kann, aber muss der Täter nicht für das *Recht* als metaphysisches „geistig-sittliches Wesen“ angesehen werden. Dann aber verfügt er *daneben* noch die „Seele“ in Sinne von *Platon*, *Aristoteles* oder als christlich als unsterbliche Seele oder als irdische Seelen- Menschenwürde mit *Pufendorf*)

- Die *zugeteilte Strafe* (iustitia distributiva). Sie wird im Interesse Allgemeinheit, als generalpräventive demokratisch-soziale Strafen verhängt oder auch darauf verzichtet, und zwar für gesetzlich positivistisch ausgewählte Personen- und zusätzliche Fallgruppen, wie Gefährdungsdelikte, das Nebenstrafrecht oder die zusätzliche Sicherungsverwahrung als Sanktion im weiteren Sinne und auch als konkreten Verzicht auf volle schuldgerechte Strafen, um den Rechtsfrieden schneller herzustellen oder um die effektive Resozialisierung des Täter mit der bedingten Entlassung besser gewährleisten zu können. Die Demokraten sollten auch anerkennen, dass in einer jeden lebendigen Gesellschaft Abweichungen und auch Unrechtstaten sein müssen und erst sie zu gesamten Rechtssystemen führen. Todesstrafe ist möglich, ebenso lebenslange Strafen, als Opfer auf dem Altar der abstrakten höheren Gerechtigkeit und zur Befriedung des Strafbedürfnisses).

- Die *naturgerechte* Strafe individualpräventive Art, die zum einen die effektive *Notstandsidee* aufnimmt und sie zu Lasten und zu Gunsten des Täters einsetzt Sie gilt insbesondere für Rückfalltäter und für Kapitaldelikte, bei den einen Hemmschwelle (Tötungstabu) durchbrochen sein könnte sowie auch für die die Rückfallgefahr abbauenden Resozialisierungsangebote.

Die vollends gerechte Strafe muss also *alle vier Kriterien* erfüllen. Und nur ein Staat, der alle *vier Kriterien* beachtet, der kann für sich beanspruchen, umfassend gerecht zu sein. Dazu trennt er nach den drei Gewalten in allgemeine Strafgesetze, fallbezogenes Strafgericht und täterbezogenen Strafvollzug und beachtet viertens die Öffentlichkeit. Er schafft Sonderrechte wie die Maßregeln der Besserung und Sicherung oder das Jugendstrafrecht. Methodisch arbeitet er mit Regeln und Ausnahmen (und mit Rückausnahmen). Für die Opfer hält er zivile Rechte vor und bietet in der Not sozialrechtlichen Schutz. Er unterstützt gemeinnützige Hilfsorganisationen sowie den Lebensbund der Familie.

Am Ende aber wird jede Gemeinschaft und auch jeder einzelne (Mit-)Strafende sich fragen müssen, welche Gerechtigkeitsidee sie den *Vorrang* geben. Erkennen sie *Freiheitsrechte* an und setzen sie auf Kooperation, so folgt daraus der Vorrang der Tauschgerechtigkeit. Ein Verstoß dagegen ist dann „zum gerechten Ausgleich“ mit einer *Einbuße* an Freiheitsrechten zu belegen, die aber vor allem dazu dient, den unberechtigten *immateriellen Freiheitsgewinn* des Täters auszugleichen. Dies muss auch aus der Sicht der Tauschgerechtigkeit in humaner Weise geschehen, denn er muss ein *potenzieller Tauschpartner* bleiben. Er muss also zumindest die rechtlich abgesicherte Aussicht haben, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden.

## 2. Kapitel

## Kernproblem der Schuldstrafe: Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit

### I. Grundfragen: Dualismus von freiem Geist und kausaler Natur, Schuldstrafrecht und das Dilemma der Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit

1. 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 stelle sich für das Schuldstrafrecht in gesonderter Weise, weil es aus den Gründen der *Vernunft* einem gesonderten *Begründungszwang* unterliege. Die Ideen wie Freiheit und Demokratie begründeten politische *Rechte*. Sie böten insofern etwas Positives. Im Zweifel könne man sie also *unterstellen*. Aber wer über die Schuld die Strafe begründe, also die bewusste *Zufügung eines Übels*, der müsse deren Grundlagen nachweisen.

Doch der entsprechende *Nachweis* der Willensfreiheit des Menschen, also für den Indeterminismus gegen den Determinismus, habe sich, und zwar nach weit überwiegender Ansicht, bislang nicht erbringen lassen.

*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 sprechen.[902] Sein schlüssig entwickeltes Fazit lautet,

---

902 Pothast, Unzulänglichkeit, 1987, 315 ff.; Pothast, Rechtfertigungselement, 1998, 135 ff., u.a. 146: allenfalls eine „*notdürftige[n] Apologie unter gegebenen Bedingungen*". Siehe aber auch Pothast, Freiheit, 2011 („Freiheit und Verantwortung. Eine Debatte, die nicht sterben will – und auch nicht sterben kann, 2011", etwa 41 (zur logischen Notwendigkeit von Offenheit).

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.; Hauptmann, Strafrecht, Rth 1984, 153 ff.

*es sei weder nachweisbar, dass Menschen im Willen frei, noch dass sie fremdbestimmt sind*;

„non liquet" (nichts fließt). Mit den Worten des Rechtstheoretikers *Röhl*:

„*Niemand kann beweisen, dass das es falsch wäre. Aber auch das Gegenteil ist nicht beweisbar*".[903]

2. Das Fundament des *Schuldstrafrechts*, die Idee von der *Freiheit* und *Autonomie* des Täters, wird einerseits durch eine große Tradition von naturrechtlichen Freiheitslehren gestützt. Andererseits ist die Idee von der Autonomie und allgemein von der Willensfreiheit des Menschen schon seit langem von der gut begründbaren *Leugnung der Willensfreiheit* bedroht, und zwar auch mit dem Blick auf die „Natur des Menschen".

Im Hintergrund steht das weit größere *staatsphilosophische* Dilemma, dann auch die *Idee der Freiheit* generell nicht aufrechterhalten zu können und mit ihr auch nicht die Idee der *Demokratie*, die auf der Annahme der 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 mit in Frage gestellt.

Vereinfacht stehen zwei Ansätze einander gegenüber:

- Der *Dualismus* von Vernunft-Ethik *und* naturalistischer Anthropologie, danach ist der Mensch, zumindest aus seiner subjektiver *Binnensicht*, etwas Besonderes. Und:

- Die *Einheitslehre* des funktionalen Naturalismus, nach der Mensch sich, zumindest *von außen* als Objekt betrachtet, ausschließlich als ein systemischer Teil im Meta-System der Natur erweist.

Erneut ist dazu auf *Kant* zu verweisen, dessen Lehre der deutschen Sicht auf die Idee von der Autonomie des Menschen und ihren Verbund mit der inzwischen verrechtlichten Idee von der Unantastbarkeit der Menschenwürde zugrunde liegt. In seinen Ausführungen zur Auflösbarkeit der Antinomie von Freiheit und

---

903 Röhl, Rechtslehre, 1995, 120. Murmann, Grundkurs, 2019, § 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 letztlichen unabweisbar.")

Naturnotwendigkeit,[904] 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*".[905]

Der Schritt von der Denkmöglichkeit zur Denknotwendigkeit 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".*[906]

Wegen dieser Denknotwendigkeit seien wir „*von der Last befreit, die die Theorie drückt*".[907] Deshalb fällt es auch folgerichtig der westlichen Vernunft-Kultur so schwer, mit der Möglichkeit der Fremdbestimmtheit des menschlichen Handelns *rational* umzugehen.

*Kant* vollzieht den logisch bedenklichen Schritt, die einfache Ebene des Gegenstandes des Denkens mit der Metaebene des Denkenden gleichzusetzen.

Anders gewendet fehlt zudem die Nachfrage, ob diese Art der Gebundenheit des Denkens nicht gerade auf einen Determinismus hinweist, der auf einer *Meta-*

---

904 Dazu aus der Sicht der Rechtsphilosophie: Wolf, Willensfreiheit, Rechtsphilosophie 2017, 237 ff., 237 (Zugespitzt: Zur „Unvereinbarkeit von Determinismus und Freiheit" ... in Anlehnung an Kant die: "Dualistische Auflösung,. Sie lautet: Die Personen sind determiniert in der Welt der Sinne; doch sie sind absolut frei im Bereich des Geistes.") und eben auch: 327 („Aus der Unbeweisbarkeit der Willensfreiheit folgt nicht ihre Unmöglichkeit").

905 Kant, r. Vernunft, 1781, AA V, 488; Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff., 310 f.

906 Kant, Grundlegung, 1785, AA VI, 452; 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 *alle*r Lebewesen auch teilautonom sind, weil sie sich (auch) immer *selbst* organisieren.

907 Dazu auch: Küpper, Strafen, 2003, 53 ff, 70 f.

*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. 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".

Dagegen verfolgen die gesamten *Naturwissenschaften* in der Regel ein *deterministisches* Welt-, Gesellschafts- und Menschenbild, das gern auch auf mathematisch gegründeten Naturmodellen beruht. Er kommt vereinfacht als *mechanistisches* Weltbild daher und ist inzwischen zu einem ebenso funktionalen *kybernetischen Natur-, Gesellschafts- und Menschenmodell* fortgeschrieben.

Dafür steht vor allem die sozio-biologische *Systemtheorie*, die mit dem Namen des Rechtsoziologen *Luhmann* verbunden ist. Auch die *Kriminologie* ist weitgehend auf diese Art des Denkens gegründet, wenn und weil sie die Ansätze und Methoden der *Soziologie* oder der *Psychologie* verwendet.

*Kant* und *Hegel* standen zwar nicht die heutigen naturwissenschaftlichen Erkenntnisse zur Verfügung. Die Soziologie hat sich auch 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 *Freud*s. Aber das Modell der Spaltung von Sollen und Sein, von Subjekt und Objekt, Idealismus und Empirismus als ein *Dualismus* war auch ihnen bekannt.

Bereits *Kant* hat nicht nur seine *Metaphysik* verfasst, sondern auch eine *Anthropologie*. Er sieht in ihr die Kultur und den Weltbezug des Menschen und deutet ihn zugleich als ein „*mit Vernunft begabtes Erdwesen*" (oder besser als ein Naturwesen). Er sieht den Menschen als seinen *eigenen letzter Zweck*, den man durchaus als Egoismus begreifen kann.[908]

---

[908] So die ersten Sätze seiner Vorrede zur „Anthropologie in pragmatischer Hinsicht"; Kant, Anthropologie, 1798, AA , VII, 117.("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

3. 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.

Der *angloamerikanische Utilitarismus*, die Nützlichkeitslehre etwa von *Bentham*, *Mill* und anderen passt dagegen bereits zum (sich nachfolgend entwickelnden) naturwissenschaftlichen *Darwinismus*. Diese Lehre verzichtet zwar auf die Metaphysik. Aber ihre Träger-Gesellschaft heiligt *parallel* dazu das protestantische Freikirchentum, also eine Art von religiöser zweiter Welt.

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 frühen *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 Soziologie heute etwa in den USA dazu, den Täter unter anderem mithilfe des kriminologischen Modells von *Soziopathen* zu deuten.

Darüber und über soziologische und psychologische Kriminalitätstheorien, die die Ursachen von Kriminalität erfragen, gibt in Deutschland die gesonderte *Kriminologie* Auskunft. Im Sinne des Dualismus nimmt sie *neben* und weitgehend frei von dem Schuldstrafrecht ihren Raum ein.

4. *Fazit*. Mit dem gewichtigen Einwand, eine nachweisbare Willensfreiheit gebe es nicht, entfällt die *Tragkraft* der Schuldtheorie zur *Begründung* der Strafe. Dieser Einwand trifft zumindest die herrschende Art der Deutung der Schuldstrafe in vollem Umfange.

Wohl jeder deutsche Strafrechtslehrer hat zu dieser Frage eine Meinung entwickelt, und sei es auch nur, dass er sich als Positivist versteht und sich mit

---

Erdwesen zu erkennen, verdient besonders Weltkenntniß genannt zu werden, ob er gleich nur einen Theil der Erdgeschöpfe ausmacht".).

den Strafgesetzen und also deren gesetzlichen Normierungen von Schuld begnügt.

Der wohl noch vorherrschende deutsche *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.

Dies ist die *alte* Diskussionslage, die schon einmal nach weiterer Erläuterung verlangt.

Hinzu tritt die *neue* Diskussion um die Ergebnisse der *Hirnforschung*, die nahezulegen scheinen, dass der Mensch seinen freien Willen bestenfalls als Illusion empfindet. Darüber wird später gesondert zu berichten und nachzudenken sein. Denn womöglich bleibt es danach dennoch bei dem alten Meinungsstand.

## II. Einzelnes: Evidenz der Willensfreiheit, Arten der Willensfreiheit, philosophische Ansätze, Gut und Böse

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 methodischer Sicht allerdings ohne hohe eigene Aussagekraft. Ob es der Evidenz dann gleich am Rang einer „Erkenntnisinstanz" fehlt,[909] soll offenbleiben. Evidenz meint das Augenscheinliche und bietet dem Wissenschaftler nur, aber immerhin 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 die Erde wirkt auch zunächst als eine Scheibe.

Treten *Zweifel* auf, sind im Dialog *existentielle Fragen* zu beantworten, die konkrete Auswirkungen auf unser Selbst-, Gesellschafts- und Weltbild haben, so reicht Evidenz zumindest dann allein *nicht* aus, wenn sie in einer rationalen Kultur gestellt werden und deshalb nach einer *rationalen* Begründung verlangen.

---

909 Grasnick, Schuld, 1987, 130 ff.

Auch kann in der deutschen Demokratie nicht der bloße Hinweis auf einen *sozialen Verfassungskonsens* die Frage des einzelnen nunmehr verurteilten, aber immer noch *würdigen Menschen* und *Mit-Demokraten* überzeugend beantworten, weshalb er denn aufgrund eines Schuldstrafrechts bestraft werde, wenn dessen Grundlage aus der vorherrschenden *wissenschaftlichen* Sicht zumindest als *unsicher* gilt. Diese Aussage 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 *biologischen* Bedürfnisse gehört, ist ein außerordentlich starker.

*Evident* sind vielmehr die These von
- der *Nichtbeweisbarkeit* der Willensfreiheit und damit auch die These von
- der *Nichtnachweisbarkeit der Fremdbestimmtheit* des Menschen.

Diese Evidenz gilt zumindest nach dem alten Meinungsstand und auch weiterhin dann, wenn die Hirnforschung doch keinen -zumindest keinen mit neuer Evidenz begründbaren- Umsturz bewirken kann.

2. *Arten der Willensfreiheit.* Zunächst gilt es, die *Willensfreiheit* näher zu beschreiben. Wie bei jedem großen Begriff lassen sich verschiedene Sichtweisen und die dazu gehörigen Unterbegriffe zu unterscheiden:

- So ist es möglich, (a) die *innere* Willensfreiheit und (b) die *äußere Handlungs*freiheit voneinander zu trennen.[910] Beide gehören jedoch (c) über „die Freiheit der Entscheidung zu handeln“ zusammen.[911]

- 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.

910 Aus philosophischer Sicht: Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 25 f. m.w.N.

911 Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 16 („Handlungs-/ Entscheidungsfreiheit: das geläufige Verständnis“).

- Ferner sind zwei grundsätzliche Sichtweisen der Willensfreiheit zu trennen, (a) die idealistische, absolute, vernunftorientierte, etwa als kreative Entwicklung der höchsteigenen Persönlichkeit und (b) eine pragmatische triebregulierende Sicht als Fähigkeit zur Selbstbeherrschung.

3. *Philosophische Schlaglichter*. Nach *Kant* bedeutet Willensfreiheit idealistisch, „*eine Reihe von Begebenheiten ganz von selbst anzufangen*."[912] 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*"[913].

Aber auch *Kant* sieht, dass die „*Antriebe der Natur ... Hindernisse der Pflichtvollziehung im Gemüt des Menschen und (zum Teil mächtig) widerstrebende Kräfte enthalten*"[914]. Frei verhalte sich ein dann moralisches Subjekt ohnehin nur, wenn es sein jeweiliges Verhalten zur allgemeinen Handlungsmaxime erhöbe. 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 folge.[915]

*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 voraussetzte*"[916]. 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,*

---

912 Kant, r. Vernunft, 1781, AA V, 562; wörtlich Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 27; ebenfalls und zustimmend bei Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 440; Haeffner, Anthropologie, 2000, 129 ff. Rn 193 ff.; zudem Wolff, Kausalität, 1965 , 57.

913 Schopenhauer, Preisschrift, 1839/1988, 366; Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 26. Vgl. auch Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 118. Zudem: Hotz, Schopenhauer, ZStW 2019, 156 ff. (Arthur Schopenhauers Strafrechtsphilosophie"- die (folglich) einen generalpräventiven Ansatz nutzt).

914 Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI 509; siehe dazu auch Müller, A., Verhältnis, 1996 , 57; Stratenwerth, Anfragen, 1998, 495 ff., 497.

915 Dazu: Schild, W., Strafmaßnahme, 1989, 429 ff., 436.

916 Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 28 unter Hinweis auf Chisholm, Freedom, 1982, 24 ff.; Inwagen, Incompatibility, 1982, 46 ff.; Strawson, G., Consciousness, Inquiry 1989, 3 ff.; siehe auch Walter, H., Neurophilosophie, 1998 , 316 ff.

*und wenn man eine so schöne Tat sich selbst, und ein schimpfliches Versagen dagegen den Lockungen der Lust zu schreibt*“.[917]

Mit Freiheit ist also *nicht* totale oder auch unbedingte Freiheit gemeint, wie der Philosoph *Bieri* in seiner Freiheitsschrift 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“*.[918]

Anders gewendet, wer die Freiheit absolut setzt, der wird auch 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.

Der praktische Philosoph *Nida-Rümelin* geht auf den Naturalismus zu und spricht von der „*Freiheit als naturalistische Unterbestimmtheit von Gründen“*, gemeint sei sie als Freiheit „*in diesem schwachen Sinne der Metaphysik*“.[919]

4. *Strafrecht.* Das auch im Strafrecht verwendete Modell bildet das pragmatische der S*elbstbeherrschung*, einschließlich der Selbstbeherrschung der inneren Antrieben. Diese Sicht birgt allerdings das Dilemma in sich, dass die Unrechtstat infolge der Nichtbeherrschung der niederen Beweggründe auch mit *Kant* bedeuten könnte, in concreto fremdbestimmt gehandelt zu haben. Deshalb ist feinsinniger von der „*Beherrschbarkeit*“ im Sinne des „Anders-Handeln-Könnens“ zu sprechen[920].

---

917 Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1110b; Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 117.

918 „Das Handwerk der Freiheit: Über die Entdeckung des eigenen Willens“: Bieri, Handwerk, 2003, 232; aufgegriffen 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.

919 Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff., 25, zudem: Nida-Rümelin, Reasons Account, ARSP 2019, 3 ff. („The Reasons Account of Free Will. A Libertarian-Compatibilist Hybrid”).

920 So etwa Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff., 335.

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, abhängig[921]. Aber auch wer (c) wie *Rath* auf die *Wechselwirkung* von allgemeiner Willensfreiheit und besonderer Handlungsfreiheit verweist[922], 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. Handlungsgebote sind selten und bilden die Ausnahme, vgl. § 13 StGB. Deshalb zielt der Schuldvorwurf durchweg auf ein bestimmtes *ethisches Nichthandeln*. Der Täter hätte sein rechtswidriges Tun unterlassen können und sollen.

Es genügt danach also, diese Willensentscheidung für die Unrechtstat *nicht* zu treffen. Ethische Handlungspflichten, die die Idee von der *Autonomie* des Menschen ansonsten bestimmen, blendet das Recht -in der Regel- 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*", wie bei den Unterlassungsdelikten.[923]

Auch die Art des Vorwurfs, der gegenüber dem Täter zu erheben ist, weist 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 entschieden zu haben.

Absichtlichen Rechtsbruch und „Finalität" beschreibt der erste Vorwurf, bloße Fahrlässigkeit in Form eines Unterlassens beinhaltet hingegen der zweite.

5. *Wille zu Gut und Böse*. Herkömmlicher Weise reicht die Freiheit des Willens allein nicht aus, er muss auch darauf gerichtet sein können, zwischen Recht und

---

921 Vgl. Höffe, Lexikon, 2008, „Freiheit", 76; Haeffner, Anthropologie, 2000, 131 Rn 196, sowie Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 441.

922 Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 441 f.

923 Zur Trennung dieser beiden Freiheiten, wenn auch ohne diesen Rückschluss auf das Strafrecht Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 442 f.

Unrecht und minimalethisch zwischen Gut und Böse zu unterscheiden und danach seinen freien Willen auszurichten.

Das freie Geistige allein reicht nicht, es muss das *Sittliche* hinzukommen. Die eigene Moral eröffnet dem Freien eine Selbstbindung der Freiheit. Die Moral kann auch in (freier) Akzeptanz der jeweiligen Sozialmoral bestehen. Die dann immerhin verinnerlichte Moral bietet dem Freien den von der eigenen Vernunft getragenen normativen *Rahmen* für sein Verhalten. Er muss nicht ständig erneut darüber nachdenken. An die eigene Moral, vor allem die akzeptierte Sozialmoral, weiß sich der Freie aber nicht zwingend gebunden. Er kann und wird vor allem auch auf rechtfertigende oder entschuldigende Ausnahmen für sich und seine Lage setzen oder er wird sein Recht dazu, offen von seiner Macht ableiten, es zu tun zu können, „weil ich es kann".

Schon *Aristoteles* und die *Genesisgeschichte* der Bibel verweisen auf die Unterscheidung von Gut und Böse. Auch das *Bundesverfassungsgericht* sieht den Menschen als „geistig-sittliches" Wesen. Selbst die westliche angloamerikanische Rechtskultur, die einen *metaphysischen* Ansatz vermeiden will und vor allem auf die *Nützlichkeit* abstellt, fragt im Prozess danach, ob der Angeklagte sich schuldig bekennt. Sie leben überdies, wie schon angemerkt mit starken *staatsfreien* Kirchen, die von Gut und Böse, Schuld und Paradies predigen. Dabei gehört zum Guten auch die Einhaltung des (möglichst allgemeinen und schon deshalb gerechten) *Rechts*. Zum *ethnologischen* Menschsein zählen überdies immer auch die *Religionen* und nunmehr auch deren Säkularisierung. Auch *Kant* hat noch zwischen der Moralität des Einzelnen und der Legalität getrennt.

Die vor allem deutsche Metaphysik der unantastbaren Menschenwürde, die den alten Seelenbegriff fortführt, ist also zwar für ein staatliches Recht an sich nicht zwingend. Aber ein Strafrecht, das empathisch *Menschen* im Sinne der Menschenrechte straft und das zwar auch, aber *nicht nur*, Rechtsträgern bestimmte Freiheitsrechte nimmt, kommt ohne die private Rechts-Moral im Sinne von Gut und Böse oder Schuld und Sühne nicht aus. Auch die Parallelwertung in der Laiensphäre, die wir für das Unrechtsbewusstsein des Täters einfordern, verlangt nicht nur grobe Rechtskenntnis, sondern auch eine eigene Moral. Diese Art von *Autonomie* begründet auch die Demokratie.

Nur setzt auch die Freiheit „zum Guten und zum Bösen" die Willensfreiheit voraus.

6. *Fazit*. Insgesamt stellt sich der vorherrschende (alte?) 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*“[924].

## III. Diskussion und Mittelwege: Vereinigungstheorie; Sonderlehre der abgestuften Freiheit: Denken, Entscheiden, Handeln; Verhaltensmuster-Psychologie; „staatsnotwendige Fiktion“ (*Kohl-rausch*)

1. *Diskussion.* Aus erkenntnistheoretischer Sicht spricht die Idee der strikten Trennung von Sein und Sollen dafür, dass die Willensfreiheit als *Wertung* überhaupt nicht *empirisch-naturalistisch* nachweisbar ist und sein kann. Dies reicht der idealistischen Philosophie aus. Anders wirkt aber die Begründungsart, auf der die klassischen Naturwissenschaften bestehen. Sie kennen eigentlich *nur* den Naturalismus. Der Mensch ist ein Naturwesen und muss deshalb allein deren Gesetzen unterliegen.

Danach *kann* man vielleicht, muss man aber nicht, die Ansicht vertreten, dass die Schuldstrafe nicht trägt, weil sie schon anerkanntermaßen *nicht empirisch* zu begründen sei. Aber vielleicht existieren andere „gute Gründe“.

Man sollte erst einmal weiterfragen und überlegen:

- Ob formalistische Erwägungen zur *rechten Methode* der Begründung wirklich zur *Verweigerung* der Suche nach *allen* einsichtigen Gründen führen sollten.

- Immerhin führt die Willensfreiheit zu den Freiheits- und Menschrechten und zur Demokratie. Sie behielten wir gern.

- Vor allem ist auf der empirischen Ebene die *Gegenfrage* zu beantworten, ob denn der *Determinismus* überhaupt auf der *Seinsebene* begründbar (!) ist. Wie sieht es mit der Chaostheorie und der Quantenphysik [925] aus oder dem Umstand, dass alles und auch jedes Sandkorn individuell ist. Er eröffnet sich danach und im Gegenschluss nicht doch der Weg zu einem *Bekenntnis* zur Willensfreiheit*?*

924 Schmitz, Legitimität, 2001, 22

925 Zum Freiheits-Argument der Quantenphysik siehe auch Kieser, Freiheit, 2012, 53 ff. („willkürliche“ Bahnabweichung der Atome?“).

2. *Mittelweg der Vereinigungstheorie.* Ein weiteres Indiz für die *Nichtbeweisbarkeit* und auch deren faktische Akzeptanz im Recht beschreibt die *Vereinigungstheorie* selbst:

Dem Dilemma der *Nichtbeweisbarkeit* der Willensfreiheit tragen bei näherem Hinsehen schon einmal die beiden Hauptansätze der Vereinigungstheorie Rechnung. Das Prinzip des gerechten *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.[926]

3. *Abgestufte Freiheit: Denken, Entscheiden, Handeln*. *Meines Erachtens* bietet es sich an, den *Umfang der Freiheit* des Menschen aus der Sicht der geisteswissenschaftlichen Anthropologie -zumindest- pragmatisch und grob mit einer Dreiteilung abzustufen:

- *Frei*, so weit als möglich, ist der Mensch im *Denken* und *Phantasieren*,

- *halbfrei* ist er im fast neutralen Urteilen im Sinne von rationalen *Entscheiden* (rational choice), allerdings binden ihn auch die Sachverhalte und sein Mitfühlen,

- und im eigenen *Handeln* agiert er *ganzheitlich*, er fühlt sich selbst bereits als impulshafte Einheit von „Körper, Seele und auch Geist".

*Verhaltensmuster-Psychologie*. Auf die *psychologische* Ebene herunter gebrochen, ergeben sich aus dem ersten *freien Denken* bei häufiger Wiederholung dann *Denkmuster*. Denkmuster führen zu *Verhaltensmustern*. Sie wiederum kanalisieren zumindest das *alltägliche impulsive* Verhalten. Damit erschaffen sie das Vertrauen „in sich selbst", und kräftigen das „Selbst". Sie engen es aber auch ein.

926 Zur Trennung zwischen weichem und hartem Determinismus siehe Kargl, Handlung, 1991, 173 ff. (m.w.N.).

Extremsituationen und das Erleben des eigenen Verhaltens in ihnen, führen folglich auch zur Bedrohung für die Psyche, etwa als posttraumatisches Stresssymptom.

Aber wer, um auf der psychischen Ebene zu bleiben, besondere Stressbereitschaft hat, Stress (als Kick) braucht, der wird eingeübte übliche Verhaltensmuster sprengen. Ebenso verhalten sich die besonders phantasievollen Jungerwachsenen, deren Denk- und Verhaltensmuster sich noch nicht verfestigt haben.

Die *Muster* helfen in einem gewissen Maße, das Gewicht und die Ausprägung unserer *Motive* mit zu steuern. Aber wegen dieser Gemengelage von auch unbewussten[927], Motiven, die ein konkretes *körperliches* Tun auslösen, gibt es vermutlich *keine klare Handlungsfreiheit* im engen Sinne.

Aber der Freie kann, individuell und mit anderen, *anschließend* über sein Verhalten „*nachdenken*". Er greift aus dem Fundus seiner oder der kollektiven Erinnerungen und Erfahrungen mögliche Vergleichsfälle heraus, er sieht dabei neue oder alte *Muster*. Für die Zukunft kann er fragen: Was würden sie als allgemeine *Maxime* im Sinne von *Kant* bedeuten, gibt es für mich und Meinesgleichen andere Sondergründe und Extramuster oder aber handelt es sich um Neues, für das *Denkmuster* gefunden werden müssen? Dabei entsprechen die naturalistischen Denkmuster den „Ideen" und Verhaltensmuster bilden „Normen"

Diese Begrifflichkeit verwendet auch *Jakobs* mit seinem systemtheoretischen Ansatz, wenn er, ein wenig übertreibend, erklärt, es bestünde für „die Menschen" die „Notwendigkeit sicherer Normgeltung".[928] Das gelte für ihren „Umgang mit der Umwelt" ebenso wie bei ihren -hier allein interessierenden- „sozialen Kontakten". Der Mensch erwarte ein bestimmtes normgerechtes Verhalten. Bei Delikten folgert er: „*Die Orientierungsmuster des Enttäuschten müssen überprüft werden".*

Diese Verhaltensmuster gibt jeder sich selbst „*autonom",* und sei es auch nur, dass man sie zuvor als Kind erlernt hat und sie danach für sich selbst als Erwachsener nicht nur bestätigt, sondern sie auch *für sich* und mit ihnen auch sein Selbst (-Bild) ausformt. So kann man sich auch selbst enttäuschen oder sich mit Innovationen überraschen und erfreuen.

---

927 Dazu auch Koch, A. F., Unbewusstes, 2007, 57 ff. („Unbewusstes und Willensfreiheit") im Sammelband „Sigmund Freud. Die Aktualität des Unbewussten".

928 Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn. Rn 4

Dabei achten wir zwar immer auch auf mutmaßliche Wertungen und Ansichten unserer Nächsten, verhalten uns sozusagen auch in der Regel „schwarmkonform". Aber in Anlehnung an *Hegel* ist selbst abgenötigtes Verhalten noch mit von einem eigenen *Willensimpuls* getragen. Wichtig ist aber auch, dass das freie Nachdenken zugleich die trotzige *Negation* des Alten mit umfasst oder umfassen kann.

Die Neugier, als die „Sucht" nach Neuem, balanciert das Bewahrende eines „Musters" aus, und Neugier ist unabdingbar. Denn schon jeder Einzelfall ist konkret (einmalig, individuell). Jedes Muster entstammt durch die notwendige Typisierung und sprachliche Symbolisierung einer Abstraktion, die *verfremdet* und die hoch komplexe Wirklichkeit nur rekonstruiert. Muster müssen also ständig überprüft angepasst werden. Hinzu kommt, dass es nicht nur um das *einzelne* Verhalten geht, sondern der Mensch auch die „Muster" der Welt (der Gesellschaft und seines Selbst) sucht, und was sie mit *Goethe* „zusammenhält". Er forscht nach den Gesetzen.

Bekräftig aber das Nachdenken die alten Muster (Ideen und Normen) im Wesentlichen, so verbreitert und vertieft dieser *innere Denkakt* die alten Denkmuster und ergänzt sie nunmehr um einen neuen Sachverhalt. Im Gehirn funkt es ständig im Netzwerk und nach dem Modell des langsam mit der Zeit verschneienden Trampelpfades gilt: Jede erneute Nutzung desselben Denkpfades vertieft ihn wieder.

Über die Paarung von freien Denk- und ganzheitlichen Verhaltensmustern kann der Mensch vorher *planen* und sein konkretes Tun nachher beurteilen, es 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* gegen sich selbst einlegen und vom Versuch zurücktreten, § 24 StGB. Diese Deutung eröffnet dann die *Minimalebene* der Freiheit als Teil eines immer noch weitgehend deterministischen Handlungsverständnisses.

Die phantasievolle *Fiktion* und auch noch ein *rationales Planen* gelten uns jedenfalls als Ausdruck der *Willensfreiheit.*

4. *Staatsnotwendige Fiktion*. Wer schließlich Freiheits- und Menschenrechte sowie die Demokratie will, für den gilt *hilfsweise* immer noch der berühmte Satz des Strafrechtlers *Kohlrausch*[929], der eine Folgerung aus der These von der

[929] Kohlrausch, Sollen, 1910, 1 ff., 36.

Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit darstellt: Die Willensfreiheit als „individuelles Können“ stellt zumindest eine „*staatsnotwendige Fiktion*“ dar.[930]

Sie fungiert mit *Roxin* als „*Spielregel*“.[931] Sie gilt sozialreal, so ist einzuschränken, zumindest für die westlichen Staaten und diejenigen Länder, die sich die allgemeinen Menschenrechte zu Eigen machen. Mit *Albrecht* handelt es sich um „eine die Autonomie des Menschen *respektierenden Unterstellung*, die das Funktionieren des Gesamtsystems „Gesellschaft“ ermöglichen soll.“

Der praktischen *Staats*-Philosophie für die *Kohlrausch* spricht und für die Gesellschaftssicht, die *Albrecht* wählt, genügen zwar eine Fiktion *zugunsten* der Bürgerrechte oder des Gemeinwohls. Aber das Schuldstrafrecht kann es sich nicht so leicht machen, zumindest dann nicht soweit mit ihr Gefängnis-Strafen *begründet* werden. Deshalb versucht auch etwa *Roxin* in seinem vorrangig präventiven Konzept der Strafe, die *Schuld* nur zur *Limitierung* der Strafe, aber *nicht* zu ihrer Begrünung einzusetzen.

5. *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 eine Willensfreiheit, die als *Handlungsfreiheit* gemeint ist, nicht nachweisbar ist, aber *unterstellt* wird.

Zudem zeichnet sich ein *weiterer* pragmatisch-rechtlicher Ausweg ab. Die höchstpersönliche Handlungsfreiheit kann dann *kulturell unterstellt* werden, wenn sie *nicht* der *Strafbegründung*, sondern nur der *Strafmilderung* dient.

---

930 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.)

931 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 Freiheitsrechtsrechte: Albrecht, Freiheit, 2011., 70 (Hervorhebung im Original).

## IV. Argumentative Beweislast; Plausibilität (*Zippelius*)

1. Bedeutsam wird somit die an sich nachrangige Frage der *Beweislast*. Wer etwas behauptet, es also als die Wahrheit für etwas beansprucht, der muss es beweisen, so lautet die Grundidee. Also müssen beide Seiten, die für etwas streiten, ihre Ansätze bewiesen.

Gelingt beiden Parteien dies nicht, so kann man fragen, wer denn „im Zweifel" die argumentative Beweislast trägt.

Aus rechtsanaloger Sicht kann man davon ausgehen, dass die Zufügung eines *Übels* oder eines Rechtsnachteils voll nachzuweisen ist, aber die Zuerkennung eines *Nutzens* oder einer *Freiheit* nicht. Denn sie bergen die „guten Gründe" schon in sich. Danach ist die Schuldstrafe, weil oder soweit sie ein reaktives Übel beinhaltet, zu begründen.

Dies gesetzt ist noch einmal zu trennen, *für wen* muss es ein Nutzen sein, für die Gesellschaft oder für den Einzelnen oder für beide? Die strafende Verfassungsgesellschaft sieht *für sich* im Strafen einen Nutzen und sogar eine Notwendigkeit. Die Sicht des Einzelnen ist für sie zumindest nachrangig. Sie muss die Strafe auch nur sich erklären. Das belegt und zeigt sie immerhin plausibel mit den präventiven Straftheorien.

Aber aus Sicht der *Demokratie* muss die aufgeklärte Verfassungsgesellschaft zeigen, dass sie zumindest *auch* den Blickwinkel des einzelnen Bürgers einnimmt.

Eine Gesellschaft, die grundsätzlich von der *Freiheit* der Bürger ausgeht, muss zumindest auf den ersten Blick auch die *Ausnahmen* davon begründen.

Ein einfacher liberal-sozialer Weg des *Rechts* lautet zwar, dass die Freiheit als solche jedem Menschen verbleibe, aber dass jedenfalls der nationale *Rechtschutz* der Freiheit des Bürgers von *vornherein* nur einen Teil der Dreifaltigkeit von Freiheit, Gleichheit und Solidarität darstellt. Jede Bürger-Freiheit ist mit dieser *Hypothek* belastet. Die Strafe ist *danach* auch mit der Gleichheit (Gerechtigkeit) und der Solidarität (hier als Sonderopfer des gefährlichen Täters) zu begründen. Aber dieser liberal-soziale Weg ist versperrt, wenn man jedem Menschen nicht nur die Freiheit belässt, sondern auch die *rechtliche* Achtung seiner Würde einfordert und ihm deshalb auch allgemeinen Menschenrechte zuerkennt, Art 1 I, II GG.

So ist insbesondere für das deutsche Schuldstrafrecht das Problem der *Beweislast* zu erörtern.

2. Dazu bieten sich verschiedene Wege an:

(1) *Zivilprozessualer Weg*. So gilt im Recht vereinfacht eine zivilprozessuale (und damit auch rechtsmethodische) Vorstellung. Jeder, der einen Anspruch (und auch sonst eine jede Idee) durchsetzen will, hier also seinen *Strafanspruch* geltend machen will, trägt die *Beweislast* für die, hier die Strafe, *begründenden* Umstände.

Der Täter muss danach 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 betroffenen Rechts- (oder dem Vernunft) - Subjekt 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 jedenfalls nicht mehr aus.

Aber der *Verzicht* auf Strafe oder die *mildere* Strafe müssen zumindest nicht in gleicher Weise begründet werden. Er muss dann nur allgemein gelten und den *demokratischen Konsens* finden.

(2) *Materieller Weg des ausschließlichen Nutzens*. Auf der Ebene der Verfassung bringt das Bild vom im Willen freien Menschen dem Einzelnen die Grund- und Menschenrechte ein, also Vorteile. Dass die Gesellschaft ihren Mitgliedern Freiheitrechte per Fiktion zuteilt, ist also sinnvoll, zumal dann, wenn ihre Existenz von vielen behauptet oder geglaubt wird. Außerdem ist die Idee der Freiheit eng mit der Vernunftidee und der Aufklärung verbunden. Dass das moderne Menschenbild zugunsten der Bürger- und Menschenrechte als ein Axiom gesetzt werden kann, leuchtet also ein.

Aber die Idee der Willensfreiheit dient der Gesellschaft für das Tatschuldstrafrecht zur Begründung der Sanktionen, jedenfalls nach weit

vorherrschender Ansicht. Die Willensfreiheit wird -danach- im Strafrecht *zu Lasten* des Verurteilten fingiert, und zwar nicht einmal offen. Denn sie wird als ein angebliches Faktum zugrunde gelegt. Ohne Nachweis der Willensfreiheit darf es danach also keine Schuldstrafe geben. Dieser Weg trägt also nicht weit.

(3) *Materieller Weg des überwiegenden Nutzens*. Man kann aber auch erklären, dass es für die Verteilung der Beweislast ausreicht, wenn ein *gesamtes Rechtssystems* mehr Nutzen als Nachteile für den einzelnen Straftäter bringt. Dahinter steht die liberale Folgerung, das heißt, wer die Rechtsvorteile der Verfassung genießt, der wird sich auch mit dem relativ geringen Rechtsnachteil des Schuldstrafrechts abfinden. Das trifft zumindest schon einmal für die *Geldstrafe* und die zur *Bewährung ausgesetzten Schuldstrafe* zu. Für diese Strafen reicht es -danach- eindeutig aus, die Willensfreiheit zu fingieren.

(4) *Vorzug des Schuldstrafrechts gegenüber der Alternative des Maßregelstrafrechts*. Wenig herangezogen wird der an sich naheliegende Vergleich mit der *Alternative* eines reinen Maßregelstrafrechts. Die Schuldalternative lautet im Extremfalle für den Mord, dass der Täter gemäß §§ 211, 57a StGB 15 Jahre (oder bei schwerer Schuld 15 Jahre „plus“) aufgrund des humanen Schuldstrafrechts abzubüßen hat, wobei er zudem im Vollzug einen Anspruch auf Resozialisierungsmaßnahmen aufgrund seiner Menschenwürde hat. Die nötige Willensfreiheit des Täters ist dabei aber nur fingert und nicht nachzuweisen.

Die Alternative lautet aber hier nicht etwa analog zum Zivilprozessrecht, Verzicht auf den Anspruch, hier den Strafanspruch. Vielmehr erwartet den Täter stattdessen ein reines general- und individual-präventives Maßregelstrafrecht im Sinne der Sicherungsverwahrung, mit dem Ziel der *reinen sozialen Verteidigung* und *ohne die Achtung der Menschenwürde*, zumindest nicht im Vollzug. Der Täter unterliegt dann also einer Art von (altem) besonderen Gewalt- und Grundrechtsstatus. Wie dann die Grund- als Freiheitsrechte in der übrigen Gesellschaft gelten können, dort dann zugunsten der Menschen fingert, bleibt zumindest offen.

Vermutlich *überwiegen* -danach- die Vorzüge des Freiheitsentzuges aufgrund des Menschenwürde-Schuldstrafrechts gegenüber der Alternative eines *rein* präventiven Maßregelstrafrechts. Mehr noch: Ein klassisches Bürgerschutzstrafrecht, das gegen den staatlichen Machtmissbrauch gerichtet ist (§ 1 StGB, Art. 103 II GG) würde das reine Maßregeln-Strafrecht dann auch nicht mehr erfordern. *Prognosen* und *dringender Tatverdacht* reichen zu Prävention aus. Die strafrechtlichen Bürger-Freiheits-Rechte und die Idee der Willensfreiheit sind kaum trennbar miteinander verbunden.

Der Hinweis auf die realen *Alternativen* -innerhalb eines Rechtstaates- ist von erheblicher Überzeugungskraft.

*Rechtsvergleichend* und hoch vereinfacht lauten die drei Alternative zum deutschen Schuldstrafrecht überdies: sozialistische Umerziehungslager oder streng liberaler Verwahrvollzug mit der Möglichkeit der Todesstrafe aus Gemeinwohl-Gründen. Im weiteren Angebot ist noch die *wilde Selbst- und* Lynchjustiz in einem zerfallenen Staatswesen.

Die Fiktion der Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht erweisen sich zumindest gegenüber diesen drei *Alternativen,* und zwar selbst für den Mordtäter, als ein Vorzug. Geboten ist -danach- also nicht der Nachweis, dass die Willensfreiheit existiert.

(5) *Plausibilität als Anscheinsbeweis*. *Zippelius* begibt sich ebenfalls auf die Beweisebene, verlangt aber den Gegenbeweis: Jedenfalls die *Plausibilität der Existenz der Willensfreiheit,* 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.[932]

Eine solche Art von *Anscheinsbeweis* im zivilrechtlichen Sinne verfügt zwar über ein argumentatives Gewicht, er passt auch zum Evidenzargument und ist vermutlich ehrlicher. Er räumt aber ein, dass die Schuld als Grundlage der Schuldstrafe nur „plausibel", jedoch nicht nachweisbar ist. Dies passt nicht recht im hoheitlichen Bereich. Wir müssen von der Schuldidee -wenigstens kulturell, also im Sinne eines Würde-Glaubensdogmas- schon *fest überzeugt* sein, um die gesetzliche Strafe (auch) auf sie gründen zu können. Zu verlangen ist deshalb etwa in Anlehnung an § 261 StPO, die hohe *Wahrscheinlichkeit* und die persönliche, hier *kollektive Überzeugung* des Rechtsgebers.

Allerdings erhält die einfache „Plausibilität" anstelle von Evidenz wiederum mehr Gewicht, wenn man umgekehrt auch davon ausgeht, dass die Freiheit, also der Indeterminismus, mit den *deterministischen* Methoden der Naturwissenschaften schon logisch nicht nachweisbar sein kann.

3. *Kritik:* Man kann aber auch schon der Frage nach der Beweislast grundsätzlich entgegentreten.

*Nichtbeweisbarkeit von Normen*. Die Frage nach der Beweislast stellt sich formal *nicht* für diejenigen, die etwa mit *Lenckner* und *Eisele* erklären, die

---

932 Zippelius, Recht, 1996, 373 f., u. Hinw. auf Hartmann, Ethik, 1925, Kap. 76-80, und Scheler, Formalismus, 1913/16, 385.

Freiheitsfrage sei durch eine „*gesellschaftliche Entscheidung hinreichend legitimiert*“ und deshalb folgern, es handele sich um eine normative Frage, für die es „*eine Beweislast vernünftigerweise nicht geben*“ könne.[933] Das trifft insofern zu, als klassischer Weise *Sachverhalte* zu beweisen sind und nicht Normen. Aber die Schuld gilt uns im Recht als ein Faktum, vgl. §§ 17 bis 21 StGB.

Allerdings gründen die Autoren ihre Ansicht auch auf die Vernunft. Sie halten damit andere Ansichten also für unvernünftig, sie brechen somit die Diskussion ab. Auch fügen sie gleich an, 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“.*[934].

Aber danach wäre die *Gesellschaft letztbegründend* und sie könnte bestimmen, ob es für sie Willensfreiheit gibt oder nicht. Das mag inhaltlich zwar zutreffen. Aber dann wäre die Gesellschaft oder sogar ihr *kollektiver „freier“ Wille* als der eigentliche Grund für die Schuldstrafe anzusehen und es wären etwa auch Recht und Gerechtigkeit *rein* positivistisch und ohne Minimalethik im Recht zu deuten.

Man mag es nicht Beweislast nennen, aber eine Abwägung der „guten Gründe“ sollte und muss in einer aufgeklärten Rechtskultur stattfinden.

*4. Fazit*. Es gibt also zunächst einmal eine Reihe von *Abwägungen*, die eher für den Vorrang der Schuldstrafe sprechen. Über sie ist noch einmal auf der höheren Ebene der Erkenntnistheorie nachzudenken. Was ist uns überhaupt an Begründungen möglich?

## V. Letztbegründung, Paradoxie und Konsens der Vernünftigen

1. *Dogma als Letztbegründung.* Man kann mit der *Erkenntnistheorie* einräumen, dass bei der Willensfreiheit, die eng mit der Vernunft des Menschen verbunden ist, eine *Letztbegründung* angestrebt ist, die es gar nicht geben kann. Nur eine Art von *Erleuchtung* oder auch *Evidenz*, dass es die Willensfreiheit des Vernünftigen Menschen gibt, ist *insofern* denklogisch möglich, so wie es das *Bundesverfassungsgericht* es mit den Worten behauptet*:* Der Mensch „ist“ ein

933 Lenckner-Schönke/Schröder, 1997, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 110. Eisele-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. §§ 13 ff., 110.

934 Lenckner-Schönke/Schröder, 1997, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 110. Eisele-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. §§ 13 ff., 110.

geistig-sittliches Wesen. Aber ein echter Nachweis sei für die sogenannte Letztbegründungen gar nicht zu erbringen.

In der Tat, jedenfalls für *Letztbegründungen* kann es methodisch und im Sinne des *Münchhausen-Trilemma* nur den (a) Trilemma-Rang eines bloß anerkannten *Dogmas* geben[935], wenn man denn die anderen beiden Trilemma-Alternativen vermeiden möchte, (b) die *zirkelschlüssige* Begründung oder (c) ad absurdum gedacht die ewige Suche (den infiniten Regress) nach den „Gründen der Gründe" betreiben will. Denn gäbe es tieferliegende „Gründe für diese Gründe", wäre es keine Höchstidee. Aber dass der Mensch für den Menschen ein vernünftiges Wesen ist, erscheint ihm, weil er selbst dies schon denkt, schon offenkundig. Es bildet ein übermächtiges *Axiom*. Auch Gott kann man nicht beweisen.

Wer dagegen die *Natur* als Höchstinstanz ansieht, kann den Menschen ihr unterwerfen. Aber ist die Natur nicht auch vom Geist derjenigen Gesetze bestimmt, die sie sich autonom entwickelt hat? Danach geht es also um den edlen Streit zwischen dem *Auch-Idealismus* und dem *Nur-Naturalismus*, die *beide* ihre Grundlagen als Letztbegründungen ansehen und diese nicht mehr beweisen können. Mit der Idee der Autonomie des vernünftigen Menschen oder der Selbstevolution der Natur betreiben beide Seiten zusätzlich eine Art von *zirkelschlüssiger* Rechtfertigung, in der sich beide auch noch recht ähnlich sind.

Man kann aber auch die Idee der *Letztbegründung negieren* und stattdessen pragmatisch vorgehen. So erklärt der Rechtsphilosoph *Pfordten*[936], es gebe zwar Begründungen von Prinzipien, aber keine Letztbegründungen.

Er argumentiert zudem mit der Erwägung, dass der *kantsche* Verallgemeinerungstest nicht zwingend eine weitere Abstraktion verlange. Auch müssten bei der Freiheit wegen ihrer fundamentalen Bedeutung Gegenbeweise verlangt werden. Ohne *Nachweis eines Widerspruchs* im Rahmen des Verallgemeinerungstestes sei deshalb die Handlung nicht verboten. Insofern könne man *„Kants Verweis auf ein „Faktum der Vernunft" und das „moralische Gesetz in mir" vielleicht als einen derartigen Vorschlag zur Lösung des Münchhausen-Trilemmas verstehen… (Kant, 1788, 34, 161)".*

---

935 Aus der Sicht der selbstkritischen Erkenntnistheorie: Albert, Traktat, 1980, 13 ff.; vgl. auch: Albert, Wissenschaft, 1982, 9 ff., 58 ff. Zur (zirkelschlüssigen) Selbstbezüglichkeit der Struktur einer Letztbegründung: Apel, Letztbegründung, 1976, 55 ff.; Kuhlmann, Letztbegründung, 1985, unter anderem 82.

936 So aus der Rechtsphilosophie: Pfordten, Kohärenz, 2012, 111 ff.,112 f.

Dann allerdings nimmt die praktische Vernunft den Rang der Letztbegründung ein. Vernunft aber setzt die *Freiheit des Denkens* voraus.

2. Ein anderer Weg ist zwar gewiss, sich schlicht für solche Fragen mit einer forensischen *Konsenstheorie* zu begnügen, die sich zudem im Groben dem Ergebnis eines idealen Dialoges annähern. Dann allerdings ist es der Konsens, und zwar der *Vernünftigen* in einer bestimmten an Vernunft ausgerichteten *Gesellschaft,* der Wahrheiten hervorbringt.

Das Begründen versagt also bei Höchstideen und endet häufig in *Dogmen*, die den Rang von weltlichen *Glaubenssätzen* einnehmen. Aber in einem a*ufgeklärten Staatswesen* bietet es sich dennoch an, zumindest vorher die *möglichen* Gründe aufzureihen und abzuwägen.

3. *Paradoxie*. 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. Ein fiktiver Vertreter eines (fiktiven) wilden „Naturrechts", etwa im Sinne des Darwinismus, kennt solche Probleme nicht, was nicht heißt, dass er sie nicht haben müsste, wenn er denn nachdächte. Denn für ihn gelten statt der Vernunft die Natur und die angeblich faktische Existenz ihrer Naturregeln als höchster Gesetzgeber und letzter Grund.

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 s*chwarmähnliche Allgemeinheit* und nicht einmal für ihn, den Strafenden selbst. 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.

Aber der deterministische Einheits-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[937]) allein kausal oder auch

937 Prigogine, Sein, 1988 („Vom Sein zum Werden. Zeit und Komplexität in den Naturwissenschaften"); zudem: Ziemke, Selbstorganisation, 1991, 25 ff., („Selbstorganisation und transklassische Logik, in: Selbstorganisation. Jahrbuch für Komplexität in den Natur–, Sozial– und Geisteswissenschaften, Band 2, Der Mensch in Ordnung und Chaos"), 25 ff.; Jantsch, Selbstorganisation, 1986, („Die Selbstorganisation des Universums. Vom Urknall zum menschlichen Geist"), etwa 236. Aus sozialwissenschaftlicher Sicht zusammenfassend: Jung, Self-organization, 2010, 1364 ff., 1364 ff.

zufalls-chaotisch[938] zu erklären seien, alles Normative sei Illusion. Zum andern gilt es im Konkreten darum, dem Täter aufzuzeigen, dass er -mit den Begriffen von *Eisle*[939]- hätte „Anderswollenkönnen" und deshalb auch „Andershandelnkönnen".

Jedenfalls 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".

4. *Weitere Diskussion.* 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 des Menschen.

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 Strafidee betreffen.

Der starke Bezug auf die „Gesellschaftsordnung" belegt schließlich, dass es sich insoweit 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 *Individualethik* verdrängt: Nach ihr aber begreift sich der Einzelne selbst als im Willen frei. Er

938 Zur 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 derzeit zu groß erscheint).

939 Eisele-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. §§ 13 ff., 110.

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 *Individualethik*, weder zur im Kern funktionalen *Gesellschaftslehre* und ihrer Idee der Selbstorganisation noch zum wertfreien Naturalismus und dessen Determinismus.

Die allgemeinen Menschrechte und die vor allem deutsche Idee von der Menschwürde stellen die zu Recht geronnene *Individualethik* dar. Eine Gesellschaft, die sich darauf und auf die Vernunft gründet, muss auch ihr Recht und vor allem ihr Strafrecht ethisch gut begründen können.

5. *Fazit.* Die Grundfrage nach der Willensfreiheit des Menschen ist also auch eine *empirische* und wird in der konsentiert rationalen und zumindest deshalb *vernünftigen* 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 auf die staatlich Souveränitätsidee auch noch 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 und auch öffentlich zu erklären hat. Sie müssen „gut vertretbar“ oder im Sinne von *Zippelius* „plausibel“ sein.

Die *wissenschaftliche* Beweislast ist davon zu unterscheiden. Sie liegt *grundsätzlich* auf Seiten *jeder Straftheorie*, die das Bild vom willensfreien Menschen als konstitutiv für das Strafen erachtet. Die *Plausibilität* reicht für sie allein nicht, sie muss wenigstens mit der festen, lies: hier *dogmatischen* „kollektiven Überzeugung“ (analog § 261 StPO) verbunden sein.

Dabei geht es auch darum, *welche Wissenschaften*, mit welchen Methoden gefragt sind. Handelt es sich vorrangig es sich um eine *empirische* und *soziologische* Frage handelt oder aber eher um eine *ethisch-normative*

Betrachtungsweise. Der „Zweck“ der Prävention folgt aus den ersten beiden, der „Sinn“ der gerechten Vergeltung aus der dritten.

Das *Recht* nimmt eine Art von *Zwischenrolle*, indem, wie bei den Tatbeständen des Besonderen Teil *Sachverhalt* festlegt und sie dann normative mit Rechtsfolgen verbindet. Das gilt auch für die Schuld, mit den Worten von *Roxin*: man könne doch sicherlich nur eine Schuld, „die es gibt und die sich feststellen lässt”, für die Frage der Strafbarkeit heranziehen.

Für das Schuldstrafrecht bleibt somit das Problem zu lösen, dass die Willensfreiheit und damit auch die Grundlage des Schuldvorwurfs eines empirischen Beweises oder zumindest eines plausiblen Konsenses bedürfen.[940]

Die praktische Vernunft oder der (alte) Konsens der Vernünftigen aber geht bei allem Streit von einem „Unentschieden“ (dem non liquet, es fließt nicht) aus. Man ist sich einig, sich *nicht klar entscheiden* zu können. Gute Gründe gibt es für beide Seiten.

Schon dieser Umstand birgt immerhin den Vorzug, dass er dem Menschen seinen eigenen „humanen“ Mittel-Platz *zwischen* den abstrakten Ideen und der konkreten Natur verschafft.

Wer deshalb dennoch nach der Verteilung der argumentativen Beweislast fragt, der kann zugunsten des Schuldstrafrechts zumindest darauf hinweisen, dass das Strafrecht in ein Gesamtrechtssystem eingebettet ist, das auch für den Täter von Nutzen ist.

Denn die sozialrealen *Alternative* zum Schuldstrafrecht lautet *nicht* auf Straffreiheit, sondern *bestenfalls* auf tatbezogenen Maßregeln der Besserung und Sicherung, verbunden mit der Behandlung als reines *Objekt* der Strafrechtspflege. Schlechtestenfalls blühen das private Recht zur Selbstjustiz oder das Sippenrecht zur wilden Rache wieder auf.

So gibt es schon einmal gut vertretbare Gründe dogmatischer Art *für* die Tatschuldstrafe. Dies ist immerhin ein Zwischenstand.

940 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.

## 3. Kapitel

## Herrschender Meinungsstand zur Willensfreiheit und zu funktionalen Alternativen

### I. Ein Dutzend Bekenntnisse zur Willensfreiheit (*Aristoteles und Kant; Welzel, Schmidhäuser, Jescheck/Weigend, gegenwärtige Rechtstheoretiker* und *Philosophen*)

1. Ein weiteres Argument bildet die *Tradition*, und hier zugleich diejenige der Abgrenzung vom *Tier*. Mit einigen Schlaglichtern sind dazu die Vorstellungen der *Befürworter* der Willensfreiheit noch weiter beleuchten und zugleich auch die deterministischen Schranken ihrer Ideen aufzeigen.

*Philosophie*. Die gesamte *westliche Zivilisation* geht von der Eigenverantwortung Menschen aus. Für die antike Wurzel der Vernünftigkeit des Menschen stehen vor allem die wirkungsmächtigen Schriften von *Aristoteles* und seine letztlich *dogmatische* Begründung. In seiner politischen Gesellschaftslehre fordert *Aristoteles* beides Positionen, die *bio-soziale* und die *ethische* Seite mit zu bedenken;

- denn der Mensch sei, wie „*die Biene oder ein anders Herdentier*“, ein „zoon polikon“.[941]
- Eine „Stimme“, also die Fähigkeit zur *Kommunikation*, sei zwar auch anderen Lebewesen eigen,
- aber der Mensch verfüge über die Sprache (logos), die dazu diene, „*das Nützliche und Schädliche mitzuteilen und so auch das Gerechte und Ungerechte und so weiter“*.

Vor diesem Hintergrund betont *Aristoteles* in seiner Ethik

„*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*“.[942]

*Kant*[943] erklärt die Freiheit mit dem Begriff der Willkür und über die Kausalität:

---

941 Aristoteles, Politik (Gigon), 2003, 1253a10 - 11253a18.

942 Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1110a, 14 f.

943 Kant, r. Vernunft, 1787, AA, III, 521.

„*Eine Willkür nämlich ist bloß thierisch (arbitrium brutum), die nicht anders als durch sinnliche Antriebe, d. i. pathologisch, bestimmt werden kann. Diejenige aber, welche unabhängig von sinnlichen Antrieben, mithin durch Bewegursachen, welche nur von der Vernunft vorgestellt werden, bestimmt werden kann, heißt die freie Willkür (arbitrium liberum) …*“

*Kant* geht also wie schon *Aristoteles* den Weg, den Menschen vom Tier abzuheben.

Der naturalistische *Einwand* lautet gemäß, nein, auch der Mensch sei ein Naturwesen und er stehe in und nicht über ihr. Allerdings ist dann zu replizieren: Dennoch ist er allein in der Lage, viele Gesetze der Natur zu erkennen. Danach erkennt die Natur also -mit dem Naturwesen Menschen- sogar sich selbst und so auch sie verfügt über eine Art von sich selbst erkennender Denkfreiheit und Vernunft.

*Kant* fügt an:

„*Die praktische Freiheit kann durch Erfahrung bewiesen werden. Denn nicht bloß das, was reizt, d. i. die Sinne unmittelbar afficirt, bestimmt die menschliche Willkür, sondern wir haben ein Vermögen, durch Vorstellungen von dem, was selbst auf entferntere Art nützlich oder schädlich ist, die Eindrücke auf unser sinnliches Begehrungsvermögen zu überwinden…“*

Kant folgert: „*diese Überlegungen aber von dem, was in Ansehung unseres ganzen Zustandes begehrungswerth, d. i. gut und nützlich, ist, beruhen auf der Vernunft."*[944]

*Kant* setzt also wie viele Philosophen vor, mit und nach ihm, auf die *Erfahrung* der Freiheit. Zudem verweist er in naturalistischer Art auf die besondere menschliche Veto-Fähigkeit zur Unterdrückung eines Impulses zur schnellen Lust-Befriedung, durch die Vorstellung auf „*entferntere Art nützlich oder schädlich*“ zu sein. Den „Delay of gratification“ im Sinne des berühmten *Marshmallow*-Test bei Kindern und Heranwachsenden[945], würden die Nur-Naturalisten erklären können. Sie würden damit etwas Gemeinsames mit den Vernunftidealisten aufzeigen, die aber ohnehin auch die Natur als eigene Welt anerkennen und dieser nur eine zweite rein menschliche *Binnenwelt der Vernunft* hinzufügen wollen.

---

944 Kant, r. Vernunft, 1787, AA, III, 521.

945 Mischel/Shoda/Peake, nature, 1988, 687 ff.

Außerdem sieht *Kant* die Freiheit ebenfalls durch die *Gesetze der Vernunft*, die allerdings selbstgesetzte Normen sind, beschränkt (übrigens dürfen auch die strafrechtlichen Urteilsgründe nicht gegen die Denk- oder Erfahrungsgesetze verstoßen), sodass es sich am Ende bei der „Freiheit des Denkens" um die *Freiheit zum eigenen Vernunftgebrauch* handelt. Mit ihr ist stets nach *Wahrheit* zu suchen, denn *Selbstdenken heißt den obersten Probierstein der Wahrheit in sich selbst(d. i. in seiner eigenen Vernunft) suchen*".[946]

So ist auch die Frage nach dem Wesen der *Wahrheit* von Fakten, mithin die Wahrheitstheorie, eng mit der Frage nach der Freiheit und der Vernunft verknüpft. Wie kann ein Richter die Wahrheit im Rahmen einer Hauptverhandlung ermitteln und wie kann er Normen weit oder eng auslegen, wenn er nicht frei und auch vernünftig zu denken vermag? Die *Richterrolle*, mit der wir etwas *abwägend* bewerten, bildet das praktische Modell, für unser Fähigkeit, zumindest auch vernünftig zu entscheiden.

2. *Deutsche Strafrechtswissenschaft.* Das Schwergewicht ist für die Straftheorie auf die Rezeption dieser Philosophie durch das deutsche Strafrechtslehre zu legen:

*Welzel*[947] folgert in den 50iger Jahren, zu „erkennen" bedeute bereits, im Willen frei zu sein. Der Satz von *Descartes*, „Cogito ergo sum"[948] liegt offenkundig seiner Vorstellung zugrunde. Diese Sicht leuchtet vielleicht ein, zeigt jedoch die Begrenztheit des Erkennen daran, dass wir an *Erkenntnisgrenzen* stoßen. So besteht zumindest seit *Kant* kein Zweifel daran, dass der Autonomie auch Grenzen gesetzt sind.

Der spanische Strafrechtler *Mir Puig*[949] begründet die Verantwortlichkeit des Menschen unter Hinweis auf *Welzel*, *Jescheck*, *Kaufmann* und andere mit *anthropologischen* Erwägungen, die letztlich dem Menschenbild *Gehlens*

---

946 Kant, Denken, 1786, AA VIII; 145: „Und so zerstört Freiheit im Denken, wenn sie sogar unabhängig von Gesetzen der Vernunft verfahren will, endlich sich selbst": Siehe auch dazu Höffe, Kritik, 2012, Erster Teil 1. 4 und 1.5.

947 Welzel, Strafrecht, 1969, 147; Welzel, Gedanken, 1969, 91 ff.; vgl. auch Waldstein, Willensfreiheit, 1978, 329 ff., 331.

948 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)*".

949 Mir, Schuldbegriff, ZStW 1996, 9 ff., 20.

entnommen sind,[950] und zwar folgendermaßen: Vergleiche man die Psychologie von Mensch und Tier, so 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 seiner Seele durch das „*Ich-Zentrum*" kontrolliere, abbaue oder unterstütze, sie je nach ihrem Sinn oder Wertgehalt lenke.[951]

Danach ist das Ich-Zentrum allerdings an die zu ordnenden *Vorgaben* der vitalen Triebe der Art- und Selbsterhaltung gebunden. Sie bilden zugleich seinen Rahmen. Wirklich frei ist der Mensch danach 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*".[952]

Eine umfassende Gegenposition zur These von der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit hat *Dreher* aufzubauen versucht.[953] In seiner Monographie „Die Willensfreiheit" hat er ebenso umfassend wie der Philosoph *Pothast* Argumente

---

950 Siehe erneut: Gehlen, Mensch, 1966, 400 ff. 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 bedürften 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.

951 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.

952 Dazu auch Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 119 f.

953 Dreher, Willensfreiheit, 1987, 337 ff., vgl. nur die Einleitung und 395 ff..

gesammelt. *Dreher* hat das Problem aus verschiedenen Blickwinkeln betrachtet, die nur mit einigen Namen anzudeuten sind. Aus dem der Philosophie sind es *Kant*, *Schopenhauer*, *Hartmann*, *Wittgenstein* und *Gehlen*, aus der Quantenphysik, *Heisenberg*[954], aus der Genetik *Monod* und *Darlington*, aus der Psychologie *Freud*.

Besonders ausführlich hat *Dreher* sich mit dem Determinismus von *Danner* beschäftigt[955]. *Danner* hatte sich insbesondere auf die psychischen Vorgegebenheiten des Menschen berufen, also einen naturwissenschaftlichen Ansatz zugrunde gelegt.

Doch lautet *Drehers* eigene *Schlussfolgerung* auch nur, Menschsein bedeute, in unserer aller Lebenswirklichkeit frei zu sein, frei zum Guten wie zum Bösen.[956] 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 werden[957]. Damit steht auch er am Ende in einer Linie mit denen, die meinen, die Fiktion vom freien Menschen auf eine sich selbst begründende *Erfahrung* oder *Evidenz* stützen zu können. *Drehers* 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 unterscheiden.[958] Er betont, metaphysisch betrachte etwa *Arthur Kaufmann*[959] die Schuld, wenn jener erkläre, Willensfreiheit sei jenseits aller menschlichen Erfahrung vom Menschenbild selbst herzuleiten.[960] Er selbst hingegen sehe im staatlichen

---

954 Zum Freiheits-Argument der Quantenphysik siehe auch Kieser, Freiheit, 2012, 53 ff. („willkürliche" Bahnabweichung der Atome?").

955 Danner, Willen, 1974, bei Dreher, Willensfreiheit, 1987, 337 ff.

956 Dreher, Willensfreiheit, 1987, 397.

957 Dreher, Willensfreiheit, 1987, 396.

958 Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 486.

959 Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 497, u. Hinw. auf Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 49 ff.

960 Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 497.

Strafen kein Bekenntnis zur Willensfreiheit „im philosophischen Sinne"[961]. 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 aus[962]. Willensschuld gäbe es nach diesem „*axiologischen*" (oder „teleologischen")[963] Schuldbegriff auch dann, wenn dieser Wille nicht im „überempirischen Sinne" als frei vorausgesetzt werde.[964]

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 habe.[965]

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.[966]

Diesen Erwägungen pflichtet auch *Krümpelmann* bei, der sich ausführlich mit der individuellen strafrechtlichen Schuld beschäftigt hat.[967] Auch *Frister* meint, die Willensfreiheit sei eine „*Bedingung praktischen Handelns und Erlebens*" des Menschen.[968]

*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*".[969] *Gössel* erklärt, die Fähigkeit zum Anders-

961 Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 498.
962 Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 498.
963 Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 499.
964 Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 499.
965 Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 496.
966 Bockelmann, Willensfreiheit, ZStW 1963, 372 ff., 384; Bockelmann, Kritik, 1976, 1 ff.
967 Krümpelmann, Neugestaltung, ZStW 1976, 6 ff., 11 ff.
968 Frister, Struktur, 1993, 18.
969 Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 1996, 412.

Handeln-Können sei trotz ihrer Unerweislichkeit „*evident und keiner weiteren Rechtfertigung fähig*".[970]

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-Könnens.[971] Er schränkt aber andererseits ein, trotzdem berge jede Art von Utilitarismus ein starkes Element von Fremdbestimmtheit.

*Zwischenergebnis*: Allen, die davon ausgehen, das Problem der Willensfreiheit ließe sich letztlich mit dem Hinweis auf die *Erfahrung*[972] 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 ein Netzwerk von auf das Engste miteinander verwobenen Strömungen, wie Aufklärung und Humanismus, Vernunftrecht und die Forderungen nach Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit. Das *Bundesverfassungsgericht* sieht den Menschen ebenso und als „geistig-sittliches Wesen".

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. *Rechtstheorie.* Die Versuche, dennoch Beweise für die Willensfreiheit des Menschen zu liefern, reißen nicht ab.

*Knöpfel* versucht postmodern mit dem Gedanken der „*offenen Systeme*", einen Beweis für die Willensfreiheit zu liefern.[973] Für ihn sind die Hauptmerkmale des

---

970 Gössel, Rezension, JA 1975, 321 ff., 323; Larenz, Recht, 1979, 91 ff.; ähnlich Engisch, Willensfreiheit, 1965; Schreiber, Schuld, Der Nervenarzt 1977, 242 ff., 244.

971 Burkhardt, Möglichkeit, 1983, 51 ff., 54, sowie 62; zudem Burkhardt, Überlegungen, ZfS 1981, 155 ff.

972 Siehe auch Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 118 ff., („sog. subjektives Freiheitsempfinden").

973 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.,

Geistigen, wie Sprache, Spiel, Fantasie und Schöpferkraft, durch ein Höchstmaß von Freiheit gekennzeichnet. Allerdings räumt er ein, dass er zum Beispiel nicht erörtere, 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.[974] 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 sie gilt *nicht* als *frei* und nicht als mit einem *Willen* begabt.

„Transzendentallogisch" im Sinne von *Fichte* argumentiert der Rechtstheoretiker *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*" bewusstwerden. 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*".[975]

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 zugespitzt formuliert ist einzuwenden, (a) dass diese Erkenntnistheorie lediglich dazu nötigt 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 sogar auch dieser Weg versperrt. (c) Praktisch gewendet reicht diese Einsicht, zumal wenn *dieselbe Rationalität* die Metaebene der Rechtsfertigung bestimmt, *nicht* aus, um die langjährige *reale Gefangenhaltung* eines Menschen über seine Willensfreiheit zu begründen.

4. *Gegenwärtige praktische und Rechtsphilosophen*. Der deutschen Gerechtigkeitsphilosoph *Höffe* und  betonen beide auf ihre Weise die Freiheit

---

Philosophie, 1954, 71; zu den offenen Systemen verweist er auf Kornwachs/Wehrt, Einleitung, 1984, 8 ff., 14 ff.; sowie Prigogine, Sein, 1988, 221 ff.

974 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).

975 Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 120.

des *Denkens*.[976] Letzterer sieht unter anderem die Freiheit im *Abwägen von Gründen*. Der Rechtsphilosoph und Staatsrechtler *Mahlmann* spricht zu Recht von der „*Notwendigkeit der theoretischen Phantasie*“[977].

Der Philosoph *Tugendhat* knüpft der Sache nach ebenfalls an das große Wort der Aufklärung „cogito ergo sum“[978] an. Zum einfachen Sinne des Überlegens gehöre es zudem, 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* insofern 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*“[979] sei, mit einbeziehen. Nicht „erzogen“, also aus sich selbst heraus, ist der Mensch offenbar nicht hinreichend fähig, „richtig“ zu überlegen.

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.

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.[980] Ein radikaler *Abolitionist* dürfe aus der Nichtbeweisbarkeit nicht schließen, dass Strafen solange nicht verhängt werden

---

976 Zur Freiheitslehre von Höffe anhand von Kants Kritik der praktischen Vernunft, Höffe, Kritik, 2012, Erster Teil 1. 4 und 1.5. Zudem: Nida-Rümelin, Freiheit, 2012, 371 ff., 384 ff („Freiheit des Denkens“, S. 386: im Sinne des Abwägens von Gründen).

977 Mahlmann, Rechtsphilosophie, 2019, § 29 II 2 a („Die Notwendigkeit der theoretischen Phantasie“), siehe auch: 2 b („Zur Phänomenologie der Freiheit“)

978 Siehe auch Kant, Denken, 1786, AA VIII; 146: „Selbstdenken heißt, den obersten Probierstein der Wahrheit in sich selbst (d. i. in seiner eigenen Vernunft) suchen; und die Maxime, jederzeit selbst zu denken, ist die Aufklärung.“

979 Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff., 340.

980 Schmitz, Legitimität, 2001, 22 f,

dürften, bis wir Fatalismus und Determinismus widerlegen könnten. Denn dieses Argument setze bereits die als fragwürdig betrachtete Willensfreiheit voraus. Nicht zu bestrafen, müsste danach überhaupt in unserem freien Willen stehen. Es setze eine freie Wahl zwischen Strafe und Unterlassen derselben voraus. Deshalb könnte man daraus nicht folgern, 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 dabei die Willensfreiheit, die der Abolitionist, dem strafenden Staat unterstellt, nämlich 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 nachträglich zu reagieren ist. Gegen akute 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 am Dialog wiederum gehört nach ihrem eigenen Selbstverständnis auch der Täter an. Ihre vorherrschende Ansicht aber lautet, die Willensfreiheit sei nicht hinreichend begründbar, aber möglich, weshalb sie aus staatspolitischer Sicht lediglich zu *unterstellen* sei. Anzufügen ist, und auch vom Philosophen *Knoeffler* in seiner Schrift „Würde und Freiheit" herausgehoben: um die Grund- und Menschenrechte zu gewährleisten.[981]

[981] Aus der Sicht der praktischen Philosophie (Ethik): Knoepffler, Würde, 2018 , 20 ff. („Würde und Freiheit als Recht auf Selbstbestimmung - die Menschenrechtserklärung"),

5. *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 Nichtbeweisbarkeit sehr bewusst ist.

Aber es gilt offenbar auch, Freiheit 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 jedoch ist mit der *Verallgemeinerung* dieser Erfahrung 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 Idealbild vom geistig-sittlichen Menschen, der sich autonom an die eigene Vernunft-Ethik bindet.

## II. Funktionale Alternativen: Personen, soziale Zurechnung, Motivierbarkeit statt Menschen, Schuld und Willensfreiheit (*Roxin, Lesch, Schünemann, Frister, Merkel, Jakobs, K. Günther*)

1. *Einordnung*: Zeitgeschichtlich eingeordnet beherrscht dieses moralische Denken vor allem die Nachkriegsdekaden. Als Schuldstrafrecht bietet diese Sichtweise für viele nachfolgende *sozialliberale* Autoren in der Strafrechtswissenschaft die Ausgangslage, um sich danach mit dem Versuch eines *Paradigmenwechsels* hin zum *Funktionalen* des Rechts von der Rechtsethik abzusetzen. Denn auch eine *Ethik* im Recht 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 zuvor schon befriedigt.

Der gegenwärtige *verfassungsrechtliche Kompromiss* lautet, es gibt nur, aber immerhin eine Minimalethik im Recht. Die vage große Idee der Gerechtigkeit hat deshalb dem gesetzten Recht stets noch mit eigen zu sein. Das vorkonstitutionelle Strafrecht ist ohne halbselbständig und verfügt über eine Konzeption des Schuldausgleichs.

---

39 ff, (Zwei transkulturelle Gründe der Anerkennung von Würde und Freiheit, „Menschheitserfahrung", rationale Gründe).

Die Frage bleibt aber, ob dieser Kompromiss denn für das Schuldstrafrecht weiterhin zu überzeugen vermag. Damit ist auf die funktionalen Alternativen zu blicken, die die *Begründung* der Strafe zumindest auch mit der metaphysischen Idee vom gerechten Schuldausgleich zu ersetzen trachten.

In der deutschen Strafrechtsdogmatik hat sich, wie schon mehrfach angesprochen, eine große wichtige *soziale-personale* Nebenströmung entwickelt. Sie bietet scheinbar eine *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 ein Teil jeder menschlichen Gesellschaft ist.

Aber in der Sache übernimmt sie als Präventionslehre dennoch zumindest das *funktionale* und systemische Denken, das auch mit dem *Utilitarismus* verwandt ist. Auf Moral und Wertungen kann sie dafür einerseits verzichten. Sie vermeiden den Dualismus von Natur und Vernunft. Deshalb gehören diese Lehren letztlich in den Bereich des *soziobiologischen Einheits-Naturalismus*.

Gesichert werden mit den Zurechnungslehren im Recht und damit auch im Strafrecht vor allem sozialliberale Rollenbilder. Denn die „Allgemeinheit" im Sinne der Generalprävention (oder die Verfassungsgesellschaft) kann zwar ohne bestimmte Einzelne leben, sie 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 *Rechtnachteil* 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. [982]

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*.

[982] Erweiterter Unterabschnitt aus: Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 6. Kap. I 4 („…Personenbegriff und zur Verzichtbarkeit der Willensfreiheit", 268 ff.).

Für sie bietet sich etwa der Gedanke an, die liberale *Wechselbezüglichkeit* absolut zusetzen. 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. Man kann soziale *kommunikative Vernetzung* absolut zu setzen, Art 20 I GG. Besser noch ist beides zu verbinden. Dann kann man sich etwa um Sinne des Utilitarismus sich mit dem nationalen größtmöglichen Glück möglichst vieler (aber nicht aller) zu begnügen und auch die Wahrheit eines idealen kollektiven Diskurses auf Zeit ausreichen lassen.

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"[983].

Zwei Gruppen von Lehren lassen sich demgemäß einigermaßen trennen:

- die sozialliberalen Lehren, denen die kulturelle Fiktion der Willensfreiheit genügt (*Roxin, Schünemann* und andere)
- die strengen normativ-systemischen Zurechnungslehren, die die Idee der Willensfreiheit nicht benötigten und auch kaum direkt ansprechen (*Jakobs, Frister* und andere).

Diese beiden generalpräventiven Untergruppe gehören mit zum vorherrschenden Kanon von Zurechnungs- und Schuldlehren.

Eine Art von geistigem *Systemwechsel* verlangen dagegen diejenigen Lehren, die *offen* auf einem *Determinismus* abstellen, auch wenn sie zum Teil personale Konstruktionen anbieten.

Im Einzelnen:

2. *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*

983 So insbesondere, um dem Problem der Nichtnachweisbarkeit der *individuellen Schuld* zu entgehen, siehe Schmoller, Argumentation, öJbl 1990, 631 ff., 632.

*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*". [984,]

Damit verwendet *Roxin* die Worte, die für eine rechtliche Fiktion stehen.

Daraus folgt dann, dass wir uns schon einmal die Willensfreiheit nur *wechselseitig und allgemein zurechnen* (und auch müssen). Wir erschaffen uns damit selbst als rollentragende Personen, als Bürger mit Freiheitsrechten oder als Rechtpersonen. Auch die Unantastbarkeit der Menschenwürde beinhaltet danach nur eine solche Rolle. Aber die Schuldidee, der die Idee der Willensfreiheit zugrunde liegt, begründet danach die Strafe ohnehin nicht. Die präventiv gegründete Strafe ist ihrerseits nur von einer sozial-personalen Zurechnung abhängig. Gestraft wird so, wie eine solche -auf Taten gegründete- 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.

*Bernd Schünemann* etwa setzt zwar noch bei der Willensfreiheit an, will sie jedoch aus der Kommunikation und den „*Sprachstrukturen*" ableiten[985]; 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 darstellt, 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 Idee der Eigenverantwortlichkeit lässt sich also aus der Freiheit und damit auch aus der Willensfreiheit ableiten, zumindest eben als Teil der westlichen zivilen Kultur.

3. Auch wer, wie etwa *Jakobs*, die Schuldstrafe mit Hilfe des Strafzwecks der Generalprävention deutet und mit der Strafe vor allem die Normtreue der Allgemeinheit erhalten will,[986] bezieht sich auf die Idee der *Person* als soziale

---

984 Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 3, Rn 55.

985 Unter anderem in: Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff. , 163 ff. Schünemann, Sinn, 2017, 501 ff. Zusammenfassend zum Nachfolgenden: Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff.

986 Jakobs, Schuld, 1976, 8 ff.

Rolle. Danach bedarf es der *Motivierbarkeit* des Normadressaten. *Jakobs* leitet seinen Personenbegriff aus der politischen Philosophie ab, die *Bürgerrolle* steht für ihn im Mittelpunkt. Unter anderem bezieht er sich einleuchtend auf *Rousseau* und begründet damit seine Idee von der Existenz eines Feindstrafrechts, das zugleich ein Bürgerstrafrecht impliziert. 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*".[987]

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 sozialethischen *Pflichtenlehre* führt.

*„Zurechnung kennt keine Inhalte, die von der normativen Struktur der Gesellschaft unabhängig wären, auf die also gegen die Gesellschaft eine Berufung möglich wäre. Beispielhaft, man kann, wenn die Ernte verhagelt ist, einen Bock, den sprichwörtlichen Sündenbock, aus dem Dorf prügeln; falsch muss das nicht sein, wenn auch fraglich ist, ob sich dadurch ein gesellschaftliches Problem lösen lässt …".*[988]

Auch diese stärker normative Sichtweise von *Jakobs* bedient sich also der Personenidee, und zwar entweder als anerkannter Bürger oder als anerkannten innerer Feind, dem die Freiheits- als die Kernbürgerrechte ganz oder teilweise strafweise aberkannte werden. Insgesamt verfolgt *Jakobs* -insofern- eine Art von sozialem *Norm-Determinismus*.

Aber insbesondere für ihn und den französischen Ansatz des Allgemeinen Willens wie auch für *Hegels* Freiheitsstaat stellt sich die Frage,

- ob dann nicht nunmehr die kollektive (staatliche) Gesellschaft *im Willen frei* sein muss, wenn sie derart *frei zurechnet.*

---

987 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.

988 So noch einmal in seiner Beteiligungslehre: Jakobs, Theorie, 2014, 2.

Immerhin geht auch die *individualistische* Idee vom Sozialvertrag davon aus, dass der Mensch frei geboren ist und mit anderen Freien dann auch eine Staatsgesellschaft der Freien gründet, sodass auch dieser frei und *souverän* ist.

Erst wenn auch die menschlichen Gesellschaften nicht wirklich frei sind, sondern sie von ihrer *Umwelt* gesteuert werden, entkommen wir dem Schuld-Dilemma, die Willensfreiheit des Menschen offenbar überhaupt nicht empirisch nachweisen zu können. Die *Soziologie* tendiert in diese Richtung der Soziobiologie, sie arbeitet, unter anderem im Sinne von *Luhmann*, mit Systemen. Darauf stellt *Jakobs* dann vorrangig ab, die *politische Bürger- und Freiheits-Philosophie* aber gerade nicht.

In Anlehnung an *Jakobs* spricht *Lesch* etwa von der bloßen „*Verfehlung eines Sollens, die kein psychisches Faktum*" darstelle, sondern allein eine normative Beziehung, aber dann doch den „*Willen zur Tat*" meine.[989] Die Willensfreiheit enthält demzufolge keine Seins-Aussage. Sie stellt danach lediglich ein rechtliches und soziales Regelungskriterium dar.[990]

Dieser logische Ausweg, die Rechtselemente lediglich aus dem *Recht* zu erklären, setzt das Recht (oder die Recht setzenden 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. Eingreifende Götter oder dämonische Geister für verantwortlich zu halten, bildet die einzige Alternative. Ohne diese Art *autonomer Persönlichkeit* einer normativ gedachten Sozietät der „Rollenspieler" und „Rollenträger"[991] bräche 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

989 Lesch, Verbrechensbegriff, 1999, u. a. 4; unter Bezugnahme auf Jakobs, Strafrecht, ZStW 1995, 843 ff., 850 ff.

990 Zu dieser Alternative Küpper, Strafen, 2003, 53 ff., 71.

991 Dazu ausführlich Jakobs, Norm, 1997, 108.

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.

Ähnlich erklärt *Frister*[992]*: „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*.

4. *Klaus Günther* knüpft ebenfalls zum Teil an die Gedankenwelt von *Jakobs* an. Er sortiert aber und erklärt zunächst einmal grundsätzlich und recht 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 *habermassche* Wahrheitstheorie- durch Konsens und die Praxis der jeweiligen „*scientific community*", etwa durch die Neurophilosophie, die Ökonomie oder die allgemeine Soziologie. Deshalb seien auch alle drei Arten von Zuschreibungen „*nebeneinander möglich*".

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."*

Man (also eigentlich jeder Zuschreibende) kann dann allerdings auch auf die Zuschreibung verzichten. Zudem erweist sich jeder Zuschreibenden eigentlich auf den zweiten Blick als *frei*. Diese Freiheit liegt nicht darin begründet, dass

992 Frister, Strafrecht AT, 2019, 3. Kap Rn 8 unter Hinweis auf Luhmann, Rechtsoziologie, 1972/2008, 32 (die Menschen würden sich gegenseitig als „ichgleiche Quelle originären Erlebens" wahrnehmen).

andere sie ihm zubilligen, sondern auch darin, dass er sich selbst diese Freiheit - als ein Zurechnender - sich selbst zurechnen muss.

Diese Selbstbild derart *autonom* zu agieren, muss er insbesondere deshalb und dann von sich haben, weil und wenn er auch auf die Zurechnung auch verzichten kann.

Anders gewendet: Die Interpersonalität setzt auf der nächsthöheren Ebene die Idee des höheren Systems voraus, das zumindest scheinbar frei agiert, es sei denn es wird von einem noch höheren System mitbestimmt, das dann aber seinerseits frei agiert etc. Das allerhöchste (kosmische Welt-) System ist dann aber autonom. Es verteilt dann auch diese absolute *Freiheit* abgeschwächt auf alle seien Untersysteme, weil es mit allen in *Wechselwirkung* steht und zudem erst durch sie überhaupt existiert und ein Obersystem bildet.

Danach gibt es drei Arten von autonomen Systemen, (a) individuelle *Person* (Mensch) mit ihren Normen, (b) das Kollektiv der *Gesellschaft* mit ihren Normen (hier Staatsgesellschaft) und (c) die allumfassende *Natur*, mit ihren Normen (den biologischen, chemischen physikalischen Gesetzen). Sieht man die Natur auch als eine Art von autonomer Person an, so gelangt man zu einer Art von Gottesbegriff.

Dieser Art der Systemtheorie kennt also die Autonomie (besser deren Teilautonomie) und sie arbeitet auch mit dem Begriff der Selbstorganisation. Aber dieses Selbst (Auto-), kommt *ohne die Idee der Willensfreiheit* aus. Denn alles ist, wie in der sonstigen Natur, den eigenen Normen oder Gesetzen unterworfen. Die inneren Normen beherrschen auch das System Mensch. Das heißt, er herrscht nicht frei eigentlich über die Normen. Es reicht etwa, dass auch ein *Verzicht* auf die Zurechnung aufgrund von bestimmen Normen erfolgt, und deshalb dann doch nicht „freiwillig" geschieht.

5. *Diskussion*. Auf dieser Ebene vermag man dann auch den Weg zu gehen, Menschen die Taten als die „ihren" (kommunikativ) zuzuschreiben. *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.[993]

*Roxin* sieht darin (immerhin auch) ein empirisches Moment jenseits des Moralischen, die „*Fähigkeit zur Selbststeuerung*".[994] Einen derart befähigten

---

993 Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 19. 46; Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff. , 55 f.; Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff., Rn 26.

994 Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 19. 46.

Ansprechpartner nennen wir herkömmlicher Weise eine Person. Diese kann also auch im Willen unfrei sein, muss aber auf Normen reagieren (können).

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.

Man kann zwar gegen den Rückgriff auf die normative Ansprechbarkeit *Hegels* Wort verwenden, dasselbe gelte für den Hund, dem man mit dem Stock droht. Aber auch auf diese Weise gelangt man auf die Ebene der (angeblich unvernünftigen) *Natur* zurück. So erweist sich der Hund als ein halbkluges, aber unvernünftiges Säugetier, das zumindest Hackordnungen kennt. Bei der Fliege hilft die Drohung mit der Fliegenklatsche nicht. Die grundsätzliche „Fähigkeit zu Selbststeuerung" hat zwar auch ein fliegendes Insekt, wenn auch nur in einer anderen Weise. Aber es erweist sich nicht (von uns?) als „normativ ansprechbar". Doch Bienen zumindest können und müssen untereinander kommunizieren. Also was oder wen meinen wir mit normativer Ansprechbarkeit? Ist es nur der Mensch, dann greifen wir doch wieder zumindest auf seine ganz besondere Klugheit zurück und auch auf seine Fähigkeit, zwischen Recht und Unrecht unterscheiden und auch anders handeln zu können.

Die naheliegende Replik lautet schlicht: Reagiert der einzelne Mensch auf *fremdes soziales Recht*, so ist er *fremdbestimmt* und braucht keinen freien Willen zu haben. Aus der Sicht der Gesellschaft betrachtet gilt er als soziale Person.

Entscheidend aber ist, gibt es nicht *jenseits* von *normativer* Zurechnung und Kommunikation auch eine Welt des *Seins*. Ist der Mensch nur der Rechts-Träger, dessen was er sich wechselseitig zurechnet. Oder „ist" er umgekehrt nicht jenseits des Rechts zunächst einmal ein *einzelnes* „körperlich, seelisch und geistiges Wesen", das aus sich heraus kreative Freiheit und Ich-Seelen-Würde besitzt und das reale Gesellschaft erschaffen kann, die dann alle im auch Normen haben? Bestimmt das Recht die Freiheit oder der im Willen Freie das Recht?

Das normative Recht und die kommunikative Gesellschaft neigen dazu, sich selbst absolut zusetzen. Für sie ist auch der einzelne Mensch noch ein *System*, es handelt sich also um eine wertfreie funktionale Einheitslehre. Aber der *einzelnen Mensch*, der Schmerz und Glück empfindet, setzt auf sein *Ich-Selbst*, und er sieht seine Nächsten real wie sich. Er trennt individuelles Sein und kollektives Sollen. Das Strafrecht selbst umfasst exakt beide Positionen. Die Strafe meint das realen Schmerz und bedient das reale Gefühl der Gerechtigkeit. Das kollektive oder interpersonale Recht bietet diejenige normative Zuschreibung, das allen erklärt, Pein zu empfinden sei *gerecht*.

Die *deutsche* Verfassung, also hoher Teil des Rechts, beugt sich allerdings der Idee des *Menschseins*. Die Verfassung leitet aus ihr die unantastbare Seelen-Würde des Einzelnen ab, die auch der gefolterte Mensch noch innehat. Das kann man wiederum als eine normative *kulturelle* Entscheidung begreifen, aber die *einzelnen* Menschen kennen Verlust und Schmerzen etc.

6. *Fazit:* Damit sind etliche funktionale Alternativlehren beschrieben, die vereinfacht die Begriffe und Ideen von *Person, Zurechnung, Motivierbarkeit und objektiver Verantwortung* an die Stelle von „Mensch, Schuld und Willensfreiheit“ und auch an die des rechtlichen Subjektseins setzen.

Vereinfacht ist diesen hoch normativen Lehren ein vorrangig *sozial-personaler* Grundansatz gemein, die den einzelnen Menschen als Teil eines größeren Systems sieht.

## III. Kritische Einordnung und deutsche Rückbindung an die Vernunft; Zwischenergebnis zur Willensfreiheit

1. Die drei Gruppen von Zurechnungslehren sind *in sich* beeindruckend *schlüssig*.

*Normativ-systemischer Ansatz*. Der rein normative Denkansatz, der die Norm absolut setzt, passt zum Beispiel zum Begriff des Rechtsstaats, also dem Staat, der dem Recht unterworfen ist. Diese Lehre kommt aber in Bedrängnis, wenn wir die Frage nach dem *Gesetz- und Normgeber* stellen. Wer sich selbst die Gesetze gibt, gilt als im Willen frei, sonst ist er nicht der wahre Gesetzgeber.

Die Antwort der Naturalisten lautet deshalb auch, allen natürlichen Systemen, also auch dem System Mensch und dessen sozialen Systemen, gibt *nur* die Natur die Gesetze vor. Auch die menschlichen Gesetzgeber arbeiten *in Wirklichkeit*

*nicht frei*, sondern nur gemäß den *Normen der Natur*, also etwa der Anpassung an bestimmte Gegebenheiten.

Doch auch daraus ergibt sich eine alte Nachfrage: Wenn denn also die Natur der wahre Gesetzgeber ist, wer oder was hat dann die Gesetze der Natur bestimmt? Wenn jedoch die Natur sich die Gesetze *selbst* gegeben hat (etwa mit der Urknall-Theorie), warum sollen dann nicht auch Unterformen der Natur, wie der Mensch und seine Gesellschaften, sich innerhalb ihres Rahmens ihre Gesetze selbst geben können? Geschieht dies *bewusst*, so ist der Schritt zur Willensfreiheit getan.

*Möglich* wäre es zumindest auch danach, dass der Mensch Willensfreiheit besitzt und sie im Verbund mit dem *Bewusstsein* von der (teilweisen) *Selbstgesetzgebung* (also der Autonomie) entwickelt hat.

2. *Zurechnungslehren.* Alle Zurechnungslehren ersetzen *ethische* Bewertungen durch Begriffe wie *Erwartung* von Rechtsgeltung und *Vertrauen* in die Normgeltung oder sie betonen generalpräventiv die Bedeutung der Rechtstreue der Allgemeinheit.

So wird die Ethik von den Parallel-Gedanken der Sozialschädlichkeit und der rollenhaften Personalität verdrängt. Aus der höchstpersönlichen Schuld werden die gesellschaftlich-personale „soziale Schuld“ oder die „subjektive Zurechnung“ oder kriminologische Maßstabsfiguren.

Diese *Parallelität* des funktionalen mit dem ethischen Grundkonzept ist offenkundig. Damit verfügen diese Lehren über den Vorzug, dass sie das gesamte ethische Konzept *ersetzen* können. Die Analogie hat aber den Nachteil, dass es aus ethischer Sicht nur um die Verwendung *neuer Etiketten* handelt.

3. *Offenhalten*. Viel spricht also dafür, die Frage nach der Willensfreiheit *offen* zu lassen und sie, soweit es geht, für das *Strafrecht* als eine *theoretische* Streitigkeit anzusehen. Es kann also solange bei einer *Vereinigungstheorie* bleiben, wie die bloße Möglichkeit besteht, dass wir Menschen im Willen frei sind.

Das gilt aber nicht auf der verfassungsrechtlichen Ebene, bei der wir von der Existenz der Menschenwürde und der Realität von höchstpersönlicher Schuld und einem Gewissen des Menschen ausgehen und ihn als geistig-sittliches Wesen begreifen

Im Kern lautet die entscheidende Frage: Bestimmt (a) die *Gesellschaft* die Eigenverantwortung, indem sie Rollen zuschreibt oder dominiert, (b) der eigenverantwortliche *Einzelne* die Gesellschaft, wobei er der staatlichen Gesellschaft die Bürgerrechte und die Demokratie aufzwingt oder aber (c) regiert den Einzelnen und die Gesellschaft das *Systemdenken*, in dem alles letztlich *natürlichen Normen* unterworfen ist?

Zu den Normen der Natur gehören sowohl das Prinzip des Abweichens als auch das Prinzip des Ausgleichen (trial and error, Tit-for-Tat-Kooperation) oder sowohl die Autonomie von Subsystemen als auch deren Abhängigkeit von Metasystemen oder auch die Individualität (Freiheit)), die Ähnlichkeit (Gleichheit) von allem und auch der Verbund von allem mit allem (Solidarität).

Alle drei Ansichten sind gut vertretbar, sie können auch *meist nebeneinander* bestehen. Das wäre ein *Drei-Welten-Ansatz*

Aber etwa in den Fällen des rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB ist zumindest offenzulegen, ob die *Gesellschaft* darüber „frei“ entscheiden darf, ob sie in Friedenszeiten einzelne unschuldige Menschenleben zugunsten der Gesellschaft opfern will oder ob sie sich nicht der Menschenwürde-Ethik zu unterwerfen hat, die ihr dies verbietet.

4. *Eigene Ansicht und Gründe*. Dennoch ist auch bei einem Drei-Weltenansatz am Ende auch eine eigene ethisch-ethische Entscheidung zu treffen. Sie lautet:

Blendet man den reinen Naturalismus zunächst einmal aus, so ist die ethisch-politische Standartfrage zu stellen. ob funktionale Alternativlehren nicht durchweg auf den kalten *sozial-personalen*, den *liberal-personalen* oder den *soziologisch-systemischen* Blickwinkel *reduziert* sind und ob sie damit das warme *Allgemein-Menschliche* und die Bedeutung von Bürgerrechten und Demokratie leichtfertig dem utilitaristischen *Gemeinwohldenken* opfern.

Vereinfacht wird in der gesamten Diskussion nicht offen und bewusst zwischen *Person* und *Mensch* getrennt. So war oben schon ausdrücklich zwischen Subjekt-Achtungslehren (*Kant*) und personalen Anerkennungslehren (*Fichte*, *Hegel*) zu unterscheiden. Es ist verfassungsrechtlich die Unterscheidung

- zwischen der unantastbaren Menschenwürde, Art. 1 I GG
- und rollenhaften personalen Freiheitsrechten, Art. 1 I GG samt den demokratischen Teilhaberollen (Art. 20 I GG).

Beide Ansätze blicken nicht aufeinander und argumentieren weitgehend in *zwei verschiedenen Denkwelten*. Deshalb wird hier immer wieder und wieder die personale Sicht herausgestellt und auf das Ausblenden der menschlichen Komponente hingewiesen, die wiederum eng mit der Idee von der Willensfreiheit des einzelnen Menschen verbunden ist. Deshalb erweist es sich umgekehrt aber so schlüssig, personalistisch und mit der bloßen wechselseitigen Anerkennung oder sozialen Zurechnung der Willensfreiheit zu argumentieren. Der liberale Mensch mag zwar frei geboren sein, aber einen *Rechtschutz* dafür erhält erst durch andere oder die bürgerliche Gesellschaft.

Auf das einfache Recht bezogen gilt: Das gute Recht der Bürger kennt, schafft und sichert Rechtspersonen, aber die „Wer"-Täter des Strafrechts sind Menschen.

So trifft die Strafe zwar auch, aber nicht nur die Menschen als *Rechtspersonen* und *Staatsbürger*.[995] Eingesperrt werden ganzheitliche Menschen, mit *Körper, Seele und Geist*, sie fühlen und sie denken, auch im Vollzug. Auch Schuld kennen wir als ein Schuldgefühl, das eine Art von innerer Freiheit, innerer Selbstbeherrschung und Autonomie voraussetzt. Und eingesperrt werden die Strafgefangenen von ebensolchen Menschen. So betrachtet ergibt sich umgekehrt aus dem *natürlichen Menschsein* der *Anspruch* auf personale Rechtsrollen und auf politisch-soziale Mitherrschaft.

Ebenso argumentiert die Erklärung der Allgemeinen Menschenrechte von 1789. In Art. 1 heißt es: *„Die Menschen werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es. Die gesellschaftlichen Unterschiede können nur im gemeinsamen Nutzen begründet sein*". Freiheit und Gleichheit sind also *angeboren*. Danach werden sie nicht zugerechnet. Sie ergeben sich aus der *Natur* (oder aus der Natur als Wesen des Menschen). Deren *Achtung* kann ihm

995 Dazu auch: Günther, K., Schuld, 2005 („Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat" - aus der Verlagskündigung, Hervorhebungen nicht im Original: „Es gibt einen nicht nur zufälligen Zusammenhang zwischen der Zurechnung strafbaren Unrechts zur Schuld einer Person und der Art und Weise der Legitimation derjenigen Strafrechtsnormen, deren Verletzung zugerechnet wird. Die Legitimation muß von der Art sein, dass die individuell verantwortlichen Rechtspersonen von der *Rolle des Normadressaten in die Rolle des Staatsbürgers wechseln können*, in welcher sie sich an der Herstellung legitimer Rechtsnormen beteiligen. Die Berechtigung, eine Rechtsperson schuldig zu sprechen, ergibt sich aus der *kommunikativen Freiheit*, die sie als Staatsbürger in einer Demokratie hat und in Anspruch nehmen kann. Eine undemokratische Rechtsordnung darf daher niemanden schuldig sprechen. Dieser Gedanke wird in Auseinandersetzung mit präventiven Schuldtheorien und kriminalsoziologischen Theorien der Schuldzuschreibung ausgeführt.") - Undemokratische Rechtsordnungen werden dann in der Tat Erziehungslager oder Maßregeln der Besserung und Sicherung vorsehen.

zwar von der Gesellschaft oder anderen Menschen verweigert werden, aber in sich trägt jeder Mensch dieses Wesen und aus diesem So-Sein ergeben sich seine natürlichen Rechte. Am Anfang, so lautet diese westliche Lesart, steht also der Mensch.

Dieser humanistische Ansatz betont dann bezüglich der „Gleichheit" im Sinne von Gerechtigkeit die Unteridee der Zuteilungsgerechtigkeit. Für die Freiheit führt sie zur Betonung der „Teilhabe" an der (kollektiv organisierten) Freiheit.

Auch stellt sich die Frage nach dem Blickwinkel. Unsere übliche sozial-reale und auch empirisch erlebbare „naturalistische" Weltsicht geht von einem *gehobenen Alltagsverständnis* des demokratischen Laien (im Sinne der Parallelwertung in der Laiensphäre) aus; sie meint den „mündigen Bürger" im Sinne der Demokratie oder den Menschen als „geistig-sittliches Wesen" im Sinne des *Bundesverfassungsgerichts*.

Aus dieser pragmatischen und demokratischen Sicht leiden die funktionalen Alternativen am Unmittelbar-Einsichtigen. Sie sind unter anderem einseitig einer *symbolisch-kulturellen* Weltsicht unterworfen. Diese mag zwar weit im *Hintergrund* stehen und dort auch *hochberechtigt* sein. Aber unsere Kultur verlangt zumindest auch nach dem *Menschlichen* und dem *Anschaulichen*.

Das gilt auch für die große Zurechnungsidee. So ergibt sich -üblicherweise- aus der Tat der Täter, aus der *Aktion* der *Akteur*. Es ist der *letzte* fremde „Beweger", der als Täter gehandelt hat. Diese „natürliche" unmittelbare Kausalität, etwa im Sinne einer *darauf* reduzierten einfachen *kausalen* Handlungslehre, ist für uns „empirisch" sichtbar und miterlebbar. Wenn der A den B schlägt, ist A der Täter. Auch wenn der Hund beißt, beißt der Hund. So stellt sich nur die Frage, ob er schuldig ist oder nicht. Und Hunde sind es nicht, sondern gegebenenfalls ihre Herren. Ihnen rechnen wir *an dieser Stelle* dann das Verhalten eines *fremden* Akteurs, des Hundes, „als eigenes", also fiktiv zu.

4. *Notwendig* ist im Strafrecht eine (fiktive oder auch normative) Zurechnung *nur* in *Sonderfällen* und vor allem dann, wenn *Dritte* dazwischentreten, Menschen nur als Werkzeug eingesetzt werden oder wenn sie in Gruppen handeln.

Kompliziert wird der Rückschluss von der Aktion auf den Akteur nur im *Prozess*, bei dem die Richter *nicht die Tat miterlebt* haben und nunmehr eine *Rekonstruktion* vollziehen müssen, bei der sie von Beweisen auf die Ereignisse *zurückschließen* müssen. Aber auch sie gehen bei einer Verurteilung von einer

realen Tat aus und sie bestimmen in der Regel über die Tat den Täter, um dann erst unter anderem nach seiner Schuld (-fähigkeit etc.) zu fragen.

Die konkrete *Schuldfähigkeit* schreibt das Gericht dem Täter allerdings -und nunmehr *zum Teil* schon im Sinne der Zurechnungslehre- als Teil einer personalen Rolle zu, indem es sich an einem *fiktiven Maßstabsmenschen* und an dem Fehlen von bestimmten *anerkannten Krankheitsbildern* orientiert. Aber auch die Gerichte verfügen über Laienbeisitzer und es entscheidet das Gericht im Namen des Volkes und dennoch insgesamt „*nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung*", § 261 StPO.

Aber diese Lehren degradieren den Täter „bloß" zum Objekt, falls sie nicht doch für die Beachtung der (offenbar sozial zumindest fingierten) Menschenwürdeidee auch das *Bemühen* um die Ermittlung jeder einzelnen Besonderheit von Tat und Täter verlangen und zudem jedes Indiz, das für *Abweichungen* vom Maßstab spricht, zu Gunsten des Angeklagten unterstellen. Diese Art der *Individualisierung* muss in der Tat ausreichen, weil weder Außenstehende, noch der Täter selbst (später) exakt um die inneren Umstände weiß, die vor und währenden der Tat Rückschlüsse auf sein Unrechtsbewusstsein erlauben und die anzeigen, ob und inwieweit er hätte anders handeln können (§§ 20, 17, 35 StGB).

Wenn man sich dennoch auf den Standpunkt der grundsätzlichen Unvermeidbarkeit des Zurechnens stellt, den alle präventiven Lehren teilen (müssen), so lautet die zweite Frage immer noch auch *von wem* denn die Verantwortung für die Tat zugeschrieben wird, *sozial* von der Gesellschaft oder *liberal* von den Anderen oder aber grundsätzlich erst einmal vom autonomen *Täter selbst*.

Der Täter aber verfügt nur über den laienhaften Alltags-Blickwinkel des mündigen Bürgers und Demokraten. Wer also verfassungsrechtlich auf den *Menschen* abstellt, muss auch seinen (phänomenologischen) Blickwinkel akzeptieren.

Aus der Sicht der deutschen *Menschenwürdeidee,* der der Gedanke der Autonomie zugrunde liegt, folgt jedenfalls die Schuldfähigkeit aus dem *realen* Menschen*sein*, also ergibt sie sich aus seiner *Natur* und dann eben doch nicht mehr aus einer kulturellen oder auch staatlichen Zuschreibung, die jederzeit wieder abgeändert werden kann.

Aus einer fachwissenschaftlich *höheren Warte* mag alles, was wir *denken*, nur eine Fiktion oder Illusion darstellen. Mit dieser Fähigkeit zu denken hat uns

dann allerdings auch die Natur in besonderem Maße ausgestattet. Auf dieser *mittleren* humanen Ebene „gehen wir davon aus“, dass die *menschliche Vernunft* „real“ existiert. Wir folgern im Westen, dass sich aus dieser *Natur des Menschen* unsere Freiheit (und Würde) ergibt und mit ihr auch unsere Eigenverantwortung.

5. *Im Einzelnen* verläuft unsere rationale Begründung komplexer und vereinfacht mehrstufig. Sie lautet in etwa:

Erstens gibt es überhaupt eine *reale Natur-Welt*, die unser Gehirn erst individuell und kollektiv und so gut es geht mithilfe der Naturwissenschaften sich ständig rückkoppend *rekonstruiert* (Naturalismus).

Zweitens ist der Mensch von der *Natur* mit *Vernunft* begabt, wie wir seit und mit *Aristoteles* annehmen und es durch unsere Wissenschaften ständig bestätigt sehen (können und wollen). Dazu gehört auch, sich anstatt den „Instinkten“ zu folgen, selbst Gesetze geben zu können und auch zu geben (liberale Autonomie). Dies entspricht dem gesamtwestlichen Ansatz.

Drittens, und dies ist vor allem ein *deutscher metaphysischer* Blickwinkel, der aber der Sache nach von den *christlichen Religione*n mitgetragen wird: Seiner *Natur* nach kann der Mensch auch zwischen den ethischen Kategorien Gut und Böse unterscheiden. Von dieser Grundfähigkeit zur Moralität (Sittlichkeit, Ethik) abgeleitet, kann er höchstpersönliche *sittliche* Schuld empfinden.

Viertens: Im Verbund mit dem *zusätzlichen* Wissen um konkrete *kulturelle Normen* kann er in seiner *Laiensphäre* zwischen Recht und Unrecht trennen und ist zudem fähig, rechtliche Schuld zu übernehmen. Dabei ist mit dem *Bundesverfassungsgericht* davon auszugehen, das jedem Recht auch eine *Minimalethik* innewohnt.

Wir, also unsere große und traditionsreiche gesamtwestliche Community, unterstützt von vielen Experten-Subkulturen, schreiben uns selbst diese Eigenschaften zu. Aber, so ist sogleich anzufügen, wir begründen sie auch mit unseren Erfahrungen. Zudem *beweisen* wir uns selbst unsere Vernunft auf der Verstandesseite mit den Naturwissenschaften und mit unserer Technik. Zur Verstandesseite der Vernunft kommt die ethische Seite hinzu. Wir vermögen zu bewerten und wir haben die Ethik in die Rechtsform der klugen westlichen nationalen Verfassungen und der internationalen Menschenrechtkonventionen gegossen.

Wir könnten uns selbst zwar die Vernunft, und damit die Menschenwürde und die Schuldfähigkeit, auch aberkennen. Dann aber müssten wir „gute Gründe“

dafür finden, etwa warum es Sklaven geben sollte, die von Natur aus unvernünftig sind, oder wir müssten in einer irrationalen Kultur leben (wollen), die auf „gute Gründe“ überhaupt verzichtet.

6. Einen etwas anderen Rechtsweg geht insofern jedoch die rein liberale Kultur, die die Vernunft von den Bürgerrechten abkoppelt, indem sie die eigenen Bürgerrechte nur denen zubilligt, die Mitglieder des nationalen Sozialvertrages sind, und auch nur unter den Bedingungen, die der Vertrag vorsieht. Danach kann es freie und vernünftige Menschen geben, die aber keine vertraglich vereinbarten Menschenrechte besitzen, die also schutzlos dastehen und vogelfrei sind. Denn allgemeine Menschenrechte gibt es danach nur, wenn und soweit sie allgemein von den Nationen vereinbart sind. Solche vereinbarten Vertragsrechte sind grundsätzlich auch kündbar, sie gelten nicht als angeboren. Angeboren ist nur die Freiheit, aber nicht deren Schutz.

Damit ist dann das Recht im positivistischen Sinne gemeint und es ist zudem aus einer Art von privatem Gesellschaftsvertrag der wechselseitigen Zurechnung abgeleitet. Ein solcher Vertrag ist von einer allgemeinen Moral (und auch damit auch von der Vernunft und der Menschenwürdeidee) abgetrennt. Hiernach gilt in der Tat, dass man sich gegenseitig die Bürgerrechte nur zuschreibt und demnach auch die soziale Schuldfähigkeit, also diejenige im vereinbarten Strafrechtsrechtssinne, nur als Preis für die Mitgliedschaft im Staatsverein zurechnet.

So fehlt also der sozialen und auch zum Teil der liberalen Sichtweise 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:

Die also vorrangig rechtpositivistischen und normativen oder auch sozialen oder liberalen Zurechnungslehren können oder wollen nicht die Hürde überwinden, dass wir danach auch dem Mörder und dem Terroristen die Selbstbestimmungsfähigkeit aberkennen könnten. Wir könnten die Sklaverei wieder erführen und die Frauenrechte wieder aufheben. Im Strafrecht könnten wir alle Mörder nicht schuldig, sondern zum Beispiel sofort als Soziopathen begreifen und sie den Maßregeln der Besserung und Sicherung unterwerfen oder auch für Terroristen ein Feindstrafrecht mit Todesstrafe, nach dem Kriegsmodell, einführen.

Aus der Sicht des intersubjektiven Liberalismus ist es der jeweilige Vertragsgeist des vereinbarten Sozialvertrages, der aber auch ausgehandelte Ausnahmen für Mörder und Mehrfachtäter machen oder von einer Mehrheit geändert werden kann.

Dies verhindert nur die kollektive Unterstellung oder selbstkritisch zugespitzt der feste Glaube (!) an die Unantastbarkeit der Menschenwürde und damit an die Subjektstellung des mit Vernunft begabten Menschen. Dieser feste Glaube ist dabei auch noch auf der nächsten Ebene als kulturelle Idee und als bloßer Konsens denkbar, weil und wenn alles Wissen auf einem idealen Konsens im Sinne der Konsenstheorie beruht. Aber zur Erinnerung, auch der Gefolterten ist ein Mensch und ihm wohnt -allein deshalb- seine unantastbare Würde auch dann noch inne, wenngleich die Folterer seinen Anspruch auf Achtung der Würde grob verletzen.

Dieses Credo (!) geht also 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 wiederum mit dem Glauben an die Vernunft des Menschen verbunden, also -mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts- an sein „geistig-sittliches" Wesen.

Ausgangspunkt ist aber die Realität: Vor Gericht stehen und im Vollzug sitzen nicht nur Personen in ihren Rechtsrollen, sondern deren Träger, die *Menschen*. So 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. Auch Menschenrechte haben Menschen.

7. *Weitere Diskussion.* So lautet die *systemkonforme Nachfrage*, ob denn sich die angeblich zurechnende Gesellschaft nicht wiederum im Recht, zumindest im Strafrecht und für die Grundrechte, vorrangig *natürlichen Akteur* Mensch ausrichtet.

Ist das Tun des Täters nicht vor allem über das „Verursachen" im „natürlichen Sinne" zu erfassen, also „inkorporiert" die Gesellschaft nicht den „Naturalismen"[996], und zwar deshalb, weil die Gesellschaften sich ihrerseits diesen Naturalismen, zumindest in der westlichen Welt, unterwerfen?

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

[996] 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."*

Totschlag etwa ist zunächst einmal ein Schlag, mit dem ein Mensch den Tod eines anderen Menschen herbeigeführt hat.

Im *liberalen 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.[997] 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,[998] der wird dennoch in der westlichen Welt gern *im Alltag* der Lebenswelt 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.

8. *Fazit.* 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 von den sozialliberalen Zurechnungslehren durch einen anderen Ansatz gelöst. Es wird nicht mehr zwischen *Metaphysik* und *Physik* in Sinne von

997 Dazu noch einmal aus der Sicht einer rechtssoziologischen Theorie des Rechts: Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 139, ein „allgemeines Organisationsprinzip".

998 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).

*Kant* getrennt. Stattdessen bezieht man sich auf einen funktionalen Einheits-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. Diese kennen wir als universelle Idee der Selbstorganisation aus der Soziobiologie. Die Idee der Willensfreiheit lässt sich am einfachsten mithilfe der Soziobiologie vermeiden, indem man den Menschen als ein *besonders kluges Tier* ansieht.

*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 gründen *Roxin, Jakobs* und andere, mit ihren folglich vorrangig *präventive* Lehren verfolgen, auf *soziale und personale* Vorstellungen. Denn auch die Spezialprävention zielt, wie der Aspekt der Resozialisierung zeigt, auf den Schutz der Gesellschaft.

Zur Frage nach der Wirksamkeit der Strafe könnte die Verfassungsgesellschaft 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.

Diese Deutung scheint auch der sozialen Realität zu entsprechen. Das deutsche Rechts- und Staatswesen ist als Teil des politischen Systems betrachtet -auch mit dem Strafrecht- hinreichend stabilisiert. Deshalb sind 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, die mit der Strafe sich und ihre Mitglieder als Rechts- und Freiheitspersonen, schützt, der sieht alles aus dieser Warte. Er unterwirft sich die ethische Idee der Willensfreiheit als Mittel zum Zweck und verwendet auch die Empirik nur nach Bedarf.

Dann allerdings müsste der sozialliberale Funktionalist auch überlegen, ob nicht auf der nächsten Denkebene, derjenige Akteur, „der zurechnet", auch eine Art von Subjekt sein muss, das tatsächlich und nicht nur kraft kultureller Fiktion

über eine Form von Willensfreiheit verfügt, zumal denn, wenn es auch hätte anders handeln könnte.

9. 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, dass wir im Alltag das *Gefühl und die Erfahrung von Freiheit* erleben oder aber dass wir uns die Willensfreiheit und mit ihr auch die Schuldfähigkeit *zumindest wechselseitig zurechnen* (können), und dass es deshalb auf deren Nachweis gar nicht ankommt.

- 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, die sie mit ihren technisch-kreativen Schöpfungen ständig unter Beweis stellt.

- 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, zählt ebenfalls zum *Menschsein*. Menschen sind im Recht zwar auch, aber nicht nur Träger von personalen Rechtsrollen.

## 4. Kapitel

## Systemwechsel: Determinismus und Strafe

### I. Deterministische Alternativen im Strafrecht (*Kargl, Herzberg, Schiemann, Hörnle*); kriminologische objektive Verantwortlichkeit (*Mergen, Scheffler*)

1. Die Darstellung des straftheoretischen Meinungstand ist fortzusetzen. Während die Funktionalisten das Problem der Willensfreiheit umgehen wollen oder sie als einen kulturelle Fiktion akzeptieren, gehen die Deterministen einen Schritt weiter und verlangen damit offen einen Systemwechsel.

Die Deterministen verbindet, dass sie die Möglichkeit von *Willensfreiheit bestreiten*, und zwar mit schlüssigen eigenen Varianten, aber auch mit durchaus ähnlichen eigenen personalen Angeboten. So bleibt insofern auch die Standartkritik daran dieselbe.

Mit dem Staatsrechtslehrer *Zippelius*[999], 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 der alten Vorstellung von der gesamten Welt als einer großen *Maschine* oder einem *Computer*. Frei könnte der Mensch allerdings dann insofern sein, als er aus dem Strom der Daten für ihn mit seinen selbstlernenden Algorithmen die reale Komplexität reduziert. Er greift nur Wichtiges heraus und macht sich eigene Modelle von künftigen Verhaltensabläufen, so dass er auf sie bereits vorbeugend reagiert und dadurch auch agiert.[1000] 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.

---

999 Zippelius, Recht, 1996, 368 ff. 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.).

1000 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“.

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 zum eigenen Nachteil zerstören zu dürfen, kann ihn zu sozialem Verhalten veranlassen.

2. *Kargl* setzt anthropologisch und somit vorrangig biologisch an und sieht viele Übereinstimmungen mit den Thesen des Deterministen *Danner*.[1001] Er teilt auf: Menschen seien *strukturell*, aber nicht in concreto fremdbestimmt. Er empfiehlt in Anlehnung an *Maturanas* Erkenntnisbiologie, postmodern von einem Zustands- oder *Strukturdeterminismus* aller lebender Systeme auszugehen.

*Kargl* trennt dabei zwischen der Situation des Beobachters, der vorausblickt, und der desjenigen, der zurückschaut. *Vorausblickend* beschriebe 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.[1002] Kurz: Diese Erwartungen hat die Natur dem Menschen vorgegeben.

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.[1003] Er vertritt insgesamt einen *weichen Determinismus* und damit zugleich einen *weichen Indeterminismus*.[1004]

---

1001 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).

1002 Kargl, Handlung, 1991, 97 f.

1003 Vgl. etwa Kargls Glossar zum Begriff der Freiheit, Kargl, Handlung, 1991, 581.

1004 Siehe ferner aus eher kriminologischer Sicht zum soziobiologischen Ansatz bezogen auf die Strafe: Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011, 22, zu „komplexen Systemen"

Folgerichtig kritisiert *Kargl*[1005] wie andere[1006], die 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*[1007] bedauert die sich dahinter verbergende *Emotionalisierung* des Strafrechts. *Kargl* empfiehlt,[1008] an die Stelle der *individuellen* Schuld solle man „*die objektive Differenz*" zum Handeln eines „*maßstabsgerechten Menschen*" setzen. Der Mensch wird damit zum Träger einer (sozialliberalen) Rolle und offen verobjektiviert.

Allerdings ist über die Gefühle als Gerechtigkeitsbedürfnis und Schuldgefühl noch nachzudenken. Sie könnten, so ist an dieser Stelle zu fragen, doch ihrerseits nicht nur von „absolut-blinder", sondern auch von „evolutionsbiologisch-vernünftiger" Bedeutung sein. Als Gerechtigkeits- und als Schuldgefühle kennt 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.[1009]

3. *Herzberg* schlägt einen etwas anderen Weg ein: Er bekennt sich zum Determinismus. Er erklärt, und zwar entgegen der Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* und dessen Ableitung der Willensfreiheit aus der Menschenwürde, dass das deutsche Strafrecht sich in Wirklichkeit gar nicht für den Indeterminismus entschieden habe.[1010] Es genüge die Idee, dass man für den

---

siehe zudem S. 23 f., zum Sprachgebrauch des „Programmes" und dem Bezug zu „neuronalen Netzwerken" siehe S. 24 f. Allerdings geht *Fabricius* ohnehin von einem deterministischen (empiristischen) Grundansatz aus, S. 32 ff., der für ihn jedoch für philosophische Deutungen der Erfahrungen offen zu sein scheint (S. 34).

1005 Kargl, Kritik, 1982, 413, 415.

1006 So auch Baurmann, Dogmatik, 1980, 196 ff., 204.

1007 Kargl, Kritik, 1982, 435.

1008 Kargl, Kritik, 1982 , 436.

1009 Siehe etwa Demmerling Scham, 2014, 115 ff.; zudem Lotter, Scham, 2012, 7 ff. (Überblick über die verschiedenen kulturellen und fachwissenschaftlichen Sichtweisen und Fragestellungen).

1010 Siehe hier etwa nur Herzberg, Willensunfreiheit, 2010, 3.

*eigenen Charakter seiner Persönlichkeit* einstehen müsse. Das So-veranlagt- So-geworden-Sein sei Gegenstand des Schuldvorwurfs.[1011]

Das Einstehenmüssen erfolgt dann gleichsam blind und wirkt 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. Dem ist zuzustimmen und es biete sich, auch für die Strafidee des „gerechten Schuldausgleichs", an, zwischen der *strafbegründenden* ausgleichenden Gerechtigkeit ohne Ansehung der Person und der bloß strafmildernden Schuldidee in Ansehen des würdigen Täter-Menschen zu trennen.

Zudem betont *Schiemann* analog dazu die Seelenvorstellung der „Identität" mit den Worten:

„*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.*"[1012]

Sie fügt an:

„*Es setzt eine Wechselbeziehung zwischen Täter und Geschädigtem voraus, ein Beziehungsungleichgewicht, das wieder ausgeglichen werden muss*".

Somit verwendet sie anstelle der Idee von einem freien Menschen immerhin die ähnliche Idee der *Person*. Aus der Wechselseitigkeit folgen aber eigentlich *strengere Strafen*. Auch bleibt zu fragen, ob diese Sicht nicht auf eine Art von *Privatstrafrecht* zulaufen müsste.

---

1011 Herzberg, Willensunfreiheit, 2010, u. a. 87 ff.

1012 Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 2012, 774 ff., 777; Leder, Person, 1999, 408.

4. *Tatjana Hörnle* bietet in ihrem Schlusswort zur Schrift von der „Kriminalstrafe ohne Schuld“[1013]: „*Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*“. Sie „*rekonstruiert das plausibelste Modell menschlicher Entscheidungsfindung*“ und 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*.“

Sie wählt insgesamt einen ähnlichen Weg fort vom subjektiven Willen und damit fort von der Willensfreiheit. Sie 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,[1014] 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.

Auch dieses Modell von der Wechselseitigkeit läuft das Grundprinzip der Tauschgerechtigkeit hinaus, das in der Tat auch ohne die Fiktion der Willensfreiheit auskommt.

*Hörnle* erklärt, die „*Praxis von Lob und Tadel*“ hätte auch dann Bestand, wenn Menschen von einer *deterministischen* Weltsicht ausgingen.[1015] 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*“.[1016]

Immerhin geht es damit also schon einmal um einen „Kontext“ und damit um den Eintritt in die Problematik der Komplexität und der konkreten

---

1013 Hörnle, Kriminalstrafe, 2013, 52 ff., (aus dem Abstrakt) und 79.

1014 So etwa Hörnle, Kriminalstrafe, 2013, 52 ff.; Darwall, Second-Person, 2006 , 3..

1015 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“).

1016 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 der *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.*" [1017]

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 aber geht auch *Hörnle* von einer Art von Freiheit des Aushandelns, dem Beteiligen 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"[1018] 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 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

---

[1017] Hörnle, Kriminalstrafe, 2013, 70; Bröckers Verantwortung, 2015, 385 f., 384 f

[1018] In seiner Schrift „Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit", Bröckers, Verantwortung, 2015, 385 f., 384 f. - Hervorhebungen im Original.

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. Schuld ergibt sich aus Maßstabfiguren. 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 *interpersonell* agierende *Beteiligte*, die offenbar doch auch alle auch selbst *normativ ansprechbar* sein müssen. Aber die Willensfreiheit als Autonomie des einzelnen Menschen lehnt er ab, und zeigt zugleich, welche *analogen* Begrifflichkeiten sie stattdessen (jedenfalls in unserer westlichen Rechts- und Sprachkultur) verwenden muss.

5. *Zwischenkritik.* Dieses Konzept 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. Denn die kollektive *deutsche* Moral hat zumindest kulturell *vereinbart*, die Würde des Menschen zu achten.

Der verfassungsrechtliche Personen-Liberalismus wird nicht ohne Grund insbesondere in den USA diskutiert. Dorthin passt er als Leitidee, weil dort eine strikte kulturelle Trennung stattfindet. Der Verfassung geht es um die „physikalische" Machtbalance (check and balance, der Freiheit vom exekutiven Staat, dem Recht, Waffen zu tragen etc.). Hingegen existieren die *Metaphysik* und damit die Humanität oder die Solidarität der Nächstenliebe (samt charity) in den Kommunen, vor allem in lokalen christlichen und die sonstigen *Freikirchen*. Sie aber gehen von Menschenbild der Eigenverantwortung eines „geistigen sittliche Wesens" aus, der seine höchstpersönliche Ethik zwar aus den freikirchlichen Religionsethiken ableitet. Aber er *selbst* ist seinem Richter-Gott verantwortlich.

Das Dilemma aller Anerkennungslehren lautet -aus der Sicht der *allgemeinen Menschenrechte*- ohnehin, dass man dem Anderen auch die Du-Personalität

*aberkennen* kann. Aus dem Du wird dann ein *Rechts-Neutrum*, es 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. Aber gerade wer dem Du-Anderen die Achtung auch versagen und ihn zum „Es“ hin demütigen kann, sei es vernünftig oder unvernünftig, berechnend oder auch emotional, der gilt uns im Westen als „Herrscher“ und in seinem Willen frei.

6. *Kriminologische Verantwortlichkeit*. Der Kriminologie bedient sich unter anderem der Denkwelt der *Soziologie* und der *Psychologie*. Vermutlich deshalb beschäftigt sie sich in der Regel *nicht* mit der Frage der Willensfreiheit. Auch legt sie ein Schwergewicht auf die Suche nach den *Ursachen* der Kriminalität und verfolgt damit der Sache nach einem deterministischen Ansatz.

*Scheffler* spricht es allerdings offen aus und erklärt umgekehrt, das

*„Indeterminismus-Postulat und das Vergeltungsprinzip…verhindert der Verwertung der kriminologischen Erkenntnisse … die dann lediglich ein Schattendasein außerhalb des Strafrechts führen, und Anomalien darstellen*

*…namentlich die Erkenntnisse der Ätiologie, der forensischen Psychiatrie, der Strafrechts-, Sanktions- und Vollzugsforschung..“* [1019]

Das ist aus der Sicht der Kriminologe konsequent. Daraus entsteht dann de *Vorrang* ein Maßregelrechts der Besserung und Sicherung. Es setzt das ähnlich wie später dann *Hörnle* vorschlägt, am *Tatunrecht* ansetzt. Man könnte danach auch das Prinzip des gerechten Tatschuldausgleich als eine Art von „Anomalie“ einfügen.

Der Kriminologe *Mergen*[1020] regt aus dem Blickwinkel der *Lehre von der Sozialverteidigung* folgerichtig an, statt von Schuld solle man ausschließlich auf ein „*objektives Verantwortlichsein im Sinne eines Stehens für …”* abstellen.

Auch *Scheffler*, der nach einem ähnlichen *kriminologisch* orientierten Strafrechtssystem sucht,[1021] fordert am Ende den Rückgriff auf den Gesichtspunkt des (sozial-objektiven) *Verantwortlichseins*.

Er will er ausdrücklich auch über die Schuld im Sinne der subjektiven Zurechnung hinausgehen. Ihm entgegen setzt er, allerdings de lege ferenda gemeint, das

„*System das Prinzip des objektiven Verantwortlich-Seins so daß das zweifelhafte Kriterium der Zurechnungsfähigkeit, das im geltenden Recht einen Filter darstellen soll, schlicht wegfiele und nur nach der tatsächlich begangenen Rechtsverletzung gefragt würde*“. [1022]

Eine Lehre, die die Schuld *verobjektiviert* deutet, benötigt einerseits nicht den Nachweis der Willensfreiheit und wird sich in vielen Fälle durch die Praxis der Gerichte bestätigt sehen, die zur Frage nach der *konkreten individuellen* Schuldfähigkeit das Modell eines „Maßstabsmenschen“ heranziehen (müssen).

Aber im Einzelnen erklärt *Scheffler* dann auch, und zunächst einmal recht einleuchtend

*„Grundsätzlich hat nur das täterschaftlich und vorsätzlich begangene, vollendete Begehungsdelikt mit ausgeprägtem Strafbedürfnis sowohl unter dem*

---

1019 Scheffler, Kritik, 1985, 192, auch unter Hinweis auf die dogmatische Kritik von Kargl.

1020 Mergen, Kriminologie, 1966, 44.

1021 Scheffler, Grundlegung, 1987, 75 ff.

1022 Scheffler, Grundlegung, 1987, 138.

*Gesichtspunkt der Tatschwere als auch unter dem der Tätergefährlichkeit zu rechnen"*. [1023]

Deshalb liegt der Kern des Unrechts bei dieser Art der *vorsätzlichen Rechtsverletzung*. Fast alle anderen Deliktsformen führen zumindest zu einer erheblichen Strafmilderung.

Aber mit dem *Vorsatz* führt *Scheffler* dann doch ein wesentliches *subjektives* Merkmal ein, § 15 StGB. Es ist zudem aus metaphysischer Schuldsicht in der Regel an das *Unrechtsbewusstsein* gebunden und über dieses auch mit der *Schuldfähigkeit* und auch dem *sittlichen Vorwurf* verwoben, nicht anders gehandelt zu haben. Deren *Fehlen* ist bei Vorsatzdelikten nur in Ausnahmefälle relevant ist, vgl. 17 StGB. Dies ist jedoch dann ein Fall, in dem das Schuldelemente einmal eine Korrektur (zugunsten des Täters) bewirkt.

*In der Regel* reicht das objektive Verantwortlichsein aus, wenn es mit dem *Vorsatz* verbunden ist. Man spricht auch für die Schuldebene von Vorsatzschuld. Auch der so genannte „Schuldspruch" der Gerichte soll in der Regel nur den *gesetzlichen Unrechtstatbestand* samt dem *Vorsatz* (oder dann gesondert genannt als Fahrlässigkeit) erfassen.

*Zusätzlich* nach die *ethischen* Merkmale der Schuld zu abzufragen, bringt also durchweg Vorteile.

7. *Fazit*. Damit sind strafrechtliche Lehren angeleuchtet, die den Determinismus als *Wahrheit* zugrunde legen, und es waren deren *Folgerungen* aufzeigen.

## II. Soziologischer Bildungsdeterminismus (*Dux*), philosophische deterministische Freiheit (*Pauen*); Zwischenbewertung

1. *Soziologischer Bildungsdeterminismus*. Wie schwierig sich die zu lösende Aufgabe aus der Sicht des sozialen Determinismus darstellt, zeigt die Kritik des Soziologen *Dux*[1024] am gegenwärtigen strafrechtlichen Schuldbegriff. Die rein soziologische Sicht legt im Übrigen generell eine entsprechende *soziale Determination* des Menschen nahe.

*Dux* 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

[1023] Scheffler, Grundlegung, 1987, 121.

[1024] Dux, Täter, 1988, insbes. 54 - 57.

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*[1025] an, der sich insbesondere mit der moralischen Entwicklung des Kindes beschäftigt hat. *Dux* weiter, von den Rechtswissenschaftlern sei deshalb auch zu Recht der Gedanken der „*Lebensführungsschuld*" ins Gespräch gebracht worden.[1026] Diesen Aspekt betont etwa, wenngleich aus indeterministischer Sicht auch *Figueiredo Dias*[1027]: 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 selbst nachgeprägt hat und dass er 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 zudem 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.

*Dux* entwickelt dabei eine dualistische Sowohl-als-auch-Feststellung, wenn er erklärt: *Subjekt und Welt* seien in einer „doppelsinnigen Weise aneinandergebunden". 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.

---

1025 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.).

1026 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 1967, 108 ff., aus Sicht eines Täterstrafrechts im Jahre 1940: Bockelmann, Studien, 1940, 145 ff., 153.

1027 Figueiredo Dias, Schuld, ZStW 1983, 220 ff., 237 ff.; dazu kritisch Roxin, Schuldstrafrecht, ZStW 1984, 641 ff., 649 f.

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 beschreiben dafür 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.

2. *Pauens psycho-personale Freiheitsumdeutung*. 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:[1028] 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 gewählt, der den Extremfall betrifft. Es wird nicht nur die extreme Idealvorstellung angegriffen, sondern auch sie noch um konstitutive Elemente reduziert. Denn 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 sittlichen Maßstäben zu begrenzen. Werden zudem 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 völlige Beliebigkeit der Willensbetätigungen selbst ohne die Berücksichtigung der psychobiologischen Bedürfnisse des Menschen deutlich auf einen „vernünftigen“ Kreis zurückgeführt.

*Pauen* erklärt auch, mit dem *reinen* Freiheitsbegriff hänge ein weiteres Problem zusammen. So sei 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.

---

[1028] Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 31 f.; mit Bezugnahmen unter anderem auf Nagel, View, 1986, 118; Strawson, G., Consciousness, Inquiry 1989, 3 ff., 10.

*Pauen* selbst will deshalb Freiheit auch personal, wie folgt, 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*“[1029].

In der Tat, wer ein Tun *unterlassen* kann, der ist frei. Er ist der Herr über sein Tun. Das ist die einfache Handlungsfreiheit. Die *Gesamtheit* der personalen Merkmale ähnelt zudem der Idee von den eigenen Regeln also der *eigenen Moral*. Es assoziiert eigentlich auch, dass er im Sinne von *Kant* für andere nicht wollen kann, was er nicht möchte, dass sie ihm zufügen. Den einen Schaden wird er in der Regel nicht wollen können (harm principle) etc.

Aus *psychologischer* Sicht geht es ihm -offenbar für die „Gesamtheit“ der personalen Merkmale- um die „Stabilität einer [...] Persönlichkeit“. Außerdem erklärt er, Personen seien in Anlehnung an *Strawson* und *Dennett*[1030] „*körperliche Wesen“, die einmal „direkt[en] präsente[n] Motive[n] wie Emotionen, Affekte[n] und körperliche[n] Bedürfnisse[n]“* aufweisen. Insofern stimmten sie mit *höheren Tieren* überein. Das habe schon *Aristoteles* festgestellt.

Zudem verfügten 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 gewännen auf diese Weise die Fähigkeit zu „*rationalem Wollen*“ im Sinne von *Tugendhat*[1031] 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. Auch insofern hätte er also auch unmittelbar an *Aristoteles* anknüpfen können.

*Pauen* legt letztlich ein gängiges Menschenbild zugrunde. Ohne ein solches ist im Übrigen die Frage nach der Willensfähigkeit auch nicht einmal zu denken. Allerdings ist sein Begriff der Person (von „personare“, durch eine Maske

---

1029 Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 38.

1030 Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 36; Strawson, P., Einzelding, 1972, 130; Dennett, Mechanism, 1982, 150 ff..

1031 Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff., 338, 345.

hindurch klingen) auch beschränkter und er ist 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 wird.[1032] Aber bereits mit dem Begriff der Person oder seiner Beschreibung des Menschen setzt er die recht eingeschränkte Freiheit als Axiom.[1033] Er beschreibt im Übrigen mit deren Individualität eine Eigenheit der bloßen Unberechenbarkeit. Es fehlt eigentlich nur noch der Hinweis auf ethische Maßstäbe und damit auch die Erörterung von deren autonomer oder heteronomer Herkunft.

2. *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 personale *Ersatzlösungen* anbieten, die in jedem Falle 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 Subjek*t 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 auch in vielen subhumanen Tiergesellschaften (und Vorstufen dazu sind Teil jeglicher

---

1032 Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 43.

1033 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*.“

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.[1034]

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 Menschrechte aller Menschen stützen. Diese immer noch naturalistisch begründbare Vorstellung von einer humanen Grundfähigkeit zu *kulturellen Illusionen*, sollte in einer an sich *offene*n empirischen Wissenschaft so lange als noch vertretbar offen gehalten bleiben.

## III. 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 alles miteinander zusammenhängt. Alles ist Teil eines blinden *kybernetischen Netzwerks* samt

[1034] 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.

einem Zufallsgenerator.[1035] Alle Gemeinschaften gleichen danach nur blinden Schwärmen, sodass auch das Erleiden von Strafe, wie das Fühlen ansonsten, nur auf elektrische Feuerwerke im *Nervensystem* zurückzuführen ist.

Strafe ist in einem solchen System weder sinnhaft noch nützlich, sondern als Ergebnis reiner Physik *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 ergibt sich das Modellbild des Akteurs, der *Widerstand* übt und in der nächsten Stufe dann aktiv und energetisch handelt.

2. Einen Weg zu einem rein physikalischen Modell weist die *Neurophilosophie* auf. Nur muss auch sie klären, ob sie denn ohne die Idee von der aktiven Person auskommt:

Hirnforscher und mit ihnen die Neurophilosophen fragen derzeit vor allem, ob etwa mit dem Experiment von *Libet* nicht der Determinismus empirisch *nachgewiesen* ist.[1036] Danach wäre dann auch nicht einmal mehr eine Fiktion der Willensfreiheit möglich. Diese Erkenntnisse haben zu Recht auch die Strafrechtswissenschaft[1037] in Aufruhr versetzt.[1038]

---

1035 Zum ähnlichen soziobiologischen Ansatz bezogen auf die Strafe siehe Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011, 22.

1036 Nachfolgend ein überarbeiteter Text aus: Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 12. Kap. III.

1037 Siehe etwa mit drei verschiedenen Ausrichtungen in Goltdammers Archiv: Jäger, C., 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?"). Zudem: Frisch, Zukunft, 2014, 187 ff. ("Zur Zukunft des Schuldstrafrechts – Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften"). Schild, W., Hirnforschung, 2017, 11 ff. („Hirnforschung und Strafrecht. Die Schwierigkeit, keine Satire schreiben zu müssen").

1038 Aus der Sicht der *Rechtsphilosophie*: Fernandes Godinho, Erkenntnistheorie, Rechtsphilosophie 2017, 266 ff. („Wissenschaftliche Erkenntnistheorie und strafrechtliche Methodologie: Beziehungen und Grenzen zwischen moderner Hirnforschung und strafrechtlicher (Willens)freiheit?"), Heussen, Libet, Rechtsphilosophie 2017, 275 ff. („Libet, Rizzolatti, Haidt - Der Anteil des Unbewussten an rechtlichen Entscheidungen"). Kieser, Freiheit, 2012, („Freiheit, Verantwortung und Schuld: Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das deutsche Strafrecht"), 95 ff. (Zu den Neurowissenschaften), insbesondere 104 ff (zum Libet-Experiment und zu Folgeexperimenten).

Das *Libet*-Experiment belegt, dass die Messungen frühzeitiger elektrische Aktivitäten ergeben haben, als die Menschen sich dessen bewusst sind. Danach hat das Gehirn schon die *Entscheidungen zur Handlung* deutlich *früher* getroffen als sie der Mensch sie selbst bewusst wahr nimmt. Das Gehirn *datiere* sein eigentlich *nachfolgendes* Bewusstsein von seiner Entscheidung sogar *zurück*.

Danach stelle das Bewusstsein des Menschen, selbst und frei 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* eingeräumt sei.[1039] Weitere Experimente etwa von *Haynes* verfeinern dabei *Libets* Ergebnisse.[1040]

3. Der viel zitierte Determinist und Psychologe *Prinz* erklärte (jedenfalls zunächst):

„*Wir tun nicht, was wir wollen …, sondern wir wollen, was wir tun*."[1041]

Der Psychologe *Markowitsch* meint, das Schuldstrafrecht beruhe folglich auf einem *Volksglauben* und unsere angeblichen Erfahrungen seien allenfalls mit der Alltagspsychologie zu begründen.[1042]

Der Hirnforscher *Roth*[1043] fordert konsequenterweise ein reines *Präventionsstrafrecht*, etwa im Sinne der heutigen deutschen Maßregeln der Besserung und Sicherung.

Der britische Psychologe *Hood* erläutert ähnlich in seinem Buch „*The Self Illusion. How the social Brain Creates Identity*"[1044]:

---

Aus der Sicht der *praktischen Philosophie* (Ethik): Knoepffler, Würde, 2018, 30 ff. (eines von „Drei Probleme mit der Freiheit: Milgram-Experiment, *Libet-Experiment*, Gedankenexperiment: "Nachtzug nach Lissabon"" - Hervorhebung nicht im Original).

1039 Libet, Mind, 2004/2007, 172; Chun/Brass/Heinze/Haynes, determinants, 2008, 543 ff. , 543 ff.

1040 Roskies, Neuroscience, 2010, 109 ff., 109 ff. Siehe zur deutschen Diskussion vor allem: Singer, Problem, 2009, 233 ff. , 223 ff.

1041 Prinz, Freiheit, 1996, 86 ff. , 98; zudem: Prinz, Mensch, 2003, 18 ff. (unter dem Titel „*Der Mensch ist nicht frei*").

1042 So aus der Sicht der physiologischen Psychologie: Markowitsch/Siefer, Tatort, 2007, 218.

1043 Roth, Gewaltstraftäter, 2012, 89 ff., 102.

*„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."*

Er folgert:

*"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."*

*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 Modell der „kin-selection" ein vorrangig soziales Ich erschafft.

Die angloamerikanische Philosoph *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."*[1045]

*Thomas Metzinger* erläutert 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."*[1046]

---

1044 Hood, Self, 2012, Text aus in seinem Verlagsabstrakt, zudem: 154 ("Why our choices are not our own"), 184 ff. ("How the tribe made me").

1045 Dennett (Wuketits), Philosophie, 1991/1994, 538.

1046 Metzinger, Ego-Tunnel, 2009, 192.

4. *Fazit*. Mit diesem Blick auf die Hirnforschung und auf einige ihrer nachfolgenden Konzepte ist die Ausgangslage dargestellt, die zu einer heftigen Diskussion und Kritik geführt hat.

## IV. Veto-Element (*Hoppe/Elger*), ambivalente Neurophilosophie der Individualität (*Roth/Pauen*"), Geist der Tiere (*Roth*), „Gehirn als Subjekt?" (*Krüger*), „Wille als Artefakt" (*Prinz)*

1. *Besonderheit des Veto-Elements, als bewusstes Korrigieren.* Aus der empirischen Perspektive ist zunächst auf *Hoppe/Elger* hinzuweisen. Sie heben zum einen aus einer gemischten „*psychophysiologischen Sicht*" das *Veto*-Element bei *Libets* Untersuchungen heraus, das in den Studien zumindest bei einigen Probanden sichtbar geworden sei.[1047]

Das alte Überprüfen und Nachdenken bleiben also auch im *Libet*-Experiment noch sichtbar. Dabei genügt es auch, dass zumindest einige Probanden Veto-Symptome zeigten. Die Übrigen könnten auch mit ihren vor-bewussten Gefühlsentscheidungen zufrieden gewesen sein. So ist es auch gar nicht effektiv und sinnvoll, alles Tun noch einmal während der Tat zu hinterfragen. Jeder von uns setzt etwa die meistens seiner Schritte „automatisch". Aber es reicht auch fähig zu sein, *vorher* und *nachher* über unser Tun nachzudenken und zudem bei allen Aktionen, die aus *mehreren Teilakten* bestehen, und auch zwischenzeitlich inne zu halten und sie bewusst überprüfen und umplanen zu können.

So kennen wir die evolutionär betrachtet vorteilhafte menschliche Fähigkeit zur *Beurteilung*, und zwar fremden und auch des eigenen Verhaltens, seien die eigenen Taten nur angedachten oder auch bereits fest intendierten. Denn wir können von ihnen noch zurücktreten. Diese Fähigkeit dient uns

- erstens als *richterähnliche Entscheidungsinstanz*, wenn es Alternativen gibt und innere Konflikte entstehen zwischen kurzfristiger Lustbefriedigung (etwa beim Essen) und der langfristigen Vernunft (Gesundheitsvorteil),
- zweitens bei *mittelfristige Planungen*, um die verschiedenen denkbaren Wahlmöglichkeiten zu erkennen und gegebenenfalls auch noch mit anderen Menschen zu diskutieren,

[1047] 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 „Veto" nach dem Einsetzen des Bereitschaftspotenzials bei einigen seiner (Libets) Probanden*…").

- drittens um die Welt und sich selbst überhaupt absolut, also losgelöst, zu erkennen, fiktiv und von außen, um sie und sich gegebenenfalls auch kindlich-spielerisch in der Form von künstlichen Modellen nachzubauen und sie sich auf diese Weise gedanklich zu verinnerlichen und zu beherrschen.

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.[1048] Das praktische (deutsche) Strafrecht kennt seit mehr als hundert Jahren die Rechtsfigur der „Rücktritts vom Versuch", § 24 StGB, die zur Straflosigkeit desselben führt. Mit diesem, 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*[1049] 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*".

---

1048 Locke (Meiner), Versuch, 1690/2006, Buch 2, Kap. XXI, 40 ff.

1049 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 Handlungsteuerungen*", und zwar „entlang der drei Achsen" (1) „bewusst–unbewusst", (2) „rational–emotional" und (3) „individuell–sozial".

Aber dann gibt es für den Menschen zumindest das Modell der Selbstbestimmung und eine Art von eingebildetem Selbst, und zwar sogar als eine evolutionäre Entwicklung der *Natur*. Außerdem unterstellen sie umgekehrt schlicht, dass es keinen Geist gebe. Was aber sind dann die Gesetze der Natur und die Informationen, die die Gene tragen*?*

Weiter ist zu prüfen, wie sich denn *Pauen* und *Roth*[1050], 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 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,[1051] 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.[1052]

3. Sozialphilosophisch argumentieren *Pauen* und *Roth* dann, wenn sie sich zudem an Thesen von *Darwall* anlehnen und auch sie 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*".[1053]

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 gegenüber als Anderer auftritt und sich als ein solcher Anspruchssteller begreift. Art. 2 I GG greift diesen Gedanken auf,

---

1050 Pauen/Roth, Freiheit, 2008, vgl. etwa 16 ff.

1051 Pauen/Roth, Freiheit, 2008, 141 ff.

1052 So etwa Hörnle, Kriminalstrafe, 2013, 52 ff.; Darwall, Second-Person, 2006, 3.

1053 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).

soweit die eigene *Freiheit* über die Rechte der *Anderen* definiert wird, ebenso wie es schon *Fichte* getan hat.

*Pauen* und *Roth* greifen also zumindest insofern auf die Idee der Freiheit zurück, als sie sie wechselseitig zuerkannt wissen wollen. Man müsste nur anfügen, dass neben der Ich-Du-Beziehung offenbar doch auch ein „Wir-Bild", etwa als „We, the people" existiert, dass 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. *Geist und Bewusstsein der Tiere*. Was die Frage von *Geist und Bewusstsein* angehe, so mit *Roth* weiter, gebe es bestimmte bildgebende Verfahren, mit denen man diese Prozesse sichtbar machen könnte, z.B. dadurch, dass geistige Tätigkeit von erhöhter Hirndurchblutung, also Hirnstoffwechsel begleitet sei, die sich objektiv feststellen ließe. Entsprechende Ergebnisse hätten sich aber auch bei Affen, Katzen und Hunden gezeigt. Sie seien im Übrigen ebenfalls aufmerksam, konzentriert und dächten nach. Insofern, so folgert er, sei der *menschliche Geist* Teil der Natur.[1054]

Diese Feststellung einmal als solche zugrunde gelegt, ist es also nicht in erster Linie das Erkennen und Einordnen von Umweltveränderungen, das den Menschen vom Tier unterscheidet, sondern -insofern- vorrangig seine Sprache. Sie erlaubt kollektives Erkennen und Handeln und verlangt demgemäß auch nach „kollektiver Begrifflichkeit", also nach kurzfassender modellhafter und damit abstrahierender Beschreibung. Zu beschreiben sind nicht nur alle äußeren, einschließlich der sozialen Veränderungen, sondern auch die „inneren" Veränderungen. Rückkoppelnd sind alle Botschaften aufzunehmen und zu verarbeiten.

Das *Geistige* ist, so verstanden, also *existent*, aber bereits Teil der Natur. Doch das *Erkennen seines Selbst*, seiner *Gesellschaft* und der *Natur* ist offenbar zumindest in besonderem Maße dem Menschen eigen. Hinzukommt noch das *Sittliche*, das heißt, und zwar auch schon mit *Aristoteles*, zwischen Gut und Böse trennen zu können.

5. *Hirn als Subjekt*? Wenn *Hans-Peter Krüger* aus der Sicht der *Hirnforschung* danach fragt, ob das *Hirn* etwa das *Subjekt* sei und er die Idee der Subjektivität lediglich als eine immer noch *„dominante kulturelle habitualisierte*

---

1054 Roth, Mensch, 1993, 55 ff., 70 ff.

*Erwartung*“[1055] begreift, dann ist doch immerhin offenbar das Hirn als Schöpfergeist aufgetreten und das Hirn beherbergt beides, die Idee der Subjektivität und diese kulturelle Erwartung auf kreative Art. Steckt aber hinter diesem Hirn eine biologische Evolution, so ist es also die Natur, die eine 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.

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[1056], indem es bereit ist, sich ständig zu

---

1055 Siehe dazu den Sammelband mit dem Obertitel „Hirn als Subjekt?“, dazu etwa Krüger, Hirn, 2007, 61 ff.

1056 Walter, H., Neurophilosophie, 1998 , 172 ff., 182, und Kim, Supervenience, 1993, unter anderem 267. Walter erhebt den Gedanken der „Supervenienz“ und der „Emergenz“ zur Grundlage einer vorgeblich monistischen, „minimalen Neurophilosophie“. Zu „supervenieren“ bedeutet im Groben „darüber kommen“. Das Mentale beruhe, so Walter, zwar einerseits auf dem Physischen, gehe aber andererseits überraschend darüber hinaus, sei also nicht auf dieses zu reduzieren. Kurz: ohne Körper kein Geist,

verändern. Diese Art von Freiheit ist ihm also, wie im Übrigen abgestuft jedem sich selbst organisierenden Lebewesen, eigen.

6. Auch *Hood* verdrängt offenbar, dass jeder Mensch, wie übrigens auch jedes Lebewesen, *individuell* ist und schon insofern über ein *eigenes* Gehirn verfügt, wie den Umstand, dass der Mensch nicht genetisch fest an das Primatenmodell der überschaubaren Stammesgesellschaft gebunden ist.

Mit den Zahlen und der Mathematik kann der Mensch überdies „selbst" die Welt 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 und fragt nach den meist un- und unterbewussten Beweggründen, Die Psychoanalyse setzt mit dem Kind-Eltern-Verhältnis sozial und fremdbestimmt an. Stattdessen ist das Positive und Offenkundige heranzuziehen. Wir Menschen *re-konstruieren* die reale Welt nun einmal in unserem 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".

7. *Prinz* schließlich lässt sich inzwischen auf Kompromissgedanken ein und nimmt die Soziologie mit auf:

*„Wir sehen jetzt, dass der freie Wille… eine soziale Institution ist – eine kollektive Erfindung, die von Menschen für Menschen gemacht ist,…".*

Er fügt danach gleich die Ideen von „*Freiheitsintuition*" und „*Selbst*" in sein Konzept ein:

*„Freiheitsintuitionen entstehen nämlich dann, wenn, und dadurch, dass Individuen in sozialen Diskursen lernen, ein eigenes Selbst als Quelle von Handlungsentscheidungen und Handlungen auszubilden. Dies ist die eigentliche Funktion, für die das mentale Selbst gemacht ist*." [1057]

Außerdem begreift er die Freiheit als eine soziale *Realität,* wenn er erklärt:

---

aber Geist ist etwas anderes als Körperlichkeit. Diese Sicht begründet, und zwar statisch betrachtet, eine Art der Transzendenz.

[1057] Unter dem Aufsatztitel: „Der Wille als Artefakt". Prinz, Wille, 2008, 642 ff., 652.

„*Im Reich der sozialen Artefakte, die durch kommunikatives Handeln erzeugt werden, wird stets Realität durch Repräsentation konstituiert. Geld ist Geld, weil wir es dafür halten.*“ [1058]

Insgesamt ist für ihn dennoch der „Wille ein Artefakt“, also ein von Menschen geschaffenes Kunstwerk.

Danach ist die Vorstellung vom freien Willen immerhin noch ein mutmaßlich elementarer Teil der menschlichen „Kultur“. Deren Aufgabe ist es unter anderem zumindest „Verantwortlichkeiten und Haftungen“ für das eigene individuelle Tun oder auch ein kollektives Verhalten zwischen Gruppen zu schaffen. Aber umgekehrt gilt vermutlich auch, dass jedes *biologische Reizsystem,* das ein Lebewesen mit Belohnungen und Strafen steuert, eine Art von hoch „sensiblem Akteur“ schafft. Auf diesem Wege entsteht die *Selbstorganisation,* die eine Art von Identität, eben ein ganzheitliches Selbst entwickelt. Jenes Ich oder Wir ist dann der lebendige Gegenstand der Motivationen, also der biologische Zweck der „Präferenzen“ im Sinne von *Prinz*.

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“?

8. *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 kann 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.

Maßgeblich ist für die *eigene* gefühlte *Freiheit* -danach- die Komplexität der *Vernetzungen* im Gehirn, die innere *Selbstorganisation,* die jeder Handlung vor und mit ihr einhergeht und die als selbst *eingeübte* Grundhaltung insgesamt das Leben prägt.

[1058] Prinz, Wille, 2008, 642 ff., 652.

In einer jeden *Kultur* gilt Ähnliches. Es ist deren innere Vernetzung als Kommunikation und die Komplexität. Die Art und Weise der wechselseitigen *Zuschreibungen* und *Anmaßungen* von sozialen Rollen formt dabei die „persönlichen Freiheiten" der jeweiligen sozialen Personen. Diese Rolle erfasst dann *mittelbar* auch deren menschlichen *Träger*, etwa im Sinne von Grundrechtsträgern.

Das „Selbstempfinden" von „Freiheit als und zur Selbstorganisation" kennzeichnet den einzelnen Menschen und jedes Kollektiv. Es ist zugleich eng mit der Vorstellung von *Herrschaft*, und zwar über das Eigene, verbunden. Es *unterliegt* aber dem Ziel und Zweck des jeweiligen Selbst.

## V. Strafrechtliche Kritik: Unberechenbarkeit von komplexen Systemen, Gefahr des Naturtotalitarismus (*Fischer*); Unschlüssigkeitsvorwurf (*Hillenkamp*); Fremdbeherrschung als Freiheitsbeleg

1. Die *Strafrechtwissenschaften* diskutiert die Neurophilosophie überwiegend kritisch. Sie versuchen auf diese Weise zu belegen, dass das Schuldstrafrecht Bestand behalten kann, weil der vermutete Nachweis der Determination des Menschen durch das *Libet*-Experiment nicht hinreichend gelungen ist. So lassen sich die folgenden Schlaglichtet setzen.

Obgleich selbst Determinist, lehnt etwa *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.[1059]

Mit *Thomas Fischer* ist auf das Problem der *Unberechenbarkeit und Komplexität* menschlichen Verhaltens hinzuweisen,[1060] mit dem jeder Determinismus zumindest f*aktisch* 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 unendlichen Anzahl von Wechselwirkungen erfordern; überdies müsste sie über*

[1059] Herzberg, Willensunfreiheit, 2010, 3, anders dagegen Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 2012, 774 ff., 774, die zustimmend auf den Determinismus von Singer verweist.

[1060] Fischer, StGB-Kommentar, 2019, Vor § 13 Rn 10, zudem Rn 8 ff., und zur Schuld: § 20 Rn 3.

*perfekte Modelle für das dynamische Funktionieren chaotischer Systemen verfügen".*

Er rügt auch folgerichtig, dass es sich am Ende um eine „*letztlich totalitäre „Natur"-Vorstellung"* handele, also um eine absolute *dogmatische* Letztbegründung.

Als Alternative verwendet auch *Thomas Fischer* den kommunikativ-systemischen Ansatz, mit dem er die Schuldidee von außen und doppelt 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."[1061]

Zwar trennt *Fischer* zwischen der menschlichen und der sonstigen Natur, in der auch etwa auch Gruppen von Säugetieren auch kommunizieren, um Erwartungssicherheit zu erlangen. Aber immerhin und mit anderen Worten stellen danach „Schuld und Verantwortung" Teile der Kultur einer *jeden menschlichen* Gesellschaft dar.

2. *Hillenkamp* 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*.[1062]

Sein Fazit lautet ganz im Sinne der bisherigen herrschenden Ansicht.[1063]

„*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, dies ergibt sich daraus, ist also *unschlüssig*. [1064]

---

1061 Fischer, StGB-Kommentar, 2019, Vor § 13, Rn 10. Zudem: Fischer, Natur, 2017, 33 ff. („Natur, Moral, Stigma – Bemerkungen zur Frage, wie Schuld in die Welt kam").

1062 Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff. („Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz"), insbesondere 14 ff., 26 ff.

1063 Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff. , 80, 82

*Hillenkamp* bleibt dabei, es zeige sich im Gegenteil eine „von uns allen alltäglich erfahrene, gewissermaßen notorische Lebenswirklichkeit", die sich auch „als Schlussfolgerung aus … Experimenten von Forschern wie Libet oder Herrmann" ergebe. Er selbst betont also das alte Argument der Erfahrung in der Form der Lebenswirklichkeit. Es muss auch ausreichen, weil umgekehrt der Nachweis der „Freiheit von Kausalität" schon logisch nicht auf „kausalem Wege" zu erbringen ist.

Daher entstünde, so *Hillenkamp* weiter, das „letztlich unaufhebbare non liquet in der Beweislage". Aus diesem heraus „hat sich das Rechtssystem Deutschlands für die Annahmen von (Willens-) Freiheit entschieden".

3. *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*".[1065]

Dabei bleibt zwar zu bedenken, dass zwischen dem Experiment und seiner Deutung zu trennen ist. Aber diese Ansicht von *Libet* verfügt dennoch über Gewicht.

*Eisele* kommt somit ebenfalls und mit der weiterhin ganz herrschenden Ansicht zu Gesamtergebnis, dass „*eine Modifikation des Schuldstrafrechts nicht notwendig*" sei.[1066]

4. *Eigenes Argument*: Zu bedenken ist außerdem, dass in jedem *Determinismus* die Freiheitsidee der *Herrschaft* steckt. „Jemand" oder „Etwas" muss determinieren.

Beim Naturalismus ist es die *Natur*, die sich selbst beherrscht (!). Aber sollte sie diese Fähigkeit der Autonomie dann nicht auch, wenngleich abgeschwächt auf alle ihre Subsysteme und deren Subsubsysteme etc. übertragen, und zwar auch deshalb, weil der Naturkosmos zugleich auch aus ihnen besteht?

---

1064 Dazu aus der Sicht der Rechtsphilosophie: Wolf, Willensfreiheit, Rechtsphilosophie 2017, 237 ff., 237: Die Möglichkeit von Willensfreiheit sei auch durch die bisherige Kritik, auch die der der Neurophilosophie, „nicht eindeutig widerlegt".

1065 Eisele-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. §§ 13 ff. Rn 110 a (mit weiteren Nachweisen und Argumenten); vgl. auch: Jäger, C., Willensfreiheit, GA 2013, 3 ff. , 8 f.

1066 Im Original fett hervorgehoben: Eisele-Schönke/Schröder, 2019, Vorbem. 13 ff. Rn 110 a.

So geht es nur noch um das humane Bewusstsein zwischen Gut und Bösen trennen und sich für beides (frei?) entscheiden zu können. Aber bietet nicht hier auch erstens die Natur mit ihren dialektischen Gesetzen von *Selbsthaltung* und *Veränderung* zumindest ein Grundmodell für die Freiheit vom alten Strukturen und hin zum Neuen, und zwar dauerhaft als zumindest als trial and error? Hat sie nicht auch dann zweitens das besondere *Unrechtsbewusstsein* (auch als Scham- oder Schuldgefühl oder Werte-Tabu und Gerechtigkeitsempfinden) des homo sapiens, immerhin *vor*programmiert?

Die guten Gründe, solche Fragen stellen zu können, genügen. Schon damit zeichnet auch aus der *Binnensicht* der Geistesströmung des *deterministischen Naturalismus* die *Möglichkeit* von Willensfreiheit und bewusster sittlicher Autonomie ab. Der Naturalismus kann gern darauf beharren, sie mit *funktional* und amoralischen und neutralen sozio-biologischen Parallel-Begriffen umschreiben, wie der „Selbstorganisation“ oder dem Menschen als „kommunikativen Subsystem“.

5. *Fazit*. Damit sind Schlaglichter auf Argumente derjenigen geworfen, sich gegen den Determinismus der Neurophilosophie wehren.

## VI. Strafrechtliches Zwischenergebnis: die alten Probleme bleiben

1. Beim *Libet*-Experiment handelt es sich um elektrische, also *physikalische* 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 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 herkommen, führt der Weg aber schon wieder zur Rollenidee von der Person.

Der Gegenbeweis der Existenz der Willensfreiheit ist danach bislang nach nicht erbracht und kann mit kausalen Ansätzen ohnehin nicht erfolgen.

Dieses nach allen als „gut vertretbar“ einleuchtende Ergebnis ändert jedoch für das Strafrecht nichts an seinem alten Dilemma. So obliegt schon dem gegenwärtigen Schuldstrafrecht zwar vielleicht nicht die *Beweislast* im engen prozessualen Sinne für die Willensfreiheit. Es benötigt aber doch *tragfähige gute Gründe* dafür, weshalb es dem Täter *vorwerfen* will, er habe doch „im Willen frei“ anders handeln können und müssen und sie deshalb zu bestrafen.

Es hilft auch nicht weiter, das *Bundesverfassungsgericht* zugespitzt davon ausgeht, dass Strafrecht von vorkonstitutionellen Art sei und es außerdem die es die Menschenwürde, die Freiheitsrechte und das Rechtstaatsprinzip, aus denen das Schuldprinzip abzuleiten sei im Grundgesetz vorfinde.

Dieser Schuldspruch wird bei diesem Sachstand nicht allen Vernünftigen und aufgeklärten Demokraten ausreichen, um die Schuldstrafe „im Namen des Volkes“ mitzutragen. Kurz gefasst bleibt das Beweislastproblem, wenn man die Strafe mit der Schuld rechtfertigt.

2. Zudem ändert diese (gegenwärtige) Bestätigung der alten Lage, nichts daran (a) entweder *zusätzlich* nach der soziale Nützlichkeit und empirischer Effektivität der Schuldstrafe zu fragen, und sie innerhalb eines weiten Tatschuld-Rahmens vor allem *strafmildernd* mit zu berücksichtigen (*vergeltende Vereinigungstheorie*) oder aber (b) auch dieser Fragen den *Vorrang* einzuräumen (*präventive Vereinigungstheorie*). Im letzteren Falle aber muss die *strafrechtliche* Schuldidee die Strafe im Sinne von *Roxin* „limitieren“.

Verfassungsrechtliche könnte es genügen, die Menschenwürde-Idee als *Sperrriegel* einzusetzen und *unterhalb* der Verfassung ein weitgehend präventiv kriminalpolitische Lehre der *sozialen Verteidigung* zu vertreten. Diese Grundhaltung würde *für die Praxis* einen kleinen *rechtskulturellen Systemwechsel* bedeuten. Für ihn sollte dann auch das Gesetz offen umgeschrieben werden. Aus der Schuld sollte die „Verantwortlichkeit“, und zwar nicht vorrangig vor sich, sondern vor den „Anderen“ und vor der „Gesellschaft“ werden. Denn sie erkennen auch dem Bürger die Freiheitsrechte oder zumindest deren Gewährleistung zu. Es genügt dabei, dass die die Anderen und die Gesellschaft ihren Mitgliedern mit dem Strafgesetzbuch diese „Strafrechtspflicht“ gesetzlich bestimmt *zuschreiben*.

Demnach gilt auch, solange die Idee der Menschenwürde auch auf diese Weise kulturellen Bestand haben kann, müssen sich alle rein systemisch-normativen Zurechnungslehren (*Jakobs* u. a) aus verfassungsrechtlicher Sicht damit abfinden, zwar nicht in der Theorie aber in der Rechtspraxis von der Idee der Menschenwürde überwölbt und durchdrungen zu werden. Die Idee der „Erwartung normgemäßen Verhaltens“ ist dann zu konkretisieren. Die Norm richten sich im allgemeinen öffentlichen Recht an den Grundwerten der Verfassung oder deren vagen „Werteordnung“ aus und Sonderrechtsgebiet des staatlichen Strafrecht zumindest auch an den Rechtsgüter und auch an der Idee des gerechten Tatschuldausgleichs. Im Recht kann man sich nur schwer gegen eine von zwei Grundnormen (gegen Art 1 und nur für 20 GG) durchsetzen.

Zudem beruht das gesamte westliche Rechtsdenken auf den Freiheitsrechten der Freien.

Umgekehrt stellt der Weg über die kulturelle *Fiktion* der Willensfreiheit am Ende nur eine methodische *Hilfskonstruktion* dar. Sie hilft zwar weit und beruht auf einem *Verfassungskonsens*. Aber zu versuchen ist zumindest auch diesen dritten (Hilfs)-Weg *wissenschaftlich* zu verfestigen.

## 5. Kapitel

## Grundlegende Sonderlehren als vermittelnde Sichtweisen

### I. Natürliche Komplexität und Selbstorganisation, *Rössners* kooperativer Sozio-Naturalismus, *Keils* anthropologische Grundfähigkeiten

1. Es gibt *grundlegende* Sonderlehren, die auf unterschiedliche Weise vermittelnde Sichtweisen anbieten. Dabei erlaubt der *dualistische* Grundansatz es immer auch schon, neben der „Metaphysik" auch die „Physik" weiter zu denken. Es genügt nicht, die Neurophilosophie abzuwehren; die Naturwissenschaften gehören auch zum abendländischen Denken.

Zu betrachten sind zunächst drei besondere methodische Ansätze:

- die Ideen von Reduktion der Komplexität und die systemische Selbstorganisation,
- *Rössners* kooperativer Sozio-Naturalismus und
- *Keils* Anthropologie der Grundfähigkeiten.

*Reduktion der Komplexität und systemische Selbstorganisation*. So geht es nicht nur um die Hirnforschung und der Deutung ihrer Ergebnisse, sondern um das Verhältnis des 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-Theorie*[1067] hoch komplex sein. Die Spezies Mensch mag deshalb und gerade zur *Reduktion der Komplexität* im Alltag die Idee eines f*reien Geistes als Urheber* entwickelt haben.

Es handelt sich dann eben nur, aber immerhin um eine (scheinbar nur) *besonders* beim Menschen ausgeprägte Eigenschaft, abstrahieren zu können, die

[1067] 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 derzeit zu groß erscheint).

in halbabstrakten Sprachebegriffe fassen und auch mit künstlichen Symbolen arbeiten zu können.

Die Fähigkeit dazu, die dann allerdings unsere Genetik vorgeformt hat, stellt vermutlich den Ausgleich dazu dar, dass der Mensch im Sinne *Gehlens* weniger durch genetische Vorprogramme bestimmt ist als selbst seine nächsten Verwandten aus der Gruppe der Primaten. Willensfreiheit gibt es -danach- 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“[1068] nennen, auch wenn dieses Wort negativ eingefärbt ist.

(2) Die physikalische Art der Gerechtigkeit finden wir dann im Prinzip von Druck und Gegendruck. Das 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.

Dennoch kennen wir diese Vereinfachung der Wechselseitigkeit, weil wir auf diese Weise die Komplexität der reduzieren können. So gilt die Reziprozität uns auch als Grundregel der *physikalischen Gleichungen.* Sie tritt in der mathematischen Spieltheorie als die „Tit for Tat“ Strategie des alten „do ut des“ in Erscheinung, das mit dem eigenen vertrauensvollen kooperativen Geben beginnt und dann erst das blinde „Wie Du mir, so ich dir Spielstrategie einsetzt, und als Grundprinzip auch die *Evolution* der Gesellschaften und aller komplexen Körper und Systeme miterklärt.

So betont etwa *Rössner* mit seinem kriminologischen Hintergrund zu Recht das „*Gesetz der Reziprozität sozialen Verhaltens*“, er geht auf die *Spieltheorie* ein und folgert einsichtig:

---

[1068] 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.

„Im sanktionierenden System etablierten und stabilisierten sich… kooperative Verhaltensweisen.“[1069]

Alle natürlichen Systeme versuchen sich auf diese Vergeltungsweise, möglichst in der positiven Form, selbst zu stabilisieren. Sie üben zwar zudem auch Macht nach innen aus. Neben diesen ur-zivilen Ansatz gibt es also auch ein hoheitliches Element. Aber die Allgemeinheit der *Einzelnen* bedarf immer auch der zivilen Kooperation, des do ut des, die ohne die Verweigerung gegenüber dem Verweigerer (Negation der Negation) nicht auskommt.

Auch die Naturalisten und alle sozialen Funktionalisten stoßen also ständig auf das, was die Ethiker als strenge Gerechtigkeit im Sinne als Wechselseitigkeit bezeichnen. Diese Weg schließt mit ein, diese einfache Strategie zu ergänzen und sie entweder sozial oder humanethisch abzufedern, weil dies 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) Der erwachsene Mensch kann allerdings vom Strafen und auch vom Meiden absehen. Er steht insofern im Sinne von *Libets* und *Hoppe/Elger*s Veto-Variante des *Libet*-Modells *über* den natürlichen Reflexen. Auch kann er sich allein oder auch gemeinsam mit anderen Menschen in Ruhe über die (künftige) Art und Weise des Strafens Gedanken machen. So wird er auch bei kollektiven öffentlichen Strafen einen gesamten Prozess der Wahrheits- und der Straffindung vorwegschalten. Aber dass er grundsätzlich auch (noch) über ein Strafbedürfnis verfügt, erscheint, zumal aus generalpräventiver Sicht, als offenkundig,

So gilt aus dieser Sicht umgekehrt: Die eigentliche Vernunft liegt erstens darin, sich nur auf die gerechter Vergeltung zu beschränken, die eigentlich die *natürliche* Strategie darstellt. Übermaß, zudem insbesondere der genetisch besonderes teilbefreite Mensch fähig ist, soll verhindert werden. Dafür sorgt die golden Regel: Nur Auge um Auge, nur Zahn um Zahn, Zweitens steckt sie im *Strafverzicht* auf das (reflexhaften) Strafen selbst. Die Vernunft dient also der Zivilisierung eines „physikalischen“ Strafbedürfnis, und nicht dessen Begründung. Diese steckt in der einfachen *systemischen Ausgleichsidee*.

[1069] Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff. Rn 9.

(4) *Postmoderne Selbstorganisation*[1070]. Mit der heutigen *Soziobiologie* ist der Mensch sich unter anderem auch seiner halbblinden systemisch-kulturellen Sozialisierung[1071] bewusst und weiß sich auch den beiden großen biologischen Grundprinzipien unterworfen. Hoch vereinfacht sind es der *spaltende* Wettbewerb um Lebenschancen einerseits (survival of the fittest) und andererseits die *vereinende* Idee der „Selbstorganisation" zum Zwecke der Arbeitsteilung oder Kooperation. Die Idee der Selbstorganisation beschreibt dabei mit einem systemisch-soziologischen Wort dasselbe wie der ethische Begriff der Autonomie, also die Fähigkeit, „sich selbst" Gesetze oder Regeln zu geben.

Der Rechtsoziologe *Luhmann*[1072] spricht von der Systemtheorie, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der

„*selbstreferentiellen (allein auf sich selbst bezogenen und sich dadurch rückkoppelnd verändernden und wachsenden) Systeme*".

Er vergleicht die (Sub–) Systeme offen mit Makromolekülen, Zellen, Nerven und Impulsen und verwendet das Bild von ihren ständigen Interaktionen auch zur Erläuterung der Struktur des menschlichen kommunikativen Entscheidens.

Auch bereits *Kant*[1073] beschreibt dieses systemische Bild von der Natur:

„*Man sagt von der Natur und ihrem Vermögen in organisierten Produkten bei weitem zu wenig... Sie organisiert sich vielmehr selbst, und in jeder Species ihrer organisierten Produkte, zwar nach einerlei Exemplar im Ganzen, aber doch auch mit schicklichen Abweichungen, die die Selbsterhaltung nach den Umständen erfordert*."

---

1070 Zum Teil entnommen aus: Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 2. Kap. II („II. Kulturelles: Eigenverantwortung und Selbstorganisation, Selbst und Identität, Fiktion der Freiheit, Binnenräume, Personen und Sprache", hier: 108 ff.).

1071 Zum systemtheoretischen Ansatz, siehe zunächst den Überblick bei: Heinze, Sozialforschung, 2001, 105 ff., 107, und zwar zur methodischen Beobachtung als Unterscheiden und Bezeichnen, zur Trennung von (1) *physischem oder biologisch autopoetischem Systemen*, (2) *psychischen Systemen, die durch die Reproduktion von Gedanken aus Gedanken konstruiert sind und als Plural zu „Bewußtseinen" führen*, sowie (3) *den sozialen Systemen, die ihre Einheit dadurch gewinnen, dass sie als Gesellschaft an Kommunikation hängen*.

1072 Luhmann, Rechtssoziologie, 1987, 354,

1073 Kant, r. Vernunft, 1787, AA, III, 374.

Die Selbstorganisation existiert universell; sie hält die Systeme in der Welt der Physik und der Chemie zusammen, sie regiert mit im evolutionären Kosmos und der evolutionären Biologie.[1074]

Das Wort Selbstorganisation mag zwar ein Fachbegriff sein. Aber um ihn herum kennen wir zahlreiche Alltagsbegriffe, die dazu gehören, wie die „Selbstbeherrschung“ und die „Eigenverantwortung“. Auch die reflexiven Tätigkeitswörter beschreiben dieses „sich“ selbst organisieren. Das Sich-Setzen gehört ebenso dazu wie das Sich-Waschen und das Sich-Trösten oder auf kollektiver Ebene das Sich-Beraten, und auch, wenn die Ratgeber verkünden, dass sie „sich“ dazu zurückziehen.

Bei vielen dieser Worte wird deutlich, dass hinter ihnen die Konstruktion einer gemäßigten Art der Subjekt-Objekt-Spaltung steht, die aber auch das ganze Selbst assoziiert; wenn wir etwa sagen, ich ziehe mich zurück. Dann und damit organisiere ich mich.

Die wissenschaftliche Vorstellung von „Selbstorganisation“ reicht dabei weit. Sie beschreibt zunächst einmal die sozialdynamische Struktur von lebendigen Gemeinschaften. Außerdem umfasst die Idee der Selbstorganisation die analoge psychologische Idee, die Identität des eigenen Ichs eines sich ständig wandelnden Menschen zu schaffen und zu erhalten.

Das weltliche Wort für Seele heißt dabei also „Identität“. Auch Kollektive von Menschen verfügen über eine solche Identität. Es ist das, was sie inhaltlich als eine Art von kulturellem Glauben vereinigt.

Die Idee der „Selbstorganisation“ beinhaltet, was die Ethik mit „Autonomie“ beschreibt und im „Selbst“ steckt die Idee der aktiven Freiheit nach innen und die Vorbereitung für Aktionen nach außen. Auch jeder Reiz muss erste einmal im inneren umgesetzt werden. Findet die soziobiologische Selbstorganisation bewusst statt, so ist von der ethischen Willensfreiheit kaum noch zu noch zu unterscheiden. Es fehlt nur noch die Erkenntnis und Erfahrung der eigen *Sittlichkeit* (Moralität, etwa im Sinne des kategorischen oder eines göttlichen Imperativs) und der Verzicht auf ein *ausschließliches* Nützlichkeitsdenken.

---

1074 Aus der Sicht der Physik: Dedié, Kraft, 2014, ("Die Kraft der Naturgesetze. Emergenz und kollektive Fähigkeiten von den Elementarteilchen bis zur menschlichen Gesellschaft“), 21 ff. ("Konzept der Selbstorganisation und der Emergenz"), 39 ff, ("Der Urknall und die Entstehung der Welt"), 52 ff. ("Symmetrien und Erhaltungssätze"); zudem auch: 171 ff (primitives genetisches "kollektives Verhalten bei Insekten"), 174 ff. (genetische Kooperation und "Kollektives und moral-analoges Verhalten bei Wirbeltieren").

2. Hinzuweisen ist ferner auch darauf, dass das große Wort 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.[1075]

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. Diese seine Schöpferkraft bestätigen auch 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*.[1076] 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.

---

1075 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.“

1076 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.)

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*) hirnorganischen Ausstattung und den sozialen Anforderungen der normativen Konstruktion der Gesellschaft (*frei und aus Vernunftgründen*) nicht ausgerichtet hat“.*[1077]

Grundlage für die Freiheit und Vernunft stellt dabei, auch bei *Rössner*, „dass das gesamte sozial-kommunikative Leben auf wechselseitiger Zurechnung von Autonomie beruht“ dar.

3. Aus der klassischen antiken philosophischen und der gängigen straf- und auch verfassungsrechtlichen Sicht handelt es sich schlicht 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 den Menschen seine 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 Umfange individuell entgegenstellen. In den Verfassungen, den geschriebenen und den ungeschriebenen, gibt es zudem stets anerkannte oder usurpierende *Herrscher*, die im Willen frei sind oder als solche gelten. In der Demokratie gelten alle (Erwachsenen) als Mitherrscher. Auf *dieser* kollektiven Ebene passt das dialektische Ideenpaar der wechselseitigen Du-Ich-Anerkennung Sie aber ist 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.

---

[1077] Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff., Rn 9.

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.[1078]

4. 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:

*„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"*.[1079]

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*."[1080]

*Keil* geht es also ausdrücklich nicht mehr um das Tun eines Akteurs, sondern er setzt auf eine „*nichtdeterministisch verstandenen Ereigniskausalität*".[1081]

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*."[1082] Im Weiterdenken (-können) liegt also vor allem die Freiheit des Menschen, so erklärt er:

---

1078 Platon, Politeia (Eigler), 1990, 514a – 517a.

1079 Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 30.

1080 Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 54.

1081 Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 53.

1082 Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 43.

*„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?“*.[1083]

Letztlich handelt es sich dabei (doch) um eine Art des Kompatibilismus. Die Dualismen 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.

5. *Fazit*. Damit sind weitere naturalistische Aspekte verdeutlicht: die allgemeine Notwendigkeit der Reduktion der Komplexität und die damit verbundene Selbstorganisation sowie zwei besondere Lehren: *Rössners* kooperativen Sozio-Naturalismus und *Keils* Grundfähigkeiten des Menschen.

## II. Universelle Freiheit als systemische Offenheit, als natürliche Macht jeden energetischen Körpers und als Freiheit vom und zum Schwarm

1. Auch wenn es nach allem gute Gründe für die Annahme der *Möglichkeit* von Willensfreiheit gibt, bleibt ebenso die *Möglichkeit* des Determinismus zu bedenken. Erst die *Auswahl* aus etlichen *durchdachten Alternativen* erlaubt es dem autonomen Demokraten des Grundgesetzes, eine, dann vielleicht auch nur recht persönliche Entscheidung zu treffen.

---

[1083] 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?".

Deshalb ist nach einer *vermittelnden Sichtweise* zu suchen, die den naturalistischen Grundsatz der *Hirnforschung* aufnehmen kann. Dazu ist die Sonderlehre von der

„*universellen Freiheit als systemischer Offenheit, als natürlicher Macht eines energetischen Körpers und als Freiheit vom und zum Schwarm"*

auszuformen, nach der das Fühlen von Freiheit und das Bewusstsein von Freiheit nur zweitrangig sind.

Vielleicht lässt sich aus einzelnen Elementen eine Art *deterministische Freiheitslehre* ableiten. Diesen Weg gehen in etwa der Hirnforscher *Roth*, der Philosoph *Bieri,* der Psychologe *Goschke* und die Strafrechtlerin *Hallmann*.[1084] Es bietet sich an, deren Ansätze fortzuentwickeln und zu überformen.

2. *Im Einzelnen.*

- Deterministisch betrachtet ergibt sich schon *logisch* aus der *Unfähigkeit* des Menschen, wie jeder Intelligenz, tatsächlich *über* sich selbst zu stehen, für ihn das Phänomen eines begrenzten Freiraums, etwa für das Erkennen der Zukunft und das Deuten der Welt, die „*epistemische Offenheit*" als Freiheitselement.[1085]

Von *außen* betrachtet kann man die Freiheit als eine *Selbsttäuschung* ansehen, aber von *innen* heraus betrachtet gilt jedenfalls die Realität des *offenen Denkens* und auch die der *Offenheit aller Subsysteme* gegenüber allen höheren Systemen (*Argument* der denklogischen und der subsystemischen Offenheit).

- Entscheidend ist dabei die „Selbsteinwirkung des Gehirns", also dessen Selbstorganisation, sodass das Maß der *Vernetzung* dieses inneren Selbst auch für den Grad der auch *unbewussten* Freiheit des Menschen steht. Dies gilt ansonsten auch (zumindest) für jedes Lebewesen und auch einfache Einzeller. Dessen bloßen Reflex setzt er über Sensoren und einen Verarbeitungsprozess im Gehirn in Gang.

---

1084 Roth, Wille, 2012, 526 ff. („Wie frei ist der "freie Wille" bei Gewaltstraftätern?"),526 ff.; Bieri, Regie, 2006, 35 ff. („Untergräbt die Regie des Gehirns die Freiheit des Willens?"), 35 ff. Goschke, Willen, 2004, 55 ff.; Hallmann, Freiheit, 2017 („Gebundene Freiheit und strafrechtliche Schuld: Zur Reformbedürftigkeit des Schuldbegriffs vor dem Hintergrund neurowissenschaftlicher Erkenntnisse"), 41 (dadurch übt der Mensch seine individuelle (mehr oder weniger große) Freiheit aus").

1085 Walter, H., Neurophilosophie, 1998, 226; Pothast, Freiheit, 2011, 41; Hallmann, Freiheit, 2017, 33 (Hieraus ergibt sich, die „phänomenologische Evidenz der offenen Zukunft" denn: „Der Mensch ist weder in der Lage, die Determinanten seines Verhaltens zuerkennen, noch kann er subjektiv die Zukunft genau voraussehen").

Dieser innere Prozess mag zwar auch hoch genetisch sein, aber jedes Individuum hat seine genetischen Vorprogramme auch noch einmal, auch individuell, in reflexiven elektrischen Binnenströmen ausgeprägt. Ausgelöst werden sie zudem von einer konkreten also *individuellen Umwelt* (*Argument* der individuellen Verarbeitung).

- Das Maß dieser universell-systemischen Freiheit zur inneren Selbstorganisation ergibt sich für den neurophilosophischen Ansatz aus dem *Grad der inneren Vernetzung* im Gehirn,[1086] also der Fähigkeit, die über die Sinne empfangenen äußeren Signale elektronisch und innerlich zu „reflektieren". Die Reflexion, also im Wortsinn die Fähigkeit zur inneren Spiegelung, stellt die Grundform des *eigenen Verstandes* dar. Dazu muss er die Signale mit meist verschiedenen Sinnen erfassen und vertypten. Es muss also *abstrahieren* (*Argument* der inneren Reflexion).

- Hinzu tritt der Umstand, dass jede „Umwelt" von individueller Art ist und deshalb sind es auch deren Signale, die es mit den eigenen Mitteln zu deuten gilt. Insofern spiegelt jedes Individuum auch die *Individualität* seiner Umwelt wider. Die vertypten Erfahrungen, die *genetisch* vorprogrammiert sind und dann zum Beispiel Panik auslösen, sind in jedem Lebewesen auch noch einmal *konkret* ausgeprägt und werden von ihm in der *Situation* auch noch individuell umgesetzt. Dies geschieht unter anderem auch deshalb, weil er sich in einer etwas anderen *Lage* befindet als früher (*Argument* der inneren Reflexion der äußeren individuellen Situation).

- Dabei gilt es viele Bedürfnisse je nach ihrer Stärke und Gelegenheit abzuwägen, also die *drei gegenläufigen biologischen Grundbedürfnisse* Stoffwechsel, Fortpflanzung und Meidung akuter Lebensgefahren ebenso abzuwägen wie die zusätzlichen sozialen Grundbedürfnisse, also das nach Kooperation und auch nach Eigenständigkeit. Jedes Lebewesen hat aus all diesen verschiedenen Motivationen heraus seine „Präferenz" zu bilden (*Argument* der unbewussten Entscheidung für Präferenzen).

---

[1086] Zur „Selbsteinwirkung des Gehirns": Kupke/Vogeley, Zeitlichkeit, 2006, 77 ff. , im Sammelband „Willensfreiheit - eine Illusion? Naturalismus und Psychiatrie"; Roth, Wille, 2012, 526 ff. , 527; Bieri, Regie, 2006, 35 ff. 43; Hallmann, Freiheit, 2017, 41 (durch die „erlernte Binnenvernetzung der Neuronen, ....werden die Entscheidungsprozessen dabei verlangsamt und gleichzeitig gründlicher getroffen" und. dadurch „übt der Mensch seine individuelle (mehr oder weniger große) Freiheit aus").

- Mit den Worten von *Goschke* geht es *insofern*, und also aus der Sicht einer deterministischen *psychologischen* Motivationslehre[1087] darum, eine

*„alternative Konzeption von Willensfreiheit zu begründen, der zufolge willentliches Handeln nicht indeterminiert ist, sondern auf besondere Weise (durch Antizipationen von Handlungseffekten und zukünftigen Bedürfnissen) determiniert ist."*

Man kann dann auch mit *Goschke* folgern*:*

*„Diese Interpretation von Willensfreiheit als Selbstdetermination wird abgeschwächten Versionen unserer alltagspsychologischen Intuitionen gerecht und ist vereinbar mit einem naturalistischen Weltbild und der Annahme eines kausalen Determinismus."*

Dabei beinhaltet die Antizipation (Vorhersehen und darauf reagieren) eine Form von *Intelligenz*, die allen *reagierenden* Lebewesen eigen ist. Die menschliche Intuition von Freiheit erweist sich also auch nicht einmal als von Bedeutung. Insofern findet also (nicht nur, aber eben auch) im Menschen eine Art von Auswahl und damit eine Selbstbestimmung statt (Argument der Antizipation aller reagierender Lebewesen).

- Ferner existiert kraft dieser Fähigkeit mittelbar eine Form des Empfindens des *Körpers als dem Eigenen*. Soweit Lebewesen schmerzempfindlich sind, ist diese Art von schon (fast?) bewussten, weil schmerzhaftem *„Selbstempfindens"* für die Abwehr von Lebensgefahren bedeutsam. Auch eint uns die Chemie der „Lust" (*Argument* des Empfindens des eigenen, auch lustgetrieben Körpers).

Da sich jeder energetische *Körper* in einem Raum (und zu einer Zeit) befindet, beansprucht er ihn nicht nur, sondern verdrängt alle anderem mit unbewusster Gewalt oder Androhung von Widerstand, die andere Lebewesen unbewusst antizipieren und unbelebte energetische Körper *reagieren* physikalisch darauf. Auf diese Weise wirkt *jeder energetische Körper* zugleich auf seine *Umgebung* ein (*Argument* von der eigenen *Macht* eines jeden Körpers im Raum).

- Jeder Körper *kultiviert* seine Umwelt aktiv (etwa verdrängt der Fisch oder auch ein Stück totes Holz das Wasser samt den Kleinstlebewesen, indem er oder es

---

[1087] Goschke, Willen, 2004, 55 ff., 55 (aus dem abstract), zudem Hallmann, Freiheit, 2017, 41. („Neben den persönlichen Präferenzen (Triebe, Bedürfnisse, Interessen) spielt auch das das „Wissen um die Zusammenhänge und die Wirkungen von Handlungen" eine Rolle).

schwimmt und nicht anderes schwimmen kann. Es sendet für andere Lebewesen Reize aus, die zu deren Umwelt gehören. (*Argument* der Universalität von Freiheit durch körperliche Gewalt).

- Viele höhere Tiere sind sich erkennbar dieser Macht bewusst und setzen sie ein, zu eigenen Gunsten und zu Gunsten ihrer Gruppe oder Herde, indem sie mit ihrem energetischen Körper anderen drohen (*Argument* des tierischen Machtbewusstseins).

- Die besondere Freiheit des Menschen liegt also vor allem darin, dass er darüber und auch über die Art des Einsatzes allein und kollektiv nachdenkt und in dem Maß, in dem er auf seine Umwelt einwirkt. Für den Menschen, der Teil der Natur ist, ist seine Art von individueller oder kollektiver *Willensfreihei*t im selben Sinne *existent* und sie unterscheidet sich insofern nur im Ausmaß. (*Argument* der Einheit der Natur).

3. Was für das einzelne Wesen gilt, lässt sich in einer höheren Stufe auch auf *Gemeinschaften* übertragen. Denn auch die komplexen Lebewesen bergen in und auf ihren Körpern *genfremde* Wesen. Wir Menschen sind also auch *Gesellschaften*. Die Atome der Moleküle können sich sogar trennen und weiter existieren oder neue Moleküle formen. Kennzeichen der Gesellschaften in unserem Sinne sind gelockerte Gemeinschaften, bei denen die Mitglieder auch selbstständig leben und die Gemeinschaften wechseln können. Ihnen fehlt es aber an einem „elektronischen Gehirn-Verbund".

Dennoch erfolgt eine *sozial-kommunikative* Vernetzung (über Licht-, Schall-, Geruchs- und Berührungssignale) und über reale kooperative Schwarm-Handlungen.

So bilden sich von außen betrachtet *einmalige* kulturelle Gesellschaften. Sie verfügen auch über eine Art von – allerdings auflösbarem – *energetischen Schwarm- Superkörper,* der sich selbst organisiert. Ein Schwarm im weiten Sinne ist dabei

*„ein Strukturmuster ... übertragbar auf die verschiedensten Felder: Kommunikationsverhalten, Bewegungsmuster, militärische Taktik, soziale Gruppenbildung, Formen politischer Mobilisierung bis hin zu schwarmartig kooperativen Formen der Wissensbildung im Web... "*[1088]

[1088] Horn, E. Schwärme, 2009, 7 ff., 8, im Sammelband: „Schwärme - Kollektive ohne Zentrum: Eine Wissensgeschichte zwischen Leben und Information".

Schon insofern übt auch jede einfache Schwarm-Gesellschaft auf ihre Umwelt *Macht* aus, und zwar in der Regel ohne kollektives Bewusstsein. Effektiver und evolutionär geschieht dies über menschliche „Staats- oder Gruppenorgane“, die bewusst und willentlich handeln.

Wesentlich für die ethische Freiheitsidee ist aber die „Freiheit von der Gesellschaft“ aus der bewussten Sicht ihrer Einzelnen. Menschliche Gesellschaften organisieren sich, ähnlich wie subhumane Gruppen, darüber, dass sie für ihre Individuen *vertypte Rollen* vorsehen. Sie gelten als typische Akteure und wir deuten sie zu „Person“, ohne in der Regel deren eigene Determination weiter zu hinterfragen.[1089]

Personen sind vereinfacht vertypte Maskenträger, hinter denen aber individuelle Lebewesen stecken, die ihre Rolle *individuell* ausfüllen. Eine Gesellschaft ist zwar nur davon abhängig, dass sie die Personenrollen überhaupt besetzt. Jede einzelne ist *austauschbar*. Davon lebt und überdauert sie auch. Aber ihre Existenz hängt von der gesamten Subgruppe (Schicht, Organ etc.) ab. Vor dieser und *ihrer Selbstständigkeit* muss die Hauptgesellschaft sich fürchten. Zugleich aber muss sie das Prinzip der *Individualität als eine Art von Freiheit* für alle einzelnen Rollenträger nicht nur leidend akzeptieren, sondern sie lebt auch -über Generationen hinweg- von dieser Art der hoch anpassungsfähigen Flexibilität.

Gesellschaften leben also auch von Personenrollen und dem Prinzip der Individualität. Die Bedeutung der einzelnen individuellen Rollenträger wird noch dadurch gesteigert, dass sie sich zu Subgruppen zusammenschließen oder auch sich verselbstständigen können. Zudem kann grundsätzlich jeder Einzelne auch die Gesellschaft wechseln, wenn auch mit großen kulturellen Mühen, sodass die einbindenden Kulturen die inneren Fliehkräfte „der Freiheit von“ der oder dieser Gesellschaft zu kompensieren suchen.

4. Die universellen Art der „sozialen Freiheit von und zu“ besteht insofern darin,

- neue private kleine Freundes-Netzwerke zu bilden (wie auch in Herden von Säugetieren oder zwischen Tieren und Menschen),
- sich zu festeren Vereinigungen (familiären Subgruppen) zusammenzufinden, die bei Bedarf auch selbstständig agieren können,
- oder auch innerhalb größerer Gruppen (Völker, Herden etc.) die Groß-Schwarm-Gesellschaft mit zu bilden und mit zu beherrschen

---

[1089] Dazu der große Positivist Kelsen, Rechtslehre, 1960, 97, 102 („Person als Zurechnungsendpunkt"); Günther, K., Schuld, 2005, 155 (soziale Person als Endpunkt der gegenseitigen (nachträglichen) Zurechnung); Hallmann, Freiheit, 2017, 34.

- oder die Gemeinschaft höchstpersönlich zu wechseln
- aber auch darin eine Personenrolle zum eigenen sozialen Freiheitsgewinn aus zu üben und individuell auszuformen.

Dazu bedarf es in der Natur *nicht* des *Bewusstseins* von Freiheit.

5. Aber der Ich-Mensch, der *darüber bewusst*, und zudem noch mit Einfühlungsvermögen, *nachzudenken* vermag, der kann die Ich-Freiheitsidee auf der *sozialen* Wir-Ebene nutzen und immer wieder neu Rechte und Pflichten ausformen.

Dann aber wird er auf die *dialektische Gegenkraft*, die *Notwendigkeit* der sozialen *Solidarität* nach außen und innen stoßen und auch den kollektiven Nutzen und den Bindungssinn von *Kultur* als Art der ebenfalls gelockerten kollektiven Identität erkennen.

Es wird ihm drittens die Bedeutung der kooperativen dynamischen Tauschgerechtigkeit und deren statischer Kern in der Gleichheit einleuchten und ihren Nutzen für den inter-personalen Austausch (als Kommunikation, Handel, Gruppenbildung etc.).

Als Naturwissenschaftler wird er, wenn er denn danach suchte, die *Natürlichkeit* der Dreifaltigkeit erkennen, die lautet: (egoistische) Freiheit, Gleichheit (als Ausgleichsprinzip) und Solidarität (nach außen als Schutz und innen als Rückversicherung).

Alle großen physikalischen Gleichungen verfügen über die Grundelemente der Gleichheit und der Dialektik von Statik und Dynamik, von Sein und Werden.

Aber das *Dilemma der Naturwissenschaftler* besteht darin, dass sie von der *Natur* ausgehen und dies nur nach immer wieder neuen kybernetischen Modell rekonstruieren. Sie begreifen ihre Modell-Natur zumeist jedenfalls erstens als ein *einmaliges Höchstsystem* (Kosmos, Universum, sich selbst aus dem Urknall erschaffende Raum-Zeit-Einheit), das zweitens *festen Gesetzen folgt*, auch wenn diese noch nicht alle erkannt sind.

Mit diesen beiden Grundannahmen muss die Evolution -bis auf weiteres- zwar immerhin nach vorn „offen“ hin zu immer größeren und unbekannteren Arten der *Komplexität* verlaufen. Aber sie ist letztlich dennoch deterministisch durch diese *eine Natur* bestimmt. Die Naturidee bildet dabei mit ihrer unantastbaren Dogmatik und kaum verhüllt eine Art von holistischer *Naturreligion*.

Anerkennen könnten die Naturwissenschaftler mit diesem Grundansatz aber, dass wer sich *nicht von außen*, sondern nur darinnen als Einzelner oder als Kollektiv als ein *Subsystem unter anderen Subsystemen* begreift, *aus seiner Sicht* über gewisse *Freiheitskräfte* verfügt. Begrenzt sind sie durch die Freiheiten anderer Subsysteme oder die Sitten eines gemeinsamen Obersystems (vgl. Art. 2 I GG).

Das Atom ist *aus der Sicht des Atoms* relativ frei, Bindungen einzugehen oder sich aus ihnen zu lösen.

Wenn die *Naturwissenschaftler* zudem aus ihrer personalen Wissenschaftlerrolle heraustreten und als einzelne Menschen oder auch Staatsbürger auftreten, werden auch sie auch kaum Mühe haben, sich selbst als *relativ frei* oder ihre nationale Gemeinschaft als *relativ souverän* zu begreifen.

Mehr noch, gesetzt den Fall, dass es nicht nur eine Natur und ein Universum gibt, sondern mehrere „Multiversen" mit anderen Gesetzen, aber doch auch vielleicht mit einem gewissen Austausch untereinander, dann dringt die Idee von der „*Freiheit von dieser Natur*" auch in die herkömmlichen Naturwissenschaften ein.

Bis dahin bleibt es dabei, vom gottgleichen Höchstsystem der *Natur* her betrachtet sind wir determiniert. Aber auf der unteren Ebene aller großen und kleinen Subsysteme arbeitet die Natur -auch- im Verbund mit „Freiheit, Gleichheit und Solidarität". Sie kennt und lebt also auch von der Idee der relativen Freiheit aller körperlich-energetischen Einheiten.

6. *Fazit.* Die relative Freiheit „von und zu" stellt -danach- keine Fiktion dar, sondern formt erst eine individuelle, eine soziale oder eine universelle subsystemische *Realität.*

Das Faktum der Freiheit ist an den *energetischen Körper* gebunden und jeder Körper wirkt auf seine Umwelt ein. Den willentlichen Einsatz von Macht kennen wir bei Tieren, aber der Mensch ist von tierischen Instinkten in erheblichem Maße teilweise „befreit" und muss sich deshalb *eigene Regeln* (autonom) schaffen. Da er sie selbst schafft oder sie von anderen übernimmt, kann er auch als deren *Herr* entweder willkürlich von seinen oder den akzeptierten Gemeinschaftsnomen abweichen oder er kann sie um *Ausnahmen* für sich und diese *Situation* ergänzen. Soweit er aber noch Instinkten unterliegt, ist er auch nur „von seiner *in ihm wohnenden* eigenen Natur" mitbestimmt. Auch sie gehören zu ihm.

Zwischen der Freiheit und der Willensfreiheit ist also nicht nur zu trennen, die Willensfreiheit bildet -danach- auch nur einen Ausdruck der natürlichen Freiheit. Für die Haftung für das Eigene oder auch die bloße soziale Zurechnung reicht dies aus.

Die *metaphysische Schuldethik* dagegen setzt den Menschen mit der Würde-Idee noch einmal zusätzlich *über* die subhumane Natur und verleiht ihm eine halbgöttliche Vernunft-Qualität im *prometheischen* Sinne. Sie geht einher mit einem besonderen „Selbstbewusstsein", der *absolute* Herr über die eigenen Taten zu sein und führt zugleich zum Bild vom Vorrang der *Eigenverantwortung* für das *selbst* Erschaffene.

Aber ohne ein Art von letztem und *absolut gesetztem Dogma*, sei es das höchste System, die Natur (oder auch Gott) oder Vernunft im Großen oder sei es das Atom, der energetische Körper oder das Selbst-Ich im Kleinen, kommen wir im herkömmlichen westlichen Denken offenbar nicht aus.

## III. Grenzen des Naturalismus, Drei-Welten-Lehre (*Radbruch*); symbolische Kulturphilosophie (*Cassirer, Lenk*); Methodik: statt Dogmatismus ideeller Föderalismus

1. *Grenzen des Naturalismus*. Ferner ist zu versuchen, die Grenzen des Naturalismus aufzuzeigen und noch nachdrücklicher nach dessen eigener Metaphysik (!) zu fragen.

Die Willensfreiheitsfrage führt etwa mit *Kant* zum *Dualismus* der zwei Welten. Neben der „Physik" und dem physikalischen Determinismus gibt es auch die „Metaphysik" des freien und kreativen menschlichen Vernunft-Geistes. Wer aber die Metaphysik ablehnt, bleibt dagegen bei in einer funktionalen *Einheitswelt*. Übernatürliches wie Religionen, und ihre langen Traditionen, muss er damit ebenso ablehnen wie die ethische Seite der Vernunft. Die menschliche Nutzen-Ratio muss für ihn die allgemeine Zufalls- und Selektions-Ratio der Natur sein und auch das sonstige Wesen des Menschen allein von den allgemeinen Naturgesetzen ableitbar.

Das Menschliche (das Humanum) bildet danach nur, aber immerhin schon ein *halbautonomes Subsystem* der Natur, die allerdings überhaupt nur aus solchen sich (auch) selbst organisierenden Subsystemen, kleinen und großen, besteht.

Aber die Idee der Selbstorganisation oder auch der Teilautonomie erlaubt dem Naturalisten dann doch auch den Weg, jedes Subsystem zusätzlich auch noch

einmal „an sich“ zu betrachten. Was also ist unter anderem der Ich-Mensch und was kann er denken, was treibt den geselligen Wir-Menschen und wie ist die Beziehung zwischen dem Ich-Menschen und den Du-Anderen?

Diese Zusatzfragen sollte der Naturalist schon deshalb beantworten, weil er selbst ein solcher Mensch ist, der nur in seinen humanen Grenzen denken kann, und auch weil er als Mensch lebt und mutmaßlich gern auch die Vorzüge der westlichen Freiheitsrechte für sich in Anspruch nimmt.

Schließlich sollte ein solcher Naturalist, der Religionen und deren Ethik ablehnt, mit der gerade auch ihm gebotenen rationalen Selbstkritik sich gelegentlich, unter anderem mit dem *Münchhausen*-Trilemma beschäftigen, das offenbar bei allen *Letztbegründungen* auftritt. Er sollte sich fragen, ob seine Verankerung in der zwar nicht mythischen, aber letztlich geheimnisvollen Natur nicht doch auch eine Art von *Natur-Religion* darstellt, sie nicht also im Wortsinn eine recht dogmatische Rückbindung beinhaltet.

Glaubt jeder Naturalist nicht fest an eine *allerhöchste Natur-Idee*? Duldet er nicht auch keine anderen Höchstideen (oder gar Götter) daneben, erst recht nicht die Höchstidee der eigenen *besonderen* menschlichen Vernunft, etwa im moderaten Sinne von *Aristoteles*?

Mehr noch, aus zivilisatorischer Sicht handelt es sich beim Naturalismus um eine fatalistische *Leidensreligion*, in der alle Subsysteme Solidaritätsopfer zugunsten des allergrößten Systems erbringen müssen.

Wie auch immer gedeutet, am Ende ersetzt der rationale Naturalist offenbar die *innere Vernunft-Metaphysik* durch die *äußere Natur-Metaphysik*.

Deshalb könnte er sich doch einmal fragen, ob nicht auch *Vernunft* und *Natur* zusammengehören. Dann befindet er sich auch wieder in der Frühmoderne, in der der Siegeszug der Vernunftidee mit den Erkenntnissen der Naturwissenschaften Hand in Hand ging.

So geht es nur noch um den *Vorrang*. So ist nur noch zu trennen:

- Für den Naturalisten gibt es dann die *Vernunft der Natur* und
- für den Humanisten regiert die höhere *Vernunft des Geistes,* und zwar etwa als *Naturgesetze*, denen auch die Natur einerseits unterworfen ist und die sie aber anderseits selbst entwickelt hat.

Dies einmal gesetzt, dann erscheint der Dualismus als der *methodisch einfachere* Weg. Es handelt sich um das alte Prinzip der *Dialektik*, mit dem wir starre Einheitsdogmen aufbrechen.

Mehr noch, nahe liegt es den Streit zudem sinnvoll offen zu halten und sich ein vermittelndes *Drei-Welten-Modell* einigen. Jede naturwissenschaftliche Gleichung hat zwar zwei Seiten. Insofern steht sie für eine dualistische Art von Innen und Außen. Außerdem bildet sie aber eine ganzheitliche *Synthese*, die aber ohne ihre konkreten Elemente nicht erst entstehen würde. Unser beiden Augen sehen jeweils nur zwei Dimensionen und unser *Gehirn* bildet daraus eine Dritte.

2. *Kompatibilismus und Kulturalismus.* Auszugehen ist also mit *Radbruch* vom Grundansatz des *Dualismus*, der überdies in eine „Trialismus“ [1090] der *Drei-Welten* einmündet, der Welt des Geistes, der Welt der Natur und der *Mittelwelt*[1091] der sozialen, der kulturellen und prozessualen Verbindung von beiden Welten. 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*[1092], also zur Idee der Vereinbarkeit etwa von Sollen und Sein oder von Ideal und Natur.[1093] Der postmodern *fragmentarische* Ansatz lautet vielmehr nur, aber immerhin, dass

---

1090 Siehe erneut: Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932/2003, 31 (25). Zudem: Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 3. Kap. III, insbes. 133, zudem: 6. Kap. II („Drei Welten: Humanismus, Naturalismus und kultureller Pragmatismus“, 256 ff).

1091 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.).

1092 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 eleminieren oder auch nur eingrenzen.“ Jener „durchdringt alle menschlichen Angelegenheiten*…“)., 132; “: Bieri, Handwerk, 2003, 80; Dennett, Freedom, 2003 “, 60.

1093 Zusammenfassend: Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 118 ff („Drei Grundpositionen: 1. Inkompatibilismus, 2. Kompatibilismus I (freiheitsbejahend). 3. Kompatibilismus II (freiheitsverneinend, aber verantwortlichkeitsbejahend).

der „gebildete Demokrat“, also der zivilreligiöse säkulare Mensch „in der Praxis“ oder auch in seinen *Lebenswelt,* und auch nur „irgendwie“ in und mit beiden Welten leben muss.[1094]

Er ist gezwungen, mit den *Widersprüchen* zu leben und auch mit den bloßen *Parallelitäten.* Dafür aber genießt er die Vorzüge beider Welten, etwa die der deutenden Geisteswissenschaften und der empirischen Naturwissenschaften. Dabei hilft ihm eine entsprechende pluralistische „Kultur“.

Zur sozialrealen Kultur gehört auch, wie *Radbruch* betont, das *Recht.* Auch wenn es stark auf den idealen normativen Teil ausgerichtet ist, geht es immer von bestimmten Sachverhalten aus. Der Mensch wird sich zum Beispiel sagen, sein eigenes *Leben* sei ein (reales) Element des Seins. Er „ist“ und will leben. Sein *Grundrecht* darauf stellt dagegen ein Element des für ihn vernünftigen Sollens dar. So erscheint ihm sein Recht auf Leben zugleich „sach-gerecht“ und seiner „Natur als Mensch“ angemessen, obwohl er weiß, dass auch Sklaverei und Tyrannei dem Menschen nicht fremd sind. Mensch-sein und Würde-haben, erscheinen in Art 1 I GG untrennbar miteinander verbunden.

Nur *reine* Deterministen oder *reine* Indeterministen, die dann die natürliche Welt vor allem als vergeistig oder auch beseelt ansehen müssten, können sich diesem *Dreifaltigkeits-Pragmatismus,* ganz entziehen. Auch die christliche Religion bedient sich einer *Trinität,* um die unerforschliche Komplexität ihres Gottes auf Menschenebene herunter zu brechen.

Das Dreifaltigkeitsdenken gilt zudem seinerseits nur als ein *offenes Grundmodell* für die *Komplexität* der Gesamtwelt, und als deren Reduktion. Auch die reinen Naturalisten, wie etwa *Singer* oder *Prinz,* zeigen sich dann wiederum solchen naturwissenschaftlichen rationalen Erwägungen gegenüber recht offen, die ihre *eigenen Voraussetzungen* anerkennen. Denn die Empirie neigt nicht zum Dogmatismus, sondern zum Pragmatismus. Der Determinismus der *Neurophilosophie* gründet sich deshalb darauf, das Empiriker aus ihren Ergebnis eine gesamte abstrakte Philosophie entwickeln, und also selbst fantasievoll frei Denken und sich dabei dann doch auch wie *Pauen* der funktionalen Standartmodelle der Philosophie bedienen. Die *Natur* ist konkret, die *Idee* ist abstrakt. Der Mensch, wie mutmaßlich alle Lebewesen, die typisierte Gen-Informationen ausleben, steht mit seiner besonders ausgeprägten symbolischen *Kulturwelt* im Alltag dazwischen.

---

[1094] Insofern also im Sinne der *Kohärenztheorie* in etwa wie Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff., 11 f.

Die Vernunft-Idee der Willensfreiheit bildet ein wesentliches Element unserer *westlichen Kultur* der Aufklärung, ebenso wie auch die geistige Nebenströmung der Zweifel daran. Denn *Zweifel* gehören zum Denken.

Die Willensfreiheit schließlich entspringt dabei nicht nur dem Denken sondern -auch- der Sprache und ihrer Verwendung: „Ich spreche, also bin ich" und auch „Du hörst, also bist Du" etc. Die ausgefeilte Sprache stellt die menschliche Grundfähigkeit dar, überhaupt flexible und *komplexe soziale Gebilde* der Kooperation und der Arbeitsteilung zu erschaffen, gekennzeichnet ist sie durch *symbolische Begriffe* und in der Kultur geht sie einher mit *symbolischen Riten* im Sinne des großen *Kulturphilosophen Cassirer*.[1095] Beides, Worte und Riten, formt jeder einzelne Mensch noch einmal für sich selbst und auch für sein eigenes Nächsten-Netzwerk *individuell* aus. Der philosophische Anthropologe *Lenk* begreift den Menschen deshalb zu Recht als „animal symbolicum".[1096]

Die Kulturwelt bildet für die *Gesellschaft* die humane Mittelwelt, das Humanum. Deren Angebote *spiegelt* und *verarbeitet* den Einzelne, mit seinen Fähigkeiten und Erfahrungen zu seiner höchsteigenen *Ich-Binnenkultur*. 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 in erheblichen Umfange mitbestimmt wird.

So gibt es die vor allem empirischen und kausalen Naturwissenschaften, die abstrakten und vagen Ideen und die halbabstrakten oder auch halbkonkrete Kulturwelt. Das lebendige Recht und jeder Akteur, individuelle oder kollektiv, sucht beide Welten zu verbinden, indem sie empirische Sachverhalte typisieren und sie mit „sach-gerechten" oder auch angemessenen Sollensregeln verbindet. Das Recht dient also der Balance zwischen beiden Welten: Das Recht ist Ausdruck der inneren *Selbstorganisation,* bildet also einen Teil der Kultur und gehört zum Wesen eines „Selbst".

*Wahrheitstheorie*. Der Mensch kann zunächst einmal die äußere *Wirklichkeit* nur mithilfe seiner bekanntlich begrenzten Sinne wahrnehmen, mit Sehen; Hören,

---

1095 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").

1096 Lenk, Vielfachwesen, 2010, 21.

Riechen etc. Er konstruiert daraufhin sein Bild von der Außenwelt, von der Gesellschaft und von sich selbst *im Kopf*. Deshalb könnte man sie auch statt als *Ideen* auch als selbstkritisch *Illusionen von Etwas* bezeichnen kann. Aus dieser *selbsterschaffenen* Welt kann der Menschen auch nicht ausbrechen.

Aber aus evolutionärer Sicht reichen diese Bilder sie aber zum *Überleben* aus. So scheint es tatsächlich auch eine ähnliche, wenn auch weit komplexere Realität zu geben. Vorgeprägt sind diese Abbilder oder auch einfachen Reflexe zudem offenbar von den *vertypten* Informationen, die die *Gene* aller Lebewesen in sich tragen und die sich damit auch selbst organisieren.

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*).[1097] 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.

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 dann 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,

[1097] Dazu: Becker, Wahrheit, 1988, 105 f. mit der Tendenz zu einem „pragmatischen Bedeutungskonzept“; Kuhlmann, Letztbegründung, 1985, u.a. 361 ff. Dazu aus der Sicht der Rechtstheorie: Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 79 f.

auf den jeweils vorherrschenden Meinungsstand in der jeweiligen wissenschaftlichen Community.[1098]

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 höchsteigenen 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.

Dabei helfen ihm auch die un- und unterbewussten Gefühle, die seine „Intuitionen" bestimmen. Ohne die Vorgabe seine Gefühle würde er Stunden oder Tage für seine Entscheidungen benötigen. Und für jede Bewegung bedarf er schon einmal eines energetischen Antriebes und für die Ausrichtung eines bestimmten soziobiologischen Beweggrundes.

Aber bei großen Weggablungen vermag der Mensch eben auch bewusst, die Aussichten und Risiken zu bedenken, allein und mit anderen. Vor allem aber vermag er in Muße, also *ohne Bewegungszwang* nachzudenken, über sich, über die Gesellschaft und die Natur und er ist in der Lage, seine Gedanken auch in Worte einer bestimmten Sprache zu fassen und mit anderen zu teilen. Ich denke frei, also bin ich ein freier Mensch.

Die Ideen von Willensfreiheit und Anders-Handeln-Können vermögen 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.

4. *Methodik der Vernunft*: Meines Erachtens sollten wir am besten eben „dialektisch" vorgehen[1099]und mithilfe der Extreme eine pragmatische Art von breitem Mittelweg suchen.

---

1098 Zum Überblick und als Beispiele für die Rezeption der Wahrheitstheorien im Strafrecht: Stübinger, Strafrecht, 2008 , 391 ff., insbesondere 459 ff.

1099 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

*„Die Extreme scheinen einander gegenüber zu stehen, weil die Mitte keinen Namen hat*“,

so lautet ein bekannter Satz des *Aristoteles.*[1100]

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. Eine 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.

Die Bipolaritäten 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 mit einem *Regel-Ausnahme-System* bunt normativ untergliedert sind. So vertreten selbst 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 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 ihrerseits, soweit es geht, zunächst nach „praktischer Konkordanz“.

---

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 zutrifft, hat sich für die Rechtsidee und die Philosophie (noch ?) nicht ergeben. So ist das Gewicht auf die alte Idee der Dialektik selbst, das aristotelische Denken in „Extremen“, zu legen.

1100 Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1125b.

Doch gilt auch insofern ein fundamentaler Vorbehalt: In Zeiten des *Friedens und Wohlstands* dominiert die Idee des humanen Menschenwürde-Individualismus, in *Krieg* und sonstiger *kollektiver Existenz-Not*, wie bei Seuchen regiert der uniforme Gemeinwohl-Kollektivismus. Vereinfachend formuliert: Nur wenn die *Existenz* des Staates oder die eines würdigen Menschen *unmittelbar* gefährdet ist, etwa im Krieg, bei Seuchen oder aber bei der Notwehr gegenüber dem Aggressor dürfen Menschenopfer erlaubt sein.

Aber etwa auch die Ausnahmenregelung der *Sicherungsverwahrung* enthält noch Elemente eines -allerdings immer rechtsstaatlich zivilisierten *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 aber -auch aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts*- eine vorkonstitutionelle „*althergebrachte*“ Strafe und bereits milder als die Todesstrafe.

In der Regel jedoch erkennt das Gericht auf tadelnden Schuldspruch und Geldstrafen als Denkzettel und über Freiheitstrafen auf Sanktionen bis zu fünf Jahren Freiheitsentzug kann ein *autonom gedachter* Mensch gerade noch frei verfügen. Bei Strafen von grob bis zu zehn Jahren sind dann die Aussichten von Halb- oder Zweidrittel-Verbüßung und Vollzugslockerungen bis zum Freigang mit zu bedenken. Über einen solchen Lebenzeitraum verbunden mit diesen Aussichten kann ein Mensch wohl auch noch verfügen, denn er kann *während* des Vollzuges an deren Verwirklichung noch *aktiv mitwirken*.

5. *Diskussion.* 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 kennen, seit jeher prägen. Sie jeweils *besonders kreativ* aus- und umformen und ständig pflegen zu können, kennzeichnet den Menschen aus, 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, das vermag er. Auch gibt er sich selbst, individuell und kollektiv, seine Regeln und Gesetze. Er bricht sie auch immer wieder und er gibt sich deshalb auch Normen dazu, wie er mit *Normbrüchen* umgehen sollte 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* auf egoistische Normbrüche, motivatorisch 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, Aber er verfügt auch über die Gegenfreiheit zu Gewalt, List und Treubruch, unterlegt von Gefühle wie Gier, Neid, Wut und Stolz.

6. *Fazit*. Aufzuzeigen waren nunmehr Grenzen des Naturalismus, die moderrate Drei-Welten-Lehre *Radbruchs*, die damit verbundene symbolische Kulturphilosophie (*Cassirer*, *Lenk*) sowie die insbesondere für das Recht passende Methodik zu betreiben und statt auf einen Dogmatismus auf eine bunten geistigen Föderalismus zu setzen.

Exakt dafür steht auch jede Art der *Vereinigungstheorie*, die der Erläuterung des Strafens dient.

## IV. Naheliegende dialektische Thesen zur Willensfreiheit

1. An dieses Fazit ist anzuknüpfen. So begreift *Radbruch* gerade auch das *Rechtswesen* als einen wesentlichen Teil der *dritten* Welt der *Kultur*.

Die Fiktion der Willensfreiheit stellt, wie schon viele Autoren angemerkt haben, innerhalb der *kulturellen* Welt des Menschen eine (soziale) Realität dar. Aber der Menschen „lebt" nach dem Lebensweltansatz sogar überhaupt nur in dieser Welt.

Diese gelebte *Mittelwelt* (das Humanum) ist -danach- *das einzige Gegebene*. Sie lässt sich im Rahmen der *westlichen Kultu*r der analytischen-rationalen Aufklärung also theoretisch gut *bipolar* aufteilen in die Welt der physischen Natur und in die metaphysische Welt des Vernunft-Geistes. Daraus ergibt sich dann eine Art der altbekannten *dreifaltigen Dialektik*. Die Dreifaltigkeit wiederum bildet die einfachste Form der Komplexität, sie verkörpert selbst also die *Reduktion der Komplexität*.

*Danach* aber regiert uns vorrangig die allein *existente* Idee der dritten Welt der Kultur, sagt jedenfalls die lebensweltliche Kulturidee. Sie setzt sich selbst absolut. Nur um ihre eigene „geheimnisvolle" Komplexität einigermaßen rational verstehen zu können, teilen wir sie -danach- soweit als möglich auf in (physische) Natur und (metaphysische) Geisteswissenschaften und nunmehr auch in die („künstliche") Kulturwissenschaft.

In der physischen kausalen Welt der Natur existiert nun keine Willensfreiheit.

In der metaphysischen Welt der Ideen ist aber das Bild vom „geistig-sittlichen" Menschen unabdingbar.

Künstlich ist nun diese *Dialektik* selbst. Doch derart künstlich sind auch alle Symbole, also auch Sprachen, alle mathematischen Gleichungen und das systemische Denken, aber auch die kreativen konkreten Abweichungen. Die Lebenswelt können wir Menschen nur *künstlich* verstehen und dann dennoch auch gefühlig-rituell ausfüllen.

2. Man kann also, aber man muss den Kulturalismus *nicht absolut* setzen.

Einfache Thesen bedienen vielmehr alle Sichtweisen. Sie lauten:

- Willensfreiheit ist danach vom Blickwinkel des *Beobachters abhängig*. Ähnliches kennen die Naturalisten beim Licht und der Trennung in die Quanten- und die Wellenlehre. Auch lebt die Makrophysik mit der harten Abgrenzung von der „kreativen" Quantenphysik. Sie verfügt etwa immer noch nicht über eine einheitliche Weltformel.

- Willensfreiheit ist danach bis auf weiteres sowohl (metaphysisch) *existent* als auch (physisch) *nicht existent* und stellt drittens als westlicher *Glaubenssatz* eine *kulturelle Fiktion* dar.

- Aber *jeder* westliche Mensch, und also auch ein Naturalist, wandelt im Alltag zwischen (zumindest) diesen drei Welten.

So lautet das kulturelle *Credo* der Europäischen Grundrechtcharta von 2009 vollständig und mit dieser Rangfolge: „*Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit und Solidarität*“.

3. *Schließlich*: Ist Willensfreiheit danach also *zumindest möglich,* so kann man zunächst für das Strafen hilfsweise nach der *Beweislast* fragen.

*Mildert* die Schuldidee nur die an sich *von Natur aus gerechte* harte Strafe, so können wir sie in einer Kultur der Aufklärung mit besonders „guten Gründen“ offen kulturell -per Fiktion- *unterstellen*. Ebenso können wir darauf die *Erklärung der allgemeinen Freiheitsrechte* stützen, die den einzelnen Menschen befreien und damit *begünstigen.* Wir können auf diesen *Glaubenssatz* auch die gute Staatsform der Demokratie gründen.

## 6. Kapitel

## Kommunikation, Willensfreiheit und Schuldstrafe: Eigene Thesen

### I. Ständige „Aktion und unmittelbare Reaktion“ infolge kommunikativ-reflektiver Wiederbelebung der Tat

1. Diese vorrangig kulturellen Erwägungen erlauben die konkrete Nachfrage, was denn aus kommunikativer Sicht der Gegenstand der „gerechten Strafe“ ist. Was ist Gegenstand des Urteils: die Tat im Sinne des Strafgesetzbuches oder der Inbegriff der Hauptverhandlung über sie (§ 261 StPO)? Was vergelten wir also eigentlich?

So bildet schon auf den ersten Blick die einfache Idee von *actio und reactio* die Grundlage des *vergeltenden* Kerns der Strafe. Andererseits scheitert diese schlichte Grundlegung zumindest auf den ersten Blick daran, dass das Strafen immer *nachträglich* (post factum) und *vielfach Jahre* nach der Tat erfolgt. Darüber ist nachzudenken.[1101]

Die Antwort könnte *paradox* ausfallen, beides ist vielleicht richtig. Beispielhaft ist dazu auf die Lage des verurteilenden Gerichts zu blicken:

Die Tat, die von Menschen für Menschen öffentlich verhandelt wird, ist zu dieser Zeit zwar nicht mehr im *naturwissenschaftlichen Sinne real*. Aber das Gericht und alle anderen Beteiligten am Strafprozess *erwecken* sie auf ihrer geistigen und auf der sozialen Ebene wieder. Im Rahmen der *Kommunikation* mit allen Beteiligten gewinnt die Tat ein *neues virtuelles Leben*. Das Mittel dazu bildet die *Sprache* mit ihren symbolischen Begriffen, mittels derer die Wirklichkeit auf menschliche Ebenen reflektiert und bewertet wird.

Das Gericht, also Menschen, holen mit der Hauptverhandlung die reale, vergangene Tat in ihre *sozial-reale Gegenwart* und die Richter wirken mit dem Urteil zugleich auch auf die *Zukunft* ein. Aber der reale Grund dafür liegt und verbleibt in der *Vergangenheit*.

Jeder Mensch lebt ohnehin nur in einer jeweiligen *Gegenwart*, die dann von der Vergangenheit und der Zukunft mitbestimmt wird. Diese Gegenwart *verschiebt*

[1101] Weitgehend entnommen aus: Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 12. Kap I. 4 (543 ff.) und für das Menschsein und Gehirnmodell fortgeschrieben.

sich dann aber und mit ihr Übrigens dann auch das kommunikativ geschaffene *Bild von der Tat*, weshalb wir die Tat möglichst schriftlich festzuhalten trachten.

Die reale Tat existiert also auf den zweiten Blick überhaupt nur als *Erinnerung*. Als solche ist sie Teil unserer Gegenwart, und zwar immer dann, wenn wir uns an sie erinnern. Die Vergangenheit wird auf diese Weise *in unsere Gegenwart* überführt, auch wenn sie selbst in der Vergangenheit bleibt. Genauer noch, mit jeder Erinnerung überschreiben wir noch einmal die vorhergehende Erinnerung. Deshalb protokollieren wir auch erste Aussagen und halten sie den Zeugen oder dem Angeklagten vor. Aber auch schon die Protokolle bilden Erinnerungen und sind in eigene oder fremde Worte gezwängt.

2. Vor allem durch die öffentliche *Kommunikation* wird die Tat wieder neu zum Teil der *Gegenwart* von Vielen. Auf den gesamten *Inbegriff der Hauptverhandlung* reagiert das Gericht dann, und zwar nunmehr *unmittelbar* mit seinem Urteil. Auf die vor Gerichte rekonstruierte *Straftat* erfolgt *unmittelbar* die Reaktion als kommunikatives *Strafurteil*.

Auch in allen *anderen „Gegenwarten“* wie der internen Beratung, der öffentlichen Verkündung des Strafurteils und der internen Absetzung des schriftlichen Urteils beleben wir den Sachverhalt immer wieder virtuell neu und wir regieren *unmittelbar* darauf mit seiner ebenfalls in Sprache gefassten *Bewertung*.

Auch jede Person, die später dieses Urteil liest, bis hinein in den *Strafvollzug*, holt die Tat wieder in *seine Gegenwart* und vermag dann üblicher Weise, die gesetzeskonforme Reaktion des Gerichts *nachzuvollziehen* und darauf dann mit seiner eigenen *unmittelbaren Reaktion* aufzubauen.

Auch vor der Hauptverhandlung wird die Tat, dort noch als Tatverdacht, kommunikativer Teil der jeweiligen Gegenwart. So reagieren die Strafverfolger stets *unmittelbar* auf den T*atverdacht* in seiner jeweiligen Form, wenn sie in diesem Fall weiter ermitteln. Die Staatsanwaltschaft erhebt in ihrer Gegenwart als *unmittelbare* Reaktion auf die Lektüre der Akte ihre Anklage, in der auch sie für die spätere Lektüre des Gerichts wieder den Sachverhalt beschreibt, um Reaktionen des Gerichts auszulösen, nämlich die Anklage zur Hauptverhandlung dann zuzulassen etc.

Auch wer von einer Straftat hört, oder wer eine Strafakte liest, macht sich in dieser Gegenwart ein Bild, das er bei typischen Verbrechen sofort mit einer *Bewertung* verbindet, die er als *Erinnerung* mit sich trägt und es drängt sich ihm für die Zukunft, vor allem die Forderungen nach *Gerechtigkeit und Vorbeugung*

auf, vielleicht auch die nach Verständnis für den Täter. In jedem Falle erfolgt sofort irgendeine eine geistige Reaktion.

3. Jede Kommunikation wird dabei im Kopf, also im Gehirn, vorbereitet und gespiegelt.

Der innere Blick auf unser *gegenwärtiges Abbild* vom konkreten Täter als der Herrscher über der Tat, löst in uns mit dem *Urteil* ein Bündel von unterschiedlichen *emotionalen* Reaktionen aus:

- *Furcht* (Folge: Abstand und Kennzeichnung oder sogar Verdrängung),
- *Abscheu* (Entehrende Bemakelung),
- *Mitgefühl* (Hilfe zur Wiedereingliederung),
- *Zufriedenheit* (über Aufklärung und über die machtvolle Bestätigung des eigenen demokratischen Rechts, Rechtsfrieden) und
- *Glück* (nicht selbst betroffen zu sein).

Der eben deshalb lange und kollektive Strafprozess erlaubt uns dann *in Ruhe* und in einem gerichtlichen Friedens- und Schutzraum über die *vernünftige Reaktion* nachzudenken und unsere eigenen ersten Reaktionen auf „Sinn und Zweck“ des Strafens hin zu überprüfen, individuell und kollektiv. Wir werden die Opferseite und die Beeinträchtigung von deren und damit zugleich auch unsere eigenen Grundwerte (Rechtsgüter) berücksichtigen und die Bedeutung Gesellschaft und ihre Strukturen insgesamt als Schutzgut mit in Erwägung zu ziehen. Auch werden wir uns als mächtige *Mit-Strafenden* sehen (können und müssen).

Das demokratisch bestätigte (alte) geltende Strafrecht des 19. Jahrhunderts und seine heutige Ausübung werden wir dabei mit jeder Tat und für jede Täterschaft kurz *kontrollieren* und uns damit in der Regel zufriedengeben (können).

Kurz: Im Laufe des gesamten Verfahrens *reagieren* -in diesem Sinne der ständigen Rekonstruktion- *unmittelbar*.

4. Leuchtet diese Deutung jedenfalls für das *vergeltende* Element des Strafens ein, so ist danach zu fragen, ob oder wie sich die These von actio und reactio für die beiden großen *präventiven* Strafbegründungen auswirken könnte.

Beim vor allem generalpräventiven Gesetz erkennen wir die feste Verbindung von *Tatbestand und Sanktion* schon in der Norm. Wer in dieser Weise handelt, wird nach diesem Strafrahmen bestraft. Unmittelbar mit der Straftat löst der Täter die Strafe aus.

Auch sind Schuldspruch und Strafausspruch des Gerichts in gleicher Weise fest miteinander verknüpft. Dieser Tenor ist vor allem an die Öffentlichkeit gerichtet, soll also generalpräventiv wirken.

Auch mit der Wahrnehmung des Vollzuges durch die demokratische Allgemeinheit, etwa dem Bild von Strafgefangenen, die in Gefängnissen leben, verbinden wir unser gegenwärtiges Abbild von Tat und Täter. Unser Tatbild ergibt sich vor allem aus dem mit dem Wissen um den *Schuldspruch* vergröberten Bild von Tat und Täter im Sinne der gesetzlichen Tatbestände. Aber wir erleben auch den zusätzlichen Zeitablauf in uns und der Gesellschaft. Im Zweifel können und müssen wir die Tat in den Prozessakten nachlesen. Wir werden unser Täterbild mit den *Vollzugsakten* aktualisieren. Zudem können wir selbst uns mit vielen persönlichen Gesprächen, also einer Art von privater neuer Hauptverhandlung, und bis auf weiteres ein neues privates Bild erstellen etc.

Der verurteilte Täter wiederum ist aus individualpräventiver Sicht, zumal im Strafvollzug, ständig aktuell *mit seiner Tat konfrontiert* und muss darauf fast alltäglich reagieren. Er definiert sich im Vollzug gleichsam über die Tat.

Verblasst dagegen das Bild von der Tat und auch der Bezug zum Täter nach Jahrzehnten, ist er schlicht gealtert oder sonst *ein anderer* geworden, so sind wir -auch deshalb- bereit, entspannter über die bedingte Entlassung nachzudenken, also unsere Reaktion abzuschwächen. Dementsprechend sieht das Gesetz nach Zeitlablauf die Verjährung (für die Verfolgung oder für die Vollstreckung) vor, § 78 StGB.

Die *Gefahren*, die mit der Tat verbunden sind, etwa für die Rechtstreue der Allgemeinheit oder als Sorge vor einem Rückfall, sind ebenfalls unmittelbar an diese Abbilder gebunden. Sie leben deshalb immer dann neu und als *sofortige Reaktion* auf, wenn eine *Erinnerung* an die Tat stattfindet. Und sie findet vor alle dann statt, wenn wir von *ähnlichen Taten* erfahren.

Da das Bedürfnis nach Prävention im Strafrecht ebenfalls an die Tat und damit auch an ihre kommunikative Wiederbelebung gebunden ist, beruht kommunikativ betrachtet auch die Prävention auf dem Satz von *„Aktion und (unmittelbarer) Reaktion“.* An sich würde aber auch bloßen dringende Tatverdacht ausreichen, der dann aber ständig aufs Neue und reaktiv überprüft werden muss und der möglichst keine endgültigen Folgen nach sich ziehen darf.

5. Mit einem Seitenblick auf die *Soziobiologie* erscheint es demnach auch offenkundig, weshalb *nur die Menschen* einen Strafprozess entwickelt haben, aber *keine* anderen subhumanen Primaten. Erst die *Sprache* befähigt den Menschen, erstens die Taten eines Artgenossen in kollektiver Weise und über

öffentliche *rituelle* Verhandlungen aufzubereiten und zweitens diese danach auch ethisch nach eigenen Normen zu bewerten.

Der Bedarf für eigene Normen ergibt sich dann daraus, dass homo sapiens sich von vielen genetischen Programmen, die das Verhalten seiner Verwandten regulieren, „befreit" hat. Er hat diese Instinkte nun durch weit weniger starre eigene Regeln zu ersetzen, kann aber auch bewusst und meist aus egoistischen Gründen weit freier gegen diese Normen verstoßen. Deshalb hat offenbar jede menschliche Lebensgemeinschaft ihre Regeln notfalls sogar mit Sanktionen zu unterstützen, um auf das Bewusstsein des Täters und auch das ihrer anderen Mitglieder einzuwirken (die sogenannte sittenbildende Kraft des Strafrechts).

Allerdings hilft dabei auch die moralische Grundfähigkeit des Menschen, ein *Gerechtigkeitsgefühl* zu entwickeln und zudem *Empathie* mit den Nächsten, deren Stolz und deren Leiden, zu empfinden sowie bei Normverstößen persönliche *Schuld* und soziale *Scham* zu fühlen und auch von anderen zu erwarten.

6. Die physikalische Ausprägung des Prinzips von Aktion und Reaktion lautet: „Druck" erzeugt „Gegendruck". Analog dazu findet also im Strafrecht der unmittelbare Ausgleich eines Übels mit einem anderen Übel statt. Dies liefert zunächst nur eine *mechanistische Rechtsfertigung* der Strafe. Dieses Prinzip führt jedoch auch weiter zur *Goldenen Regel*, dem Gerechtigkeits- und Vergeltungsprinzip, der *Wechselseitigkeit*, der iustitia commutativa, dem „*Wie Du mir, so ich Dir*", auf das bei der Erörterung der Frage nach dem Wesen der Gerechtigkeit noch einzugehen sein wird, etwa im Sinne *Kants*, dann allerdings nur im Sinne eines symbolischen Gerade-Richtens von etwas Krummem.

Diese Deutung bildet allerdings nur den gleichsam *objektiven* Teil der Strafe. Hinzu tritt das subjektiv-kulturelle Element. Jeder Strafende ist zum einen zumindest davon *befreit*, nach dem Prinzip von Druck und Gegendruck oder nach dem Modell der Vergeltung reagieren zu *müssen*. Strafende Subjekte, wie das Volk oder der Staat, können frei oder aufgrund kultureller Zwänge darauf *verzichten zu strafen*. Sie können Gnade üben oder auf bestimmte Strafen wie die Todesstrafe auch aus humanen Gründen verzichten oder eine Strafe zur Bewährung aussetzen. Andererseits können die Strafenden ihre Strafmacht auch *missbräuchlich* verwenden und etwa auf lediglich von ihnen fingierte Scheintaten mit Strafe reagieren. Strafende können zudem vieles zur Straftat erklären, etwa auch die Hexerei, und die Verbrennung von Hexen anordnen.

7. An dieser Stelle ist es vielleicht geboten, noch einen Schritt zurück zu setzen und diese „kommunikative" Deutung von Aktion und Reaktion grob in die allgemeine Diskussion von den *Sprachakten* einzuordnen.

Die soziale Realität der Kommunikation stellt etwa auch *Hassemer* heraus, wenn er betont, dass die *Gewalt* eine wesentliche Erscheinung der Politik und der *Kommunikation* zwischen den Menschen darstelle.[1102] So übt der Staat Gewalt oder droht sie an und er *reagiert* damit zugleich vor allem auf Gewalt oder die Androhung von Gewalt, nicht nur gegenüber Personen, sondern auch gegenüber sonstigen rechtlich geschützten Gütern. Zudem wird in der Politikwissenschaft die sprachlose Gewalt nicht nur als ein bloßer Realakt, sondern zumindest auch als eine Form der Kommunikation angesehen.

Insofern handelt es sich also zwar um einen rechtsexternen, vor allem politischen und kommunikationswissenschaftlichen Blickwinkel. Er eröffnet aber zugleich auch den Zugang zur zivilen und vorrechtlich-demokratischen Betrachtung des Rechts. Recht und Gesetz selbst, zumal das deutsche, begnügen sich aus sozialer Sicht mit der *Fiktion*, ständig „reale" Sachverhalte mit „realen" Rechtsfolgen zu verknüpfen und den Gedanken zu vermeiden, sich vor allem im sozialen Raum zu bewegen und dort sozialrelevante Akte schaffen zu wollen.

Die professionellen Rechtspersonen arbeiten in der Tat zwar auf dieser Ebene der sozialrealen Kommunikation, aber das deutsche Recht idealisiert und denkt nicht mehr gleichzeitig „über" diese seine Ebene nach. Der Grund besteht vor allem darin, dass das deutsche Rechtssystem vor allem auf dem Gesetz beruht und dieses nach dem Kausalitätsmodell naturwissenschaftlicher Gesetze funktioniert. „Wenn ..., dann …" lautet die formale Logik, und zwar der Sache nach deshalb, weil die einzelne Norm als Teil eines gesamten Gesetzessystems objektiv gerecht ist.

8. Das angloamerikanische Rechtssystem ist dagegen weit mehr auf die jeweiligen *Rechtspersonen* ausgerichtet, und der französische Ansatz sieht den Menschen als *Mitbürger* und sein Recht eher als solidarische *Teilhabe* an der vernünftigen Staatspolitik.

*Personen* bilden aber von vorn herein *soziale Konstrukte*, die erst kraft wechselseitiger *Anerkennung* entstehen, und die *Teilhabe* bezieht sich auf einen fiktiven „allgemeinen Willen". Diese beiden Rechtskulturen entrichten damit aus deutscher Sicht den hohen Preis, die Idee eines „objektiven" gerechten Rechts nicht zu verfolgen, sondern das Recht und die Gerechtigkeit entweder der Idee der freien Personen oder der Idee des vernünftigen Staates zu unterwerfen.

---

[1102] Hassemer, Schicksal, StV 1990, 328 ff., 329 ff.

Ein *objektives* Recht setzt an den *realen* Taten an und verhängt *reale* Strafen, wenn auch über den notwendigen Umweg der Erinnerung an die Tat. Als solches ist es auch vor allem am *Vergelten* ausgerichtet. Präventive Deutungen sind dagegen gleich vorrangig von kommunikativer Art. Das Strafen zur Erhaltung der Rechtstreue wendet sich dann an die Allgemeinheit und findet auf der sozialpolitischen Ebene der Kommunikation statt. Die Strafe, die dem Täter zur Warnung dienen und die seine Resozialisierung unterstützen oder bewirken soll, findet auf der personalen Ebene statt. Die Strafgewalt wird in beiden Formen vor allem als Teil der Kommunikation eingesetzt.

Nur wer -auch- auf den realen Menschen abstellt und die unantastbare Würde aus dem Menschsein ableitet, der kann neben der normativen auch eine reale Position einbeziehen.

9. *Fazit.* Es findet zumindest auch ständig eine „*kommunikativ-reflektive Wiederbelebung der Tat*“ statt. Nur was wir heute als *Erinnerung* an die Tat haben, ist der Grund für unser Strafbedürfnis. Mit jeder neuen Erinnerung überscheiben wir alte. Was für den Zeugen gilt, gilt auch für jeden von uns zu jeder Zeit. Deshalb ist es auch so sinnvoll, die alten Erinnerungen in Protokollen fest- und Zeugen vor Gericht vorzuhalten

Auch nur, was das Tatgericht als Inbegriff der Hauptverhandlung ermittelt (§ 261 StPO), ist der sozialreale Strafgrund. Insofern erfolgt die Verurteilung als *unmittelbare* Folge.

Nach deutschem Recht können wir nach allem nicht nur eine Zweiteilung, sondern eine Stufung vornehmen, die sich an die Vereinigungstheorie anlehnt.

- *Reale Ebene*: So knüpft die reale Vollstreckung der realen Strafe an die reale Tat an. Zwischen beidem kann ein langer Zeitraum liegen. Das ist das Tatkonzept des Strafgesetzbuches und die *Realität des Strafvollzuges*.

- *Äußere soziale Kommunikationsebene*: Der *expressive Urteilsspruch* aber beruht auf der „*kommunikativ-reflektiven Wiederbelebung der Tat*“, die sich aus dem *Inbegriff* der Hauptverhandlung ergibt. Insofern folgt die Strafe am Ende der Hauptverhandlung als Verbund von „actio und reactio“, *unmittelbar* auf dem Fuße. Schon der Urteilspruch beinhaltet den kommunikativen Tadelskern der Strafe und bekräftigt die Rechtsgeltung. *Sofort* mit der Rechtskraft erkennt das Gericht der verurteilten bürgerlichen Rechtsperson bestimmte Freiheitsrechte, also Teile seiner bürgerlichen *Rechtspersönlichkeit* ab. Das ist das prozessuale Tat- und personale Täter-Konzept. Es ist von sozial-liberaler Art.

- *Innere Gefühlsebene*. Mit jeder Nachricht über eine Straftat *konstruiert* unser Gehirn ein Tatschaden und ein Täterbild, das wir zudem in eine Gesellschafts- und ein Weltbild einbetten. Dabei verwenden wir die groben Deliktsmodelle der Alltagsprache. Dieses geistige Abbild wird mit jeder nachfolgenden *Erinnerung* an die Tat von uns neu belebt und neu überschrieben. Stets drängt sich bei Unrechtstaten zudem *sofort* die Frage nach der *eigenen* angemessenen Reaktion auf, um mit ihr das Unrecht zu beseitigen. In der Regel erfolgt als unmittelbare und *erste Reaktion* auf den Bericht oder die Erinnerung an die Tat der hochemotionale Wunsch nach *Vergeltung*, und zwar nach blind-gerechter „actio und reactio. Gerechtigkeit". Das ist untrennbar mit dem Nacherleben von Unrecht verbunden. Es erlaubt uns zugleich, uns vom bloßen passive Miterleiden eines Schicksals zu befreien, das auch uns hätte treffen können, und in eine *aktive Helferrolle* überzuwechseln. Als erste sofortige und blinde Gegenaggression setzen wir dabei genauer noch auf die Elemente der *unmittelbaren* Gefahrenabwehr. Wir haben den Täter *bei der Tat* vor den inneren Augen. Daraus ergibt sich das emotionale und damit auch das natürliche Grundkonzept, das dem *generalpräventiven* Strafen zur Erhaltung der Rechtstreue und unserer Grundwerte zugrunde liegt.

- *Zivilisierung durch Gesetze und Verfahren*. Über dieses eigene Strafbedürfnis sollten wir aber in Ruhe nachdenken. Wir Menschen können es. Dazu gehören -auch- die folgenden *psychosozialen* Überlegungen: Unrechtstaten bilden zunächst einmal alle (unberechtigten) Aggressionen, in der Regel mit Gewalt ausgeführt, aber auch mit List oder Treubruch. „Aggression" stellt dabei von Opfer her betrachtet, nur ein anderes Wort für den unberechtigten Entzug von Freiheit im weiten Sinne dar. Gegenaggressionen beinhalten dasselbe, und blind nach der beendeten Tat geübt, würden sie uns auf dieselbe Stufe mit dem Aggressor setzen. Mit der *Information* über ein reales *Strafübel* überschreiben wir die Information über eine reale *Tatübel*. Aber damit verdoppeln wir das Übel. In jedem Falle müssen wir deshalb das Strafübel *milder* ausfallen lassen als das Tatübel. Deshalb werden wir das nachträgliche konkrete Strafen besser einer zivilisierenden *höheren Instanz*, am besten einem demokratische Rechtsstaat mit seiner Gewaltenteilung überlassen und zudem Laienbeteiligung einfordern. Der formale Ablauf eines solchen rituellen fairen Prozesses ist dabei von geschulten und darin erfahrenen neutralen Rechtsexperten zu gewährleisten. Auch müssen Rechtsmittel zulässig und ein nachträgliches Korrektiv während der Vollstreckungszeit möglich sein. Denn im Laufe der Zeit und mit neuen Erfahrungen werden wir unser (jeweils aktuelles) Bild von Tat und Täter ändern.

- *Strafidee des Herrschers*. Eines ist und bleibt offenkundig, es straft immer ein (eltern-ähnlicher) Souverän. Er kann, aber muss sich nicht der großen höheren Vernunftidee der Gerechtigkeit beugen. Er könnte in jedem Einzelfalle auch anders handeln. Fürstliche Gnade, religiöse Barmherzigkeit und vertragliche Abgeltung durch Bußleistungen hat es schon immer gegeben. Und in der Demokratie strafen wir als Volk. Wir „kulturell Freien" verfügen zumindest über eine Art von Veto-Recht gegenüber der strengen (über-?) natürlichen Tit-for-Tat-Gerechtigkeit, das wir „human" nutzen. Wir sehen dazu auch in dem Mörder einen realen Menschen, dem Würde konstitutiv eigen ist. Mit diesem *fest verankerten* (weil verfassten, semireligiösen) *Menschenbild*, dem alten Bild vom „Nächsten", *überscheiben* wir sofort *jede Erinnerung* an die Tat, sobald sie uns zum Menschen-Täter führt. So geschieht es vor allem bei der Schuldfrage und im Rahmen der Vollstreckung der Strafe, aber auch wieder, wenn es um dessen nachfolgendes Leben in Freiheit geht.

## II. Willensfreiheit und Autonomie: kulturelle Fiktion, genetische Instinktreduktion und psychische Ausstattung genügen! Evolutionäre Idee der Selbstorganisation aller natürlichen Einheiten!

1. Nachfolgend gilt es, die *eigenes Ansicht* zum Problem der *Willensfreiheit* einigermaßen geschlossenes vorzustellen. Vorbereitet ist sie schon durch die vielen eigenen Akzente und Sonderlehren.

Sie führt zum praxisnahe These vom „*Vorrang* der idealistischen deutschen Schuldstrafe“ und der notwendigen *Ergänzung* durch die präventiven Erwägungen.

Der alte *Dualismus* zwischen der gerechten Schuldstrafe und der präventiven Strafnotwendigkeit wird zunächst beibehalten. Denn gute Gründe gibt es für beide Seiten. Aber der *Vorrang* ist auf die Idee von der gerechten Schuldstrafe zu legen.

Auf das Verfassungsrecht umgebrochen gilt dabei:

- Die Menschenwürde-Idee des Art. 1 I GG verdient „im Zweifel“ den Vorrang vor der staatlichen Verfassungsgesellschaft des Art. 20 I GG.
- Die *Brücke* zwischen *Ethik* und *Notwendigkeit* besteht zudem im *Rechtselement* der *Gerechtigkeit* (vgl. Art. 2 II GG und Art. 20 III GG).

Die Schuldstrafe führt allerdings zum Dilemma der Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit. 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 und nicht *fremdbestimmt* 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 stellt, je nach Sichtweise, eine göttliche und auch sonst *religiöse Fremdbestimmung* dar, samt der frommen Unterwerfung unter heilige ethische Gebote.

Doch diese drei säkularen Grundarten kennen wir; sie treten -schon nach dem allgemeinen heutigen Verständnis und auch mit *Aristoteles*[1103]- kulturell in Erscheinung. Wir wissen auch um situative motivatorische Anreize und begreifen sie als *psychische Antriebe*.[1104] 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 und Traditionen[1105], und auch in die Nähe-Gesellschaften seiner privaten Netzwerke.[1106.]

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* Ansatz. 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.

Die doppelte Frage lautet also nur, aber immerhin: Ist der Mensch tatsächlich, wie wir seit und mit *Aristoteles* glauben, *zusätzlich* ein mit Vernunft begabtes Wesen oder *nur* ein Naturprodukt. Und reicht für eine sozialen Realität nicht der feste Glaube an die eigene Vernunft aus, zumal sie uns zu den Wundern unser Wissenschaften und Techniken geführt hat?

2. Die Blickwinkel und ihre Deutung:

*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

---

1103 Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1097 b 30 - 1098 17.

1104 Deshalb könnte man auch mit Rethmann von drei Grundformen der Determination sprechen: Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff.., 116.

1105 Dazu Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff. , 119.

1106 Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff., Rn 10.

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 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 die *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 Normenweit 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.*"[1107]

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

[1107] Cassirer, Versuch, 1944/2007, 345.

deliktsähnliche *Verstöße* gegen ihre Tabus und das Strafen mit Schicksalsschlägen.

*Illusion des Seins.* Wenig beachtet ist das parallele Dilemma der Illusion des Seins, die in verschiedenen Facetten aufleuchtet: Wir alle verändern uns und alles auf der Welt verändert sich in jedem Augenblick. Was ist also das „Sein"? Es ist immer nur eine Ähnlichkeit. Menschen sind Jahre nach der Tat schon erkennbar gealtert und nicht mehr ganz dieselben. Wir leben mit Erinnerungen, die mit jedem Erinnern wieder neu überschrieben werden. Unsere Auffassung, dass wir mit uns voll *identisch* und deshalb die Täter unserer früheren Taten sind, beruht auf einer Reduktion und Fiktion, die mit dem Begriff von der *Identität* einhergeht.

Ebenso sind alle angeblich realen Taten schon von uns so definiert. Aus ihrem natürlichen Zusammenhang, dem großen Strom der Ereignisse, sind sie herausgerissen, um einem bestimmten guten Zweck zu dienen. So arbeiten auch die Naturwissenschaftler selbst mit Experimenten, bei denen sie die *Komplexität* der gesamten Umwelt soweit als möglich ausklammern. Ferner sind ihre Theorien Abstraktionen. Wir erfassen das sogenannte Sein oder die Natur bestenfalls mit Gleichungen, die Variablen enthalten. Unser Bild vom Sein ist also auch nur unser „Bild".

*Humane Genetik.* Es sind jedenfalls nicht die Gesellschaften allein, die Kulturen hervorbringen, sondern diese *Fähigkeit* ist im *genetischen* Menschen und auch im allgemeinen Naturprinzip der *Evolution* angelegt, die sich in der Evolution, der mit zunehmender Bevölkerung immer komplexer werdenden Kulturen spiegelt.

Der Mensch ist mit *Gehlen* instinktarm[1108]. Er ist also durch genetisch verankerte Vorprogramme, lies: *Naturnormen* (!), weit weniger stark gebunden als alle seine nahen Primaten-Verwandten. Deshalb muss er sich eigene schaffen, individuell und kulturell.[1109]

An die eigenen kollektiven Regeln ist der Einzelnen nicht blind wie an genetische Programme gebunden, er kann sich auch von Binnennormen lösen

---

[1108] 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.").

[1109] Ähnlich Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff., Rn 8 (unter Hinweis auf Gehlen: im Gegensatz zu instinktgeleiten Tieren).

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 (insbesondere) dem Menschen 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, ist *auch* befreiter und stärker. Aber die *Empathie* ebenfalls.

Aber alle *Beweggründe* sind solche, die zunächst einmal *von uns* ausgehen. Wir bewegen uns selbst. Aber wir können auch unser Schritte *vorher*, und zwar in Ruhephasen auswählen und sie *nachher* in Ruhe bedenken.

Dabei hilft die *Vernunft des Nachdenkens* über das *Gerechte* und das *Mitmenschliche*, und zwar individuell und auch kollektiv, uns die moralischen Normen bewusst zu machen. Diese Vernunftgebote können wir zudem dann kollektiv für bestimmte Verhaltenstypen *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 *Neutralisationstechniken* greifen, etwa meinen, das Opfer habe es verdient oder es sei ein Untermensch.[1110] Sinnvoll sind diese Techniken nur, weil wir als Täter das *Bedürfnis* verspüren, uns (vor uns, vor den Nächsten, vor der Gesellschaft oder vor Gott etc.) zu *rechtfertigen*. Auch die Straftheorie bedient dem Bedürfnis, die Androhung, Verhängung und Vollstreckung eines Gewaltaktes zu rechtfertigen und zudem zu zivilisieren. Dazu bedienen wir uns des „Rechts“.

[1110] 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. Etwas 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. Kap. E.

*Cogito ergo sum.* Ich denke also bin ich. Dieser Satz prägt das Selbstverständnis der westlichen *Vernunft-Kultur* der Aufklärung. Dass der Ich-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* und 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 nur *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. Einzelne Menschen stellen nicht etwa auch, sondern vor allem einen kleinen Teil oder Sub-System eines großen dynamischen Ganzen dar. Dabei muss auch offenbleiben, wie die rational denkenden einzelnen Natur- und die Sozialwissenschaftler sich selbst verstehen. Als Wissenschaftler denken sie eigentlich frei.

*Ohne* zumindest die kulturelle Fiktion der Willensfreiheit gäbe es jedenfalls 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. In Thesenform:

- Erstens: das große Problem der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit ist schon einmal kulturell, also im Sinne einer *sozialen* Realität 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.

- Fünftens: Vielleicht aber gibt es nicht nur dank der humanen Illusionsfähigkeit, sondern auch rein real in jedem Menschen, der sich als Akteur begreift, ein Selbstbewusstsein und damit auch ein „Selbst“, das eng mit dem alten *Seelenbegriff* zusammenhängt. Das Gehirn jedenfalls 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).

- Sechstens: 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 Wissenschaftskultur, unsere gesamten technischen Städte, die Demokratien und Rechtssysteme beruhen jedenfalls darauf.

4. Gesondert anzufügen ist die These von der evolutionären Idee der *Selbstorganisation* aller natürlichen Einheiten, und zwar auch wegen ihrer ständigen *Veränderung*. Kein energetisches lebendes Wesen und keine energetische physikalische Einheit sind im nächsten Moment noch mit sich völlig identisch. Sie wachsen und altern, aber immer mit der Grundtendenz zu höher Emergenz, also höherer Komplexität. Diese dynamische Idee der Evolution steht hinter dem gesamten postmodernden Naturalismus.

Die Idee von der Selbstorganisation betrifft zunächst einmal das System, etwa die menschliche Kultur. Aber im Sinne der sozialen wie der biologischen Systemtheorie stellt auch der einzelne Mensch selbst ein System dar, das sich (auch) „selbst“ ständig reorganisiert, unbewusst oder auch bewusst. Dafür entwickelt es ein *Selbst*. Damit ist der Schritt zur Selbstbestimmung und der Autonomie getan. Mit dem (gegebenenfalls auch nachträglichen) Selbstbewusstsein ist der Schritt zur gegebenenfalls auch erst nachträglichen

Eigenverantwortung getan. So können wir im Sinne des *Libet*-Menschen-Modells uns auch für die Zukunft bewusst motivieren, etwa mit der Aussicht auf lustvolle Selbstzufriedenheit oder Strafe, die Unlust androht, um uns dann im Augenblick der Handlung zunächst unbewusst, aber doch auch mit kleiner Veto-Möglichkeit zu entscheiden.

Die Grundidee des Selbstkonzepts als System ist mutmaßlich von universeller Art und untrennbarer mit der Evolution verbunden, und zwar als Idee der Selbstevolution im Sinne des Urknallmodells. Wir setzten also auch im Großen auf die Selbstentwicklung aller Elemente und aller physikalischer Einheiten. Sie existieren auch als Subsysteme im Kleinen durch ihre eine eigene und ihre (am bestens besondere) individuelle Struktur und durch ihre eigene Energie. Um zu „sein", betreiben sie zwar blinden, aber doch auch selbstorganisierten Widerstand gegen den Zerfall und gegen die Umwandlung in andere Einheiten. Allem Sein ist danach -auch- die Idee von der Selbstorganisation eigen.

5. Meines Erachtens liegt das eigentliche Dilemma darin, dass wir uns *kulturell* und auch *privat* über unsere *vorherrschende* Verfasstheit entscheiden (müssen), zwischen dem Vorrang der *fatalistischen* Fremdbestimmung durch die reale Natur, der *sozialautonomen* Fremdbestimmung durch die Gesellschaft und der der *individualautonomen* Selbstbestimmung, und zwar sogar jenseits der Frage nach dem Ausmaß des Selbstbewusstseins und des Selbst-Unbewusstseins.

Neben der kulturellen Grundentscheidung, die eine soziale ist, gibt es immer auch die private Freiheit des Einzelnen. Er lebt -bewusst oder auch unbewusst- die Freiheit „von" oder auch „gegen" die Mehrheitskultur, und zwar entweder im Sinne von *Liszt* gelegentlich mit einzelnen Widerstandsakten oder auch als Rebell von grundsätzlicher Art. Auch kann der Mensch real auswandern und sich anderen Zivilisationen anschließen oder sich gesonderten, auch kriminellen Subkulturen anschließen und in ihnen clanähnlich leben.

Es entscheidet nicht nur die (vorherrschende) Kultur über den Menschen, sondern auch der Einzelne über seine Kultur.

Grundsätzlich aber gibt es keine menschliche Zivilisation ohne Abweichungen von sozialen Normen. Der Umgang mit den kriminellen Abweichlern, lies die Selbstorganisation gegen die Selbstzerstörung, bildet sogar einen wesentlichen Teil einer jeden Gesellschaft Er härtet sie von innen aus, indem Immunisierungs-Institutionen als gesellschaftliche „Organe" als Subsysteme erforderlich sind. Freiheit zu Abweichungen garantiert aber auch Innovationen, also die Vorteile der Selbstevolution.

Damit ist die Idee der Willensfreiheit über die Autonomie und über das universelle Modell der inneren Selbstorganisation und den Trieb zum *Selbsterhalt* aller Systeme in den *Naturalismus eingebettet*. Aber ob die Willensfreiheit existiert oder nur eine besonders ausgeprägte menschliche Illusion darstellt, die uns bei unserer individuellen und sozialen Selbstorganisation hilft, ist damit nicht endgültig beantwortet.

6. *Folgerung: Individualethik, Gemeinwohldenken und Rechtsidee*. Begreift sich aber der Mensch als im Willen frei, individuell und kollektiv, 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 Höchstwerte stellen deshalb die *ethische*, die *soziale* und die *reale* Selbsterhaltung von *Mensch* und *Gesellschaft* dar, aus der Sicht des Strafrechts gespiegelt in §§ 211 ff. StGB und § 81 StGB.

Im Hintergrund steht dabei auch noch der *dritte* Höchstwert, die *Natur* mit ihren Gesetzen, die wir aber (noch weitgehend) als *gegebene Natur-Konstante* ansehen. Von ihr können wir dennoch die *Gesetzesidee* der *Gleichung* übernehmen: Danach müssen oder sollen die *Rechtsfolgenvoraussetzungen* auf der einen Seite auf der anderen die zumindest *faire Markt-Gerechtigkeit* der Rechtsfolge ergeben. Die strafrechtlichen *Tatbestände* müssen und sollen zu den *Strafrahmen* passen etc. Diese Grundsätze der Minimalethik darf der sonst freie Gesetzgeber nicht verletzen.

So gelangen wir zur *gesamtwestlichen* Dreifaltigkeit von (freiem) *Menschen*, (solidarischer) *Gesellschaft* und (auf die auch natürliche Gleichheit) gestützter *Rechtsidee* (als Verbund von positivem Recht und materieller Gerechtigkeit).

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 einen eigenen Wert dar, sei es als freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 1 I, Art. 2 I GG), 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*. Die beiden 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.

7. *Fazit.* Nach allem spricht viel für den Vorrang des Freiheits-Strafrechts. 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) Höchstwerten Mensch und Gemeinschaft dar und schränken deren *freie Entfaltung* ein.

Für die Ideen der Willensfreiheit und der Autonomie sprechen dabei also: die gesamtwestliche Tradition der *kulturellen Fiktion*, die relativ umfangreiche *genetische Instinktreduktion* und damit die Instinkt*befreiung* des Menschen und seine *psychische Ausstattung* sowie umgekehrt auch die rein evolutionäre Idee der *Selbstorganisation* aller natürlichen Einheiten. Von *innen* betrachtet sehen wir uns als frei an.

## III. Schuldstrafe als national gelebte Ausprägung, eine relativ beste Vereinigungstheorie

1. *Nationale Ausprägung*. Diese allgemeine und damit vage westliche Präferenz der Individualität haben wir nicht nur national im Grundgesetz von 1949 noch einmal verrechtlicht. Auch 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>).*“[1111]

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 insofern 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.

Der Mensch weiß und erwartet *bestimmte Formen* von *natürlicher Aggression*, die innerhalb einer Gemeinschaft geübt werden und ihr Rechtsystem mitbestimmen, aber auch die Gemeinschaft zu sprengen drohen. So kennen wir auch den minderschweren Falles des Totschlags (§ 213 StGB).[1112] Als *Reaktion* entwickelt der sowohl emotionale als auch doch auch vernünftige Menschen, dann wenn Aggressionen erblickt und er sie auch *bildhaft* erzählt bekommt ein *Vergeltungsbedürfnis*, das seinerseits ein *präventives Drohpotenzial* beinhaltet.

---

[1111] 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.

[1112] Ebenso: BGH GrSen 30, 105 ff. (Rechtsfolgenlösung zur Reduktion der lebenslangen Freiheitsstrafe beim Mord).

Die Idee von der *positiven Generalprävention* greift diese Emotionen auf, auch wenn sie sie durch die soziale Veredelung vom Strafbedürfnis hin zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“ verfremdet.

Emotionen ist es eigen, dass der Mensch ihr Entstehen nur begrenzt zu steuern vermag. Sie stehen somit dem Modell einer *absoluten* Willensfreiheit entgegen. Nach dem Veto-Modell der *relativen Willensfreiheit* wird dagegen nur die *Beherrschung von emotionalen Motiven* verlangt; aber für das Vergeltungsbedürfnis der Allgemeinheit ist offenbar nur deren *Kanalisierung*, 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, so trägt derjenige, der sich darauf stützt, hier also die strafende demokratische Gemeinschaft der Freien und Würdigen, die Last des Beweises.

So 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 konkrete Menschsein überwölben und beherrschen. Es regierte der strenge *Gerechtigkeits-Idealismus*, den auch einige Religionen einfordern. Er verdrängt die anderen Gesichtspunkte der Vereinigungstheorie ins zweite Glied.

Ohne Gerechtigkeit gäbe es zwar auf den ersten Blick nur die totalitäre Herrschaft der Mächtigen auf Zeit, bis ein erfolgreicher Aufstand sie ablöst. Aber schon jeder *Handel* beruht auf dem privaten Prinzip des Gebens und Nehmens. Jede *Kooperation* beruht auf dieser Idee.

- 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 im humanistischen Sinne

- 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 die altbekannte *Alternative*, der Auflösung der staatlichen Gesellschaft (zu mittelalterlichen kriegerischen Schutzgemeinschaften und ummauerten Handelsstädten) leichtfallen. Der gegenwärtige *kulturelle Grundkonsens* des heutigen deutschen Strafrechts ist also zu begrüßen.

Zudem ist also:

- 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 vorrangige Leitidee bildet aber das Schuldstrafrecht.

4. *Drei klassische Strafbegründungen*. Das pragmatische Recht und damit auch das Strafrecht folgen aber nicht einer reinen Lehre. Die praktisch-vernünftige Strafbegründung über die *Vereinigungslehre* ist vielmehr gegeben, wenn die Strafe von vorn herein *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. Hier kann und sollte man noch einmal untergliedern trennen: in den gerechten Ausgleich und die gebotene humane Milderung.

Alle Strafideen treffen *in der Regel* zusammen Sie lassen sich, weil sie so vage Vorgaben machen, zumindest derart *harmonisieren*, dass sie in den groben *revisionsrechtlichen Rahmen* der noch *vertretbaren* konkreten Strafbemessung passen. Der Rest obliegt der *Gestaltungsfreiheit* des einzelnen Tatgerichts, § 261 StPO.

Ausnahmenfälle, wie voll integrierte Ausschwitztäter, müssen als *Widersprüche ertragen* werden. Die Bewältigung von Systemunrecht passt ohnehin nicht recht in das Privat-Bürgerstrafrecht.

Meines Erachtens greift auch die Verschuldensidee weiter. So kann der Täter mit der Tat auch die *Erschütterung der Rechtstreue* oder den *Rechtsgeltungsschaden* verschulden und mit seiner Täter-Persönlichkeit auch ebenso die Prognosedaten für den Rückfall etc.

Alle drei klassischen 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 sind in der Gegenwart möglich und nötig 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.

In vielen Fällen dürfte sich das Strafen ganz klassisch *dreifach begründen* lassen, so dass die Frage nach dem Vorrang im *konkreten Falle* auch offenbleiben kann.

Aber *dogmatisch* und auch *funktional* bedarf jedes Rechtsystemen einer bestimmten *einzelnen Leitidee*. Sie färbt die anderen Ansätze mit ein und formt sie aus, etwa als die bloße Sonderregelung der Maßregeln und des Jugendstrafrechts oder auch die Einordnung der Bewährung als gesonderte Ausnahme auf der Vollstreckungsebene. Auch die individualpräventive Idee der Resozialisierung ist vom Bild des würdigen Menschen, der Grundlage des Schuldprinzips, überformt und durchdrungen.

5. *Fazit*. Die Vereinigungstheorie bildet eine weit umfassende zumindest *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 Einzellehren, die in reiner Form kaum jemand vertritt.

Legt man kulturell das Schwergewicht auf die gerechte Schuldstrafe, weil man den Menschen als würdig erachtet und als ein geistig-sittliches Wesen versteht, so *balancieren* die beiden *präventiven* Ausrichtungen *gemeinsam* in etwa deren Gewicht aus.

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*.

So spricht auch einiges für den *Vorrang* der Idee vom „gerechten Schuldstrafrecht“ und *zudem* auch für ein *Gesamtkonzept,* das die *beiden* präventiven Sichtweisen und deren *einseitiges* Übergewicht ausbalanciert.

## 7. Kapitel

## Deutsche Straftheorie: Eigenes Konzept

### I. Hauptthese: Ausgleich von unberechtigter Herrschaftserfahrung durch human abgemilderte Ohnmachtserfahrung

1. Nachfolgend gilt es, das eigene Gesamtkonzept im Einzelnen darzustellen. Mit dem Vorverständnis und der Hauptthese ist zu beginnen.

*Vorverständnis*: Die Frage nach Sinn und Zweck des Strafens führt uns zu einem gesamten System von Erklärungen.

Maßgeblich sind seit der *Antike* und bis auf weiteres die beiden Grundausrichtungen: *Vergeltung* und *Vorbeugung*, die aber von Anfang an als dualistische Paarung oder Pole auftreten.

Dogmatisch *verfeinert* verfügen wir über drei (oder besser vier) große Positionen, gebündelt wiederum in *zwei Paarungen*

- die *nützliche* General- und die Individualprävention,
- die *sinnvolle* Gerechtigkeits- und die Schuldlehre.

Man kann sie zusammen die bloße *additive* oder Meta-Vereinigungstheorie nennen.

Die deutsche Diskussion lässt sich m.E. *noch genauer* noch mit (zumindest) *vier* Paarungen wie folgt akzentuieren:

- *emotionale* General- und *rationale* Individualprävention,
- *blinder* Tatausgleich und *höchstpersönliche* Schuld,

sowie nunmehr auch:

- *objektiver* Naturalismus und *subjektiver* Idealismus,
- *absoluter* Sinn und *relativer* Zweck.

Die Aufgabe einer jeden konkreten Vereinigungstheorie besteht deshalb darin, mit diesem reichhaltigen Angebot von vier Paarungen und auch mit deren

*Wechselwirkungen* untereinander umzugehen. Dies sollte vernünftig im *aristotelischen* Sinne und auch vor dem *demokratisch-politischen* Hintergrund unserer Art von Staatsstrafe geschehen. Das heißt, es ist eine Art von *Konsens* zu suchen. Dabei ist *allen großen Sichtweisen ein Platz* einzuräumen, aber *eine Ansicht* sollte vorherrschen. Die dennoch zwangsläufig auftretenden Widersprüche sind zumindest dann *tolerant* auszuhalten, wenn sie nur Sonderfälle betreffen.

Meine eigenen Antworten auf die Ausgangsfrage habe ich soweit als möglich an Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* angelehnt. Ich möchte also dem Paar „*blinder Tatausgleich und höchstpersönliche Schuld*“ den Vorrang -innerhalb der Vereinigungstheorie- einräumen.

Zwar wird zumeist auf die klare Trennung von blindem Tatausgleich und höchstpersönlicher Schuld verzichtet. Ihr zugrunde liegen aber bereits die beiden Großworte „Gerechtigkeit“ und „Schuldprinzip“. Eine enge Paarbildung erlauben sie immerhin dann, wenn man sie einmal neben einander setzt und sie auf einen bestimmten *Kerngehalt* reduziert.

Innerhalb dieses erfreulich einfachen und scheinbar so altbekannten Ansatzes biete ich einen *Unterbau* an und stelle zudem später auch ein *buntes Bündel* von vielfältigen Sonder- und Unterthesen zur Diskussion.

2. Zu Thesen verdichtet:

Das *Hauptkonzept* lautet: Vorrang für die Paarung „blinder Tatausgleich und höchstpersönliche Schuld“.

(1) *Grundlage:*

Die Strafe entstammt der allgemeinen Idee des *systemischen Ausgleichens*. Sie bildet den Haupt-Strafgrund.

Das Ausgleichen stellt die dynamische Seite der statischen Idee der *Gleichheit* dar. 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 eine maßgebliche Frage. Die andere heißt, was hat ihn zur Tat *motiviert*, und zwar etwas, das allen Delikten ebenso (all-) gemein ist wie die Rechtsfolge der Freiheitstrafe? Es ist sein *rücksichtloser Egoismus*: Ich darf und kann das.

Dem Täter bleibt von und mit der Tat solange eine *Ich-Übermacht-Erfahrung,* als die eigene willkürliche Herrschaft über Recht und Gesetz andauert. Sie hat er gewonnen. Und er behält sie, bis sie durch die *Gegenerfahrung* der *Ohnmacht* ausgeglichen wird.

Dem unberechtigten „Lustgewinn" setzt diese Art der *Ausgleichsstrafe* aber auf den zweiten Blick 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 Strafakt (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.

Es ist die alte Herrschaftsidee der „Gewalt", hier diejenige über fremde Güter, die nach dem Ausgleich durch „Gegengewalt" ruft, und zwar entweder durch einen demokratischen Staat, der das „Gewaltmonopol" an sich gezogen hat oder durch gewaltbereite freie Bürger als Selbst- und Lynchjustiz. Justiz zu suchen, meint Gerechtigkeit, um ihre selbst willen, als sich selbst erschöpfenden heiligen *Endzweck* des Ausgleichens zu betreiben.

Statt mit Gewalt kann man auch mit List (Betrug) und pflichtwidrigem Treubruch (Pflichtdelikte) die *Macht* über fremde Güter ausüben und erfahren. Die Strafgewalt setzt damit den Entzug von unberechtigt erlangtem Herrscherstatus mit Zwang durch, falls der Täter den Freiheitsentzug nicht mit einem Geständnis (vorrangig) selbst auf sich nimmt, sodass die Gewalt nur noch zur hilfsweisen Sicherung dieses Versprechens dient.

Die Lehre von der *Strafe als Ausgleich* ist zwar eng verwandt mit den herkömmlichen Vergeltungs- und Gerechtigkeitslehren im Sinne der *Wechselseitigkeit (iustitia commutativa).* 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 und nur den -emotionalen, und damit auch personalen- *Vorteil, Status* und die

*Erfahrung* nimmt, den jener mit der Tat erlangt und in seiner Persönlichkeit weiter in sich trägt. Den *materiellen* Gewinn entziehen wir dem Täter mit dem Zivilrecht. Den *immateriellen* Gewinn an Macht schöpfen wir mit dem Strafrecht ab, aber auf zivilisierte Weise und in humaner Art und Umfang.

In Anlehnung an *Hegel* geht es um die *Restitution* durch die Aufhebung des Verbrechens. Allerdings ist nicht mehr vorrangig die soziale Sicht des Freiheitsstaates einzunehmen, sondern angemessen ist es heute den Blinkwinkel des einzelnen würdigen Täters und Mitmenschen einzunehmen, der aus der Tat seinen unberechtigten Freiheitsgewinn gezogen hat.

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*. Gleichwohl nimmt auch die zivilrechtliche Zwangsvollstreckung dem Betroffenen nur einen „materiellen Vermögensteil“ an seinem insofern illegalen Gesamtvermögen, der ihm nicht zusteht. Aber egoistische *Abwehr-Gefühle* können wir eben nicht rationalisieren.

Mit der Strafe wird dem Täter also *analog zum Zivilrecht* ein illegal erlangter *immaterieller* Vermögens- als Freiheitsteil, vereinfacht ein illegaler Herrscherstatus genommen, indem ihm eine gleichwertige Ohnmacht verordnet wird, allerdings im Verbund mit einer auf seine Person selbst bezogenen *humanen Härteklausel*.

(2) *Schuld als bloßes humanes Korrektiv*

.

Jede einzelne Idee, und auch jede Strafidee, leidet an ihrer Einsamkeit und Einfachheit. Dialektische Ideenpaare sind schon deshalb aussagekräftiger.

Zum hoheitlichen Recht gehört traditionell die hoheitliche Gnade. Auch gilt die blinde Gerechtigkeit der Wechselseitigkeit schon lange als grausam und unbillig. Nötig ist ein *humanes* Korrektiv, das schon *Thomas von Aquin* in der Form der *Barmherzigkeit* eingefordert hat. Bei *Aristoteles* ist es die *zuteilende* Gerechtigkeit, die eng mit der sozialen Idee der Brüderlichkeit, heute der mitmenschlichen *Solidarität*, verbunden ist.

Aus der Sicht der *streng* vergeltenden Gerechtigkeit ist zu fragen, weshalb nicht der Mord mit der Todessstrafe geahndet werden soll oder weshalb sie und auch grausame Strafen, auch für grausamen Taten, verfassungs- und menschenrechtlich verboten sind. Die deutsche Antwort lautet, für die *humane* Art des Strafens sorgt die Grundidee der Menschenwürde, Art 1 I GG und sie wiederum bestimmt auch die heutige Ausformung des *Schuldprinzips*.

Dabei ist die Schuld im engeren Sinne *der Vorwerfbarkeit* noch einmal vom Tatunrecht, mit dem sie etwa auch beim „Schuldspruch" verbunden wird, zu trennen. Von den zwingenden Folgen der blinden Tat-Gerechtigkeit her betrachtet, dient die Schuldidee im engen Sinne *nicht* der zusätzlichen Begründung der Strafe. Im Gegenteil folgt aus ihr zumindest in der Regel deren erhebliche *Milderung*. Wir *verzichten* bei der Schuldstrafe auf den *harten und* blindgerechten *Tatausgleich*. Wir strafen in Ansehung der *Person des Täters*, besser den Täter als würdigen Mit-Menschen.

Auch formal verwendet das *Strafgesetzbuch* auf der Ebene der *Tatbestände* den Begriff der Schuld im engen Sinne der Vorwerfbarkeit und setzt ihn nur zur Milderung des Regelstrafrahmens oder zum Strafverzicht ein. Auch die Fahrlässigkeit nutzt er auf diese Weise.

Außerdem ist zu bedenken, dass der Täter zwar einerseits als Mensch mit *Vernunft* ausgestattet ist; andererseits aber zeigt er sich aber gerade auch mit seinen Taten als ein Wesen, das kurzgefasst „*menschliche"*, also (a) *natürliche Schwächen* und (b) *soziale* Defizite aufweist. Für die Tat trägt der Täter also nicht die alleinige volle Verantwortung. Beide Umstände vermindern seine höchstpersönliche Schuld.

Da die Schuldidee insofern nur die Strafe abmildert und *nicht begründet*, schadet es auch nicht oder weit weniger, dass wir die *Willensfreiheit* des Menschen nur kulturell fingieren (können). Diese Unterstellung, der wir die Idee der Menschwürde, die subjektiven Grundrechte und die Demokratie verdanken, wirkt sich vor diesem Hintergrund nur *zu Gunsten* des Verurteilten aus (*Beweislastargument*).

So lautet die Kurzformel insgesamt: *Die Schuldstrafe bewirkt den humanen Ausgleich von unvernünftig angemaßter Herrschaftserfahrung durch eine entsprechende Ohnmachtserfahrung.*

## II. Zu Gerechtigkeit und Strafbegriffen

1. Diese beiden Grundthesen sind etwas weiter auszuführen.

Das *Krumme* muss gerade „gerichtet“ werden, so heißt es schon in der Antike. Dabei besteht die *allgemeinen* Gerechtigkeitsidee schon seit und mit *Aristoteles* in der Gleichheit (vgl. Art 3 I GG). Mit dem *Bundesverfassungsgericht* bildet die Gerechtigkeit, die sich noch weiter auffächern lässt, zudem den materiellen Kern der *Rechtsidee*. So ist sie auch im deutschen Rechtsstaatsprinzip mit verankert ist, Art. 20 III GG.

Für das Gerade-Richten bedarf es aber eines Maßstabes. 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 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 *zusätzlich* 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 angemaßt hat.

Als nur, aber immerhin als *zweitrangig* erweist sich danach die *Schadensseite*, gemäß den verschiedenen Lehren von der *Sozialschädlichkeit*, von der Rechtsguts*verletzung*, vom Rechts*bruch* oder vom Rechts*geltungsschaden*. Denn die Öffentlichkeit hat Kenntnis vom Anspruch des Täters auf fremde Güter oder das Recht insgesamt erhalten. Ihre *Ausgleichsforderungen* werden also mitbedacht, stehen aber nicht im Vordergrund.

Die Strafidee 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 Tatunrecht 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*.

2. Ergänzend bietet es sich an, die große Idee der Gerechtigkeit einmal zu personalisieren und sie mithilfe unser kulturell lang erprobten Grammatik als *Ich-, Du-, Wir- und Es- Gerechtigkeit* auszudeuten.

Der freie und würdige Ich-Mensch tritt als *„geistig-sittliche Wesen"* auf. Er weiß um die Strafbarkeit und er trägt die Sittlichkeit etwa im Sinne des *kantschen kategorischen Imperativs* in sich. Schon mit seiner Unrechtstat *verhängt* er über beide Wege die gerechte Strafe über sich selbst. Die zwangsweise Vollstreckung nimmt ihm also keine Freiheiten mehr, die er sich nicht zuvor selbst genommen hat. Sie bietet ihm vielmehr die büßende Versöhnung, zunächst einmal *mit sich selbst* an. Schuld meint hier das sich selbst vorwerfbare Unrecht. Gerecht ist nach dem *Autonomieprinzip* die *Schuldstrafe.*

Der Du-*Andere* stellt den *kommunikativen* Beziehungsmensch dar, es ist die *Du-Person der wechselseitig zuerkannten Freiheitsrechte* (Art. 2 I GG). Die Anderen erkennen dem Straftäter zu Ausgleich für sein unkooperatives Verhalten und seinen unberechtigten Freiheitsgewinn zumindest einige Freiheiten ab, die sie ihm *zuvor* zuerkannt haben (Do ut des, Wie Du mir so ich Dir, Tit for Tat). Die Strafe ergibt sich aus dem strengen *Wechselseitigkeitsprinzip*, das der Kooperationsidee dient. Als gerecht erweist sich die blinde *Vergeltungsstrafe*.

Die Wir-Verfassungsgesellschaft straft, um das *Prinzip* der Gerechtigkeit aufrechtzuhalten. Der Täter gilt ihr dabei als ein „*sozial-liberales Wesen"*, das als ein eigenständiges *Mitglied* der Gesellschaft *Solidaritätspflichten* zu tragen hat (vereinbartes Rule of Law-System oder Rechts- und Sozialstaatsprinzip). Die Verfassungsgesellschaft bestraft sich vorrangig *selbst*, indem sie auf diese Weise im Sinne von *Hegel* den Rechtsbruch mit der Strafe heilt. Dazu teilt sie die Strafe dem Täter zu, der in der Regel ihr Mitglied bleibt. Dies geschieht *öffentlich* und unter der Beteiligung von *Laien-Mitgliedern* und trifft den Zuständigen im Sinne von *Jakobs*. Die Strafe bildet ein fair zugeteiltes *Solidaritätsopfer*, das der Restauration oder Heilung oder auch Wiederherstellung der verletzten kollektiven Rechts- und Sozialstruktur oder der Bekräftigung der Rechtsgeltung im Wir-Kollektiv dient. Gerecht ist danach die *Strukturerhaltungsstrafe*.

Die *Es*-Strafe übt der Machtherrscher, in individueller oder auch kollektiver Herrschaftsform. Er leitet sein Strafrecht aus der (höheren) Macht- oder dem *Autoritätsprinzip* im Sinne von *Hobbes* ab. Die Straftat oder der Verdacht einer solchen signalisiert ihm einen Herrschafts-Geltungs-Verlust. Diesen Autoritätsverlust gilt es auszugleichen. Der Täter oder auch ein Verdächtiger bildet für den autoritären Herrscher „bloß" ein Spielball-*Objekt*. Der Herrscher selbst handelt frei und zumeist rational, aber *amoralisch*. Er agiert im Sinne von *Machiavelli*, um sein politisches Staatssystem und damit auch die Hierarchie-Ordnung zu erhalten. Die Autorität verlangt Unterwerfung oder erzwingt sie. Der Träger des Gewaltmonopol will seine damit seine Allmacht aufrechterhalten. Seine Strafgrund ergibt sich aus dem Gewaltmonopol und dem *Autoritätsprinzip*. Für ihn ist die gerechte Strafe die *Zwangsstrafe*.

Wir kennen und wir leben, wie die Grammatik es sprachlich belegt, ständig mit *allen* vier Sichtweisen. Schuld, Vergeltung, Strukturerhaltung und Zwang kennzeichnen mit unterschiedlichem Gewicht die gerechte Strafe.

3. Analog dazu verfügen wir über vier verschiedene Strafbegriffe, die wir sprachlich trennen und auch bei der Fragen nach Sinn und Zweck der Strafe eigentlich ständig mitbedenken sollten.

- Der empirischen oder auch realen *Strafvollzug*. Er trifft den weiterhin würdigen Ich-Täter, und zwar in seiner ganzheitlichen subjektiven „Identität": *Körperlich* als Bewegungsentzug, *seelisch* als Ohnmacht (Deprivation, Prisionierung), zudem als kollektiver Scham-Tadel für einen Tabubruch und *geistig-sittlich* als autonome Schuld und Eigenverantwortung.

- Das konkrete sozial-liberale *Strafurteil*. Es ist von *kommunikativer* Art und erfolgt nach einem fairen Verfahren im Namen des Volkes und beinhaltet eine Art von Du-Zurechnung als dem „Erkennen für Recht".
- Das allgemeine *Strafgesetz* liegt beidem zugrunde. Es richtet sich *unmittelbar* aber nur an die Wir-Allgemeinheit. Es soll sie rational ordnen und emotional Vertrauen schaffen. Zugleich ist es aber auch Ausdruck der autoritären „Hoheit" des Gesetzgebers als Gewalt-Herrscher. Deshalb gibt sich in der Demokratie die Allgemeinheit selbst das Recht und sie unterwirft sich zudem noch *höheren Ideen*.
- Alles überwölbt und durchdringt die materielle *Strafidee*. Sie aber wird ihrerseits erst durch diese drei Strafelemente *induktiv* mit Leben gefüllt. Ihr Kern bildet nicht nur für das Strafen, sondern für das gesamte Recht die uralte vage Gerechtigkeitsidee des Gerade-Richtens als dem Ausgleichen von Unrecht. Diese große Idee ist ihrerseits als Mittelteil in das noch höhere westliche Credo von „(individueller) Freiheit, (gerechter) Gleichheit und (empathischer) Solidarität" eingebettet.

Aber aus der Sicht einer Rechtskultur müssen wir *einer* personalen *Position* den Vorrang einräumen, und die anderen dann im dessen Licht ausdeuten. Nur auf diese Weise erhalten wir ein einigermaßen einheitliches (nationales) *Gesamtrechtsystem,* das sich aber seinerseits etliche große *Untersysteme* erlauben und mit ihnen gut leben kann.

Deshalb ist in *Deutschland* das gesamte Recht, soweit es einzelne Mensch betrifft, durch die Ich-Subjekt-Idee der Menschenwürde zumindest *korrektiv* begrenzt (vgl. § 138 BGB) oder im öffentlichen Recht *mitgeformt* oder sie *korrigiert* die exekutive Umsetzung, wie im Strafvollzug auch direkt. Die USA entwickeln und pflegen mit ihrer Geschichte die Du-liberale Grundhaltung des Gerichtswesen und Frankreich mit der seinen das Wir-Kollektive der hochpolitischen Exekutive.

Der gemeinsame und mutmaßlich *universelle* zivilisatorische Kern besteht im „Ausgleichen von Unrecht".

## III. Notwendige präventive Ergänzungen des Hauptkonzeptes

1. Zur Hauptpaarung „blinder Tatausgleich und höchstpersönliche Schuld" tritt die Paarung von „emotionaler General- und rationaler Individualprävention" hinzu. Denn auch ein dialogisches Ideenpaar eröffnet nur einen zweidimensionalen Raum. Weiter in Thesenform gepresst:

*Emotionaler Generalprävention*“. So straft keine Idee, sondern es strafen *Menschen andere Menschen.* Dazu müssen Menschen *motiviert* sein, ebenso wie auch zu den Straftaten selbst. Nur mit *Bewegründen* bewegen wir uns.

Der Drang, Gerechtigkeit einzufordern, ergibt sich zumindest nicht nur aus der abwägenden Vernunft der Menschen, sondern auch aus einem *Gerechtigkeitsbedürfnis*. Denn ohne staatliches Strafrecht würde man Selbstjustiz üben. Das erklären zwar meist die Opfer oder ihre traumatisierten engsten Angehörigen, sie wollen die Tat meist nur verstehen, sondern die empathischen und meist männlichen Nächsten. Sie neigen zu einer *unzivilisierten Gegenaggression*. Sie wollen körperliche Schmerzen zufügen und nicht Freiheitsentzug verhängen und vollstrecken. Hier setzt die praktische Vernunft des nunmehr demokratischen Staates ein, der, wie seine Vorgänger, das Gewaltmonopol eng an sich zieht und einen Teil seines Wesens damit verbindet

Der Staat beruft sich auf das „althergebrachte“ Strafen, und er kanalisiert das Strafbedürfnis, indem er es *prozessualisiert*, *entschleunigt* und *entemotionalisiert*.

Auch unsere aufgeklärte Staatsgesellschaft *ritualisiert* und *verfremdet* dabei noch alle Aktionen der Beteiligten fast ins *Theaterhafte* und Halbreligiöse. So lösen wir uns von den Straftaten und auch vom eigenen Strafakt. Die heiligen alten Sitten und die hohe Vernunft der Gerechtigkeit, den wir uns *unterwerfen,* verlangen eine solche Art des Ausgleichs, die man aus generalpräventiver Sicht auch als *Rechtsopfer* begreifen kann. Auf diese Weise unterdrücken wir zugleich soweit möglich nach innen das *Wiedervergeltungsbedürfnis* derjenigen, die nunmehr mit dem Täter und seinen Angehörigen fühlen und die zudem fähig wären, als gewaltbereite Gruppen und Familienverbände selbstständig aufzutreten.

Insofern geht es -auch- darum, die „Erschütterung Rechtstreue der Allgemeinheit“ zu besänftigen, die zumindest den „Ausgleich“ einfordert und mit Selbstjustiz droht.

*Rationale Individualprävention*. Zudem setzen wir auf derselben Ebene der Gesellschaft die rationale individualpräventive Argumente ein, und um das emotionale Strafen mit Verstandesgründen zu *mildern*. Denn die Rückfallgefahr will die Allgemeinheit auch nicht fördern. Außerdem könnte es auch einer der ihren sein, den es trifft. Allerdings ist die

Resozialisierung für sich allein betrachtet, nicht mitfühlend human, sondern kalt auf die Funktionsfähigkeit des Täters in der Gesellschaft ausgerichtet.

Die Strafidee der *Vorbeugung* leidet jedoch ebenfalls am *Problem der Nachweisbarkeit*, hier ihrer *Wirksamkeit* generell und individuell. Sie greift deshalb ebenfalls auf *Erfahrungsätze*, ein *Präventionsdogma* oder die *Evidenz* der Notwendigkeit zurück. Außerdem geht sie von bloßen in die Zukunft gerichteten Prognosen, also mehr oder minder großen Wahrscheinlichkeiten im Sinne von „Wetten" aus.

Die *rationale* Folgerung aus Problem, die *Effektivität* des *Strafvollzugs* in der Regel nicht oder bei Mehrfachtätern auch nur pauschal nachweisen zu können, führt zu Recht zur gängigen Strafrechtspraxis, auf den Strafvollzug, soweit als möglich zu *verzichten* und stattdessen mit Geldstrafen, mit Bewährungsstrafen, mit bedingter Entlassung und Resozialisierungsangeboten zu arbeiten.

*Individualpräventiv* gut begründbar ist der Strafvollzug nur bei *Wiederholungstätern* oder bei Mord und schwersten Gewalttaten mit Todesfolge, bei denen nicht auf Wiederholungstaten gewartet werden kann.

Im Hintergrund steht dabei der alte Satz vom Strafen als „ultima ratio", als strafrechtlicher Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Aber aus der Sicht der Verfassung liegt der „letzte" Rechtsgrund für den üblichen Verzicht auf die an sich gerechte Strafe nicht darin und auch nicht in der Logik der nur mangelhaft nachweisbaren Effektivität der vollstreckten Freiheitsstrafe. Ein mutmaßlich ineffektiver Strafvollzug, vor allem für Ersttäter wäre *inhuman* und würde die Betroffenen „bloß" zum *Objekt* der Kriminalpolitik degradieren, Art. 1 I GG.

*Rechtsstaatsvorbehalt der Prävention*. Auch verlangen alle präventiven Ansätze zu Recht als *rechtsstaatliche Grundvoraussetzung* den Nachweis der gesetzlich bestimmten Taten (*Feuerbach*: nullum crimen sine lege, *Liszt*: Strafgesetz als magna carta des Verbrechers). Aus diesem Grunde ist der Täter zumindest immer auch „wegen" der Tat zu bestrafen. Mit dem Tatbezug der Strafe also ist die *Gerechtigkeitsidee* immer mit „zugrunde" gelegt.

Umgekehrt verleiht die Präventionsidee dem ansonsten blind *negativ* gerechten Ausgleich der unberechtigten Herrschaftserfahrung „um seiner

selbst willen“ *zusätzlich* einen *positiven* gesellschaftlichen *Zweck.* Insofern gewinnt auch die einfache Gerechtigkeitsidee an präventiven Begründungen. Die *Zweispurigkeit* von Prävention und Vergeltung, mit welchem Vorrang auch immer, zahlt sich aus.

2. Überwölbt wird dieser Ansatz durch die Paarung von „absolutem Sinn und relativem Zweck“.

Dazu ziehen wir, die Strafenden, uns auf die *höhere Ebene* der *Vernunft* und der *Wissenschaften* zurück, wohl wissend, dass dieses Vernunft-Denken bereits die Rechtsordnungen der gesamten westlichen Welt mitbestimmt hat.

Dort erkennen die Straftheoretiker, dass die präventiven Begründungen von *relativer* Art sind. Die Generalprävention ist vorrangig auf die Befriedigung von *Emotionen* des Staatvolkes ausgerichtet und die Individualprävention dient vor allem der *Funktionsfähigkeit* der Staatsgesellschaft. Sie bieten *vernünftige*, weil am *Nutzen* ausgerichtete Gründe, aber diese allein reichen nicht aus.

Es fehlt eine *neutrale* Würdigung, losgelöst (absolutiert) von der Staats-Gesellschaft. Die „Gerechtigkeit“, die mit der generalpräventiven Sicht gefordert wird, ist also auch einmal „als solche“ zu betrachten. Den einfachsten Kern der Gerechtigkeit bildet dabei die Gleichheit oder dynamisiert das an sich *blinde* Ausgleichen.

Ebenso sollte auch der *Täter*, also das Individuum, auf das die Individualprävention abstellt, auch einmal „als solcher“ gesehen werden. Hinter den absoluten Strafideen steckt die auch politische Absicht, sich von dem *Begründungskanon* der relativen Lehren zu befreien. So wird der Täter folgerichtig mit der absoluten Idee der „Freiheit“ und mit der absoluten Idee der „Würde“ ausgestattet und der Weg zur höchstpersönlichen Schuldstrafe ist bereitet.

Auch die Idee des Rechts wird „als solche“ gesehen und vom *Machtdenken* getrennt, so dass der Weg für den *Rechtsstaat* nur mit diesem Ansatz eröffnet ist.

Verfügt man nun aber über einen *liberalen Bürgerrechtsstaat*, so ist dessen Übermacht wiederum mit „relativen“ Erwägungen *einzuhegen*, wie dem *Sozialstaat*.

Auch die *Demokratieidee* verlangt nach Berücksichtigung der Bedürfnisse und Vorstellungen der Allgemeinheit (Art. 2 I GG), wenngleich nicht unmittelbar, sondern klug vermittelt durch vom Volk gewählte Repräsentanten.

3. Weitere Erläuterungen: Ausgleich als „Sinn und als Zweck des Strafens“

*Sinn:* 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 formt 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). So steckt sie auch im Mittelteil des ethischen Credos von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“.

Die Ausgleichlehre wandelt aber den alten negativen Ansatz des Strafens, der Vergeltung eines Übels mit einem anderen Übel, sachgerecht ins *Positive*. So will auch der Täter *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.

*Zweck:* 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. Es reicht allein also vielleicht nicht aus, aber es dient *über den Ausgleich* dem *Frieden*.

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 Rechtsoziologie, 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 äußeren Lebensnotwendigkeiten unterworfen. 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 „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.

## 4. Einige fundamentale Erläuterungen

Die Frage nach Sinn und Zweck führt zur alten *dualen Zweiteilung* in Geistes- und Naturwissenschaften.

*Naturalismus*: Die Generalprävention und die Individualprävention beruhen auf Unterarten des wertfreien und insofern *objektiven* Naturalismus. Sie haben auch keine grundsätzlichen Probleme mit der Frage nach der Beweisbarkeit der Willensfreiheit. Ihnen würde es reichen, das Strafrecht in ein Maßregelrecht zur Besserung und Sicherung umzudeuten.

*Idealismus:* Der subjektive Idealismus ist mit dem absoluten „An sich"-Denken verbunden, also der idealistischen Philosophie. Ihr geht es vorrangig um das Nachdenken über das eigene (subjektive) Denken (cogitur ergo sum). Aber sie führt auch zur Erkenntnis, sich *höchstpersönlich* und selbst moralische Gesetze geben zu können, also zur Idee der *Autonomie*. Im Wortteil Auto-, also dem „Selbst" steckt die Subjektivität. Aus ihr wiederum ergibt sich auch die Idee der zugleich auch politischen Freiheit (von Papst und König, aber auch von der Gesellschaft und der Natur). Mit ihr ist der Weg zur gemeinsamen Autonomie, der Demokratie eröffnet. Im Wort Ideal wird deutlich, dass es sich nur um ein selbstgeschaffenes Bild handelt. Zudem aber gehört zur Vernunft immer auch die Selbstkritik, auch als das ständige Hinterfragen des eigenen Ansatzes. Alle scheinbar so *objektiven Ideen* sind zunächst einmal solche, die wir uns mit unserer subjektiven Menschenvernunft als solche denken.

*Umfassende Vernunft*. So ist der Mensch „vernünftig" betrachtet eben auch ein Gesellschafts- und biologisch ein Naturwesen. Deshalb bedarf es

der mit zwei Adjektiven noch einmal zugespitzten Paarung von „subjektivem Idealismus“ und „objektivem Naturalismus“.

Das Besondere des Menschen aber, sagt vor allem der politische Mensch, ist die Idee der *eigenen*, als der subjektiven Freiheit. Damit aber muss er die Frage der *Nachweisbarkeit der Freiheit*, und zwar auch als *Willensfreiheit* ansprechen. Er kann dazu defensiv auf die Logik hinweisen, dass man die Freiheit gerade nicht kausal nachweisen kann. Zudem wird er sich offensiv auf seine „Erfahrung“ der Freiheit berufen. Mit derselben Erfahrungsebene arbeitet auch der hier vertretene Ansatz des Ausgleichs von Herrschafts- durch Ohnmachtserfahrung.

Aber als Vernunftmenschen müssen wir die die Erkenntnisse der *Naturwissenschaften* beachten und achten. Notfalls müssen wir uns also mit der Einsicht begnügen, dass es sich um eine kulturelle „Illusion“ im Sinne einer Glaubenslehre handelt. Dann aber, so könnten wir antworten, verfügen wir Menschen um eine gesamte Zivilisationen ausprägende Eigenschaft, die uns die *Natur* zu *unserem Nutzen* mitgegeben hat, und zwar im engen Verbund mit unserer Fähigkeit, nachdenken zu können.

*Gerechtigkeit*: Die blinde Gerechtigkeits- oder hier die Ausgleichslehre gehört zwar einerseits traditionell zur (rechts-) philosophischen Ethik. Andererseits aber enthält sie auch *naturalistische* (physikalische und mathematische) Elemente.

Soziobiologisch betrachtet finden wir sie im Kooperationsprinzip und in der Spieltheorie in der „Tit-for-Tat“-Strategie. Nur müssen wir sie uns Menschen in humaner Weise vernünftig anpassen. Die einfache Grundidee des Ausgleichens ist also in beiden (alten) Denkwelten zu finden.

Mit *Radbruch* lässt sich schließlich der Dualismus von (geistig-sittlicher) Idee und (empirisch-funktionaler) Natur in einen *Trialismus* fortschreiben, der zu einer höheren Art einer *Vereinigungslehre* führt. Zur dritten Welt *zwischen* und *mit* „Idee und Natur“ gehört die Alltags- oder auch Lebenswelt der sozialrealen *Kultur* und mit ihr auch das *Recht* mit seinem Kern dem Ausgleichen. Das Recht verbindet Sein und Sollen, Tatbestand und Rechtfolge und ist auf die Komplexität der Lebenswelt ausgerichtet.

Rückwärts gelesen, lebt der Mensch im Alltag und erklärt sich die unfassbar komplexe Welt auf zwei Weise, einmal fiktiv als fremden Seins- Gegenstand und einmal subjektiv (frei) als eigene Deutung. So

kann er auch bestimmen, was, „sein soll“. Er muss aber auch damit leben, dass auch das Sein (etwa sein eigenes) das Sollen mitbestimmt.

Normwidrige Seins-Schäden vor allem solche an „elementaren Werten des Gemeinschaftslebens“, müssen soweit möglich *ausgeglichen* werden. Dazu bedarf es auch strafrechtlicher Normen und ihrer realen Umsetzung.

## IV. Struktur der Vereinigungstheorie, Bezug zum Verfassungsrecht

Grund und Struktur einer Vereinigungstheorie und die Beziehung zum scheinbar ranghöherem Verfassungsrecht sind ebenfalls zu erläutern:

1. Struktur einer *Vereinigungstheorie:*

Die drei (oder besser eben vier) großen Ausrichtungen der Strafidee sind, wie alle großen Ideen, in ihren konkreten Folgen so *vage*, dass man mit ihnen -in der Regel und im Groben- *dieselbe Strafrechtsfolge* begründen kann (nicht muss). In Ausnahmenfällen bleiben aber Widersprüche bei den Rechtsfolgen (Sichtwort: integrierte Ausschwitztäter oder DDR-Mauerschützen).

Aber „leiten“ kann man nur in *eine Richtung*. So können die drei (oder vier) 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 jeweils *nachrangigen* großen Strafideen gleichen die *dogmatische* Einseitigkeit und Schwäche der jeweils vorrangigen Strafidee *-gemeinsam-* aus. „Einheit und Vielfalt“ sind auf diese Weise gewährleistet.

Der geistige Machtkampf um die Vorherrschaft lässt sich am besten (vielleicht nicht ohne deutschen Mentalitätshintergrund) *ähnlich* wie bei unserem politischen System lösen. Die Macht *teilt sich auf* in einen einheitlichen Bundesstaat, auf die großen Bundesländer und auf die vielen Gemeinden. Nach meiner Auffassung regiert also den „Bund der Strafidee“ die Koalition von blindem „Tatausgleich und

höchstpersönlicher Schuld“. Die Opposition aber kritisiert und treibt sie dazu, sich zu rechtfertigen.

Das „föderale Denken“ führt zudem dazu, dass die hiernach nachrangigen Lehrsysteme dennoch bestimmte *große Subkulturen* selbst regieren können oder dass sie irgendwo eine einzelne Ausnahme-Norm bestimmen.

So trennen wir schon einmal drei große verfassungsrechtliche und auch strafrechtliche *Subsysteme*: (a) vorrangig *generalpräventive* Gesetze (Legislative), (b) vorrangig *schuld-gerechte Strafurteile* (Judikative) und (c) die vorrangig *individualpräventive* Strafvollstreckung (Exekutive). Sie überwölbt (d) die Strafidee, hier die „Deutsche Straftheorie“, und zwar als additive Vereinigungstheorie, mit welcher Hauptausrichtung auch immer.

Wer vom Strafen spricht, der verwendet ferner das Wort „Strafe“ in der Regel auch unterschiedlich, und zwar entweder im Sinne der *Straf*vollstreckung, des *Straf*urteils, des *Straf*gesetzes oder der *Straf*idee. Aber die Konnotationen der übrigen drei Sichtweisen auf das Strafen bestimmen sein jeweiliges Strafbild ebenfalls und in erheblicher Weise mit.

## 2. Altes Straf- und neues Verfassungsrecht

Das deutsche Strafrecht stammt aus einer gegenüber dem Grundgesetz *halbeigenständigen Tradition* der Strafideen, die vor allem die deutsche Strafrechtswissenschaft seit etwa 1800 betreibt und auch noch heute selbst pflegt. Diese rechtskulturelle *teilweise Selbstständigkeit* akzeptiert auch das *Bundesverfassungsgericht*.

Dennoch stellen Art. 1 I, II GG (Menschenwürde-Idee, Menschenrechte) 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 selbstständige deutsche Strafrecht ein. Beide *begrenzen* es und sie *formen* das Strafen, etwa bei der Betonung des Gerechtigkeits- und des Schuldprinzips mit.

Die *Hauptbegründung* des Strafens erfolgt über die Vergeltungsidee (allerdings m. E. nach in der Form des Ausgleichens). Strafe wäre sonst keine Strafe. Gerechtigkeit „als solche“ bildet einen *Gemeinschaftswert* im Sinne des Art. 20 GG und auch eine subjektiv-moralische Handlungsmaxime für jeden mit Vernunft begabten *einzelnen Menschen*, Art. 1 GG.

Die Gerechtigkeit ist dabei *doppelt* verankert. Sie gehört einerseits zur *Rechtsidee* und zum Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) durch welches die Demokratie ihre eigene souveräne rechtliche Gestaltungsfähigkeit begrenzt weiß - will sie denn aufgeklärt vernünftig sein. Andererseits formt die Gerechtigkeit ein ethisches Grundelement für den deshalb auch autonom gedachten Menschen als „geistig-sittliches Wesen". Aus der Aufgabe, die Achtung der Menschenwürde zu schützen, folgert das Grundgesetz auch die Menschenrechte „*als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt*", Art. 1 II GG.

Aber innerhalb seiner *großen*, nur, aber immerhin minimalethisch 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 durch den Straftäter -auch- einen Angriff auf das Selbstverständnis des *Staates* dar. Aber es erweist sich nicht nur als human, sondern auch als *effizient*, vollstreckbare Freiheitstrafen nur für Schwerkriminalität und ansonsten nur für hartnäckige Wiederholungstäter vorzusehen. Ansonsten genügt ein durch Geldbußen verstärkter Tadel „im Namen des Volkes".

Zudem ist auch aus *präventiver Sicht* 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 mit dem *Bundesverfassungsgericht* auch nur, wenn er als Behandlungsvollzug mit *Angeboten* zu Lockerung und bedingter Entlassung arbeitet, die in der Regel die *Schuldeinsicht* voraussetzen und wenn über deren Annahme der Gefangene selbst autonom entscheiden kann. Anderenfalls muss er in vollem Umfang die Erfahrung erleiden, die seinem Autonomiegewinn entspricht.

Zum Grundkonsens der deutschen Strafrechtswissenschaft gehört also nicht nur die kodifizierten Rechtsideen des *liberalen Bürgerstrafrechts*, sondern weit überwiegend und zurecht auch dieser Einsatz der Menschenwürdeidee.

## V. Zwanzig kleine Sonderlehren

Das *Gesamtkonzept* reicht weiter und enthält auch die folgenden bunt gemischten *einzelnen Thesen:*

(1) *Einfacher Grundtatbestand*. Den einfachen Einstieg ins Strafen bietet das Ideenpaar von Freiheit und Freiheitentzug. *Normtheoretisch* existiert deshalb auch *ein einziger einfacher Grundtatbestand* für das gesamte Strafrecht. Auch dem zivilen Deliktsrecht reicht im Übrigen eine einzelne Grundnorm (§ 823 BGB). Dieser Grundtatbestand lautet -aus der Sicht der Rechtfolge- lediglich: „*Berechtigter humaner Freiheitsentzug wegen unberechtigten egoistischen Freiheitsgewinns".* Die einzelnen Delikte und das Bestimmtheitsgebot dienen deshalb vor allem dem Schutz des Menschen vor dem Missbrauch einer solchen weiten Grundnorm (Art. 103 II GG).

(2) *Facetten des Freiheitsentzuges*. Die Art die „Freiheit", die das Strafrecht betrachtet 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 (a) der *Fortbewegungsfreiheit* (Art. 2 II GG), (b) von Geld (Art. 14 I GG) und (c) von einem Teil seiner *Rechtspersonalität,* auch über den öffentlichen Tadel (Art. 2 I GG).

(3) *Alternative zu Schuldstrafe*. Ohnehin lautet die Alternative des (illiberalen) Determinismus zur Strafe nicht auf Straflosigkeit. Sie führt nur zur Umpolung auf polizeiliche Maßregeln der Besserung und Sicherung, und zwar ohne die Fiktion von Freiheit und Würdigkeit und ausgeübt von Menschen, die sich den *Regeln der Natur* und damit auch den Normen der *natürlich-funktionalen Gesellschaften* unterworfen glauben.

(4) *Bedingte Selbstbestrafung*. Die Willensfreiheit steckt im „Unrechts-bewusstsein", das der Täter aus sich heraus entwickelt. Er weiß auch von der grundsätzlichen Strafbarkeit seines Verhaltens und agiert trotzdem. Dann aber (liegt zumindest bei mittelfristigen Strafen) mit dem *Unrechts- und dem Strafbarkeitsbewusstsein* zugleich eine „*autonome Einwilligung in das Strafrisiko"* vor. Insofern jedenfalls ist auch von einer Art der bedingten

*Selbstbestrafung* (über die Ohnmachtserfahrung) zu sprechen, die zum Bild vom autonomen und sich selbst beherrschenden Menschen passt.

Insoweit 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 immerhin die *individualethische* Begründung von Strafe (vgl. auch § 1 StGB, Art. 103 II GG). Im Rahmen einer *Abwägung* anlog § 34 StGB ist ein solches Einverständnis mit zu gewichten. Eine sonstige *Gleichwertigkeit* von Freiheitrechten des Täters mit dem Freiheitentzugsrecht des demokratischen Staates einmal unterstellt, die das Ausgleichsprinzip sogar im Konkreten einfordert, dann könnte das *konkludente Inkaufnehmen des Strafrisikos* den *Ausschlag* geben.

(5) *Mitverantwortung von Gesellschaft und Natur*. Die Reichweite der kulturell akzeptierten Idee von der Willensfreiheit ist für den Menschen aber auf den zweiten Blick ohnehin begrenzt. Denn der Mensch ist erkennbar *nicht* in vollem Umfange autonom. Er erweist sich *auch* als ein Natur- und *auch* ein Gesellschaftswesen. So ist auch *beim Strafen* die *Mitwirkung von zwei äußeren Faktoren,* der *Natur* und der *Gesellschaft,* mildernd mit zu berücksichtigen.

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. Die relativ milden deutschen Strafen erweisen sich demzufolge nicht einmal als „bloß barmherzig“, sondern bei *umfassender* Abwägung sogar als *streng gerecht*.

(6) *Haftung und Solidaropfer*. Agiert der Mensch aber einmal ganz oder teilweise als *reines* Natur- und Gesellschaftswesen, so hat er dennoch und 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. Ohne gesondertes *präventives Not- als Maßregelrecht* wäre auch das milde Schuldstrafrecht als *Regelfallrecht* nicht aufrecht zu erhalten.

Auch ist es sinnvoll, das Maßregelrecht im Strafrechtsverbund zu halten, und es nicht dem sonstigen *Unterbringungsrecht* als Teil des Polizei- und Ordnungsrechts zuzuschreiben, dem es eigentlich zugehört. Das Strafprozessrecht schützt den Täter auf bewährte Weise.

In diesem Bereich aber muss der Mensch, auch und vor allem im Rahmen der Sicherungsverwahrung der Gesellschaft ein *Solidaritäts-Opfer* erbringen, er kann aber auch mitarbeiten, um die Prognosegrundlagen zu verbessern.

Gefährliche schuldunfähige Menschen *haften* gleichsam nach den *Gesetzen der Natur*.

(7) *Regelfall Mehrheit von Taten*. Die Mehrheit von Taten bildet keine Ausnahmen, sondern sie stellen den Regelfall dar. Eine Mehrheit von Taten führt zu Recht zu einer *Gesamtstrafenbildung*.

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.

(8) *Vorstrafen und Nachtatverhalten*. Meines Erachtens nach handelt es sich bei der Einbeziehung von Vorstrafen und Nachtatverhalten um eine Art von verkappter *Gesamtstrafenbildung*. Die *Vorstrafe* ist im Tatschuldstrafrecht eigentlich nur eine *bedingte*. Bei der Vorstrafe ging das Recht einerseits noch vom *Verzicht* des Täters auf Rückfalltaten aus. Aber sie fungierte andererseits schon damals zugleich als *Warnung*, und zwar mit der *erneuten Verwertbarkeit* bei erneut einschlägigem Verhalten. Die herkömmliche Auslegung des Verfassungssatzes „ne bis in idem" verhindert aber diese naheliegende Ausdeutung bislang.

Auch das *Nachtatverhalten*, wie ein Geständnis oder der Täter-Opfer-Ausgleich, bildet eine *weitere Tat*. Wir deuten sie herkömmlich als einen nachträglichen anerkannten Strafmilderungsgrund, der (angeblichen) einen Rückschluss auf die Persönlichkeit des Täters bei Begehung der Tat und auch seine Gefährlichkeit in der Zukunft zulässt. Nachtatverhalten stellt aber ein *neues Verhalten* dar. Die sogenannte *Indizkonstruktion*, mit der alles auf die abzuurteilende Tat zurückgerechnet wird, überdeckt die eigentliche *Tatmehrheit* von „schlechter" Straftat und von „gutem", weil reuigem Geständnis nur. Beide zusammen werten wir neu und bemessen die Persönlichkeit des Täters mithilfe *beider Taten*.

(9) *Erträgliche Selektivität*. Die hohe *Selektivität* der staatlichen Strafverfolgung im Bereich der mittelschweren (Eigentums- und Vermögens-) Kriminalität, ist nur deshalb *erträglich*, weil die Regelsanktion nur eine Art von Denkzettel-Sanktion ist.

Das *Strafrecht* ist insoweit und zumindest aus der Sicht des Strafvollzuges, was in den Lehrbüchern und Kommentaren wenig bedacht wird, vorrangig auf die *Freiheitsstrafe* und damit für die Massenkriminalität auf *hartnäckige Wiederholungstäter* ausgerichtet. Sie aber werden in der Regel vom Strafverfolgungssystem „irgendwann einmal" erfasst. Ihre *Karrieren* der *ständigen Selbstermächtigung* begleitet dann das Strafrecht und sucht sie bei

völlig uneinsichtigen Personen mit der Ohnmachtserfahrung im Strafvollzug zu beenden.

(10) *Kernstrafrecht.* Zur Bestimmung eines Kernstrafrechts genügt es auch deshalb, sich an drei Gruppen auszurichten: (a) schwere Gewaltdelikte nach Maßgabe der Kapitaldelikte gemäß § 74 GVG sowie ihre unmittelbaren Vorstufen, (b) Hochverrats- und Terrorismusdelikte gemäß § 120 GVG 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.

(11) *Hartnäckige Wiederholungtäter*. Aus dem Blickwinkel der Rechtsgutslehre wechselt der hartnäckige Wiederholungtäter die *Art des angegriffenen Rechtsguts*. Im Vordergrund steht der *Gemeinschaftswert* der gesamten Rechtsgüterordnung, ausgewählte Teile davon oder nach einer anderen Sichtweise auch das Recht als solches. Ein Wiederholungtäter, der etwa gewohnheits- oder gewerbsmäßig handelt, greift in „rechtsfeindlicher Gesinnung“ die auf dem „Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhende *verfassungsmäßige Ordnung*“ an, die § 81 StGB beim *Hochverrat gegen den Bund* beschreibt und als Schwerstdelikt einordnet. Der hartnäckige Wiederholungstäter sieht und erlebt sich als Ober-Herr, zum Beispiel über das *Grundrechts-System* der Eigentums- und Vermögensdelikte.

(12) *Ersttäter und Geldstrafe*. Damit ist auch ein Blick auf die *gesonderte Geldstrafe* zu werfen, weil sie einen Großteil der Verurteilungen betrifft. Im Bereich der vielen Eigentums- und Vermögensdelikte, und zumal bei den *vielen Ersttätern*, sollte der Ausgleich in der Regel auf der Ebene des Geldes verbleiben. Den gebotenen Ausgleich bietet die Ohnmachts-Erfahrung einer *öffentlichen Verurteilung* zu einer Denkzettel-Geldstrafe im Verbund mit dem öffentlichen Schuldspruch. Die hoch selektive Bestrafung von Ersttätern schadet hier nicht, weil die Geldstrafe *keinen existentiellen* Eingriff bewirkt, sondern für den Täter in der Regel nur einen Denkzettel bedeutet und ihr üblicherweise auch auf der nächsten Stufe eine Freiheitsstrafe nachfolgt, die noch zur Bewährung ausgesetzt wird.

(13) *Strafgrund der Vollverbüßung*. Das *Fehlschlagen* der *Resozialisierungsangebote* und damit die Vollverbüßung im geschlossenen Vollzug lassen sich durchaus als *Strafgrund* für *Unverbesserliche* im Sinne *von Liszts* deuten. Damit sanktionieren wir aber zumindest auch ein *Nachtatverhalten*.

Insofern beherrscht die Individualprävention vereinfacht nicht das Strafen insgesamt, aber immerhin unter anderem das gesamte letzte *Vollzugsdrittel*, die *Art und Weise des Strafvollzuges* und die zur Bewährung aussetzbaren *Strafen bis zwei Jahren* in erheblichem Maße. Auch das bewusste Nichtakzeptieren der Denkzettel-Geldstrafe und das folgliche Verbüßen die Ersatzfreiheitsstrafe gehört dazu. Damit wird deutlich, welches definierbares Ausmaß präventive Erwägungen auch in einem deutschen Verfassungsmodell der Schuldstrafe haben.

(14) *Versöhnungsidee*. Zu beachten ist auch der Gedanke der *Versöhnung*, den man auch als ein *Ver-Sühnen* lesen kann. Er verbindet das Ausgleichen mit der Humanität. Der Versöhnungsgedanke tritt im Verbund mit der höchstpersönlichen Schuld auf, früher als „Schuld und Sühne“. Die heutige Versöhnungsidee steckt hinter dem *Angebot* zur und dem *Anspruch* auf Resozialisierung. Die Versöhnung ist in der Regel mit der Unrechtseinsicht und einem Geständnis verbunden. Man kann sie sich als eine Art von kleinem *Sozialvertrag* vorstellen.

Die Versöhnungsidee beruht vorrangig aber nicht nur auf der human-ethischen Grundlage der Menschenwürde, Art. 1 I GG. Sie enthält auch je nach Sichtweise demokratische und solidarische Elemente (Art. 20 I GG) und zudem Vorstellungen von einer zuteilenden Gerechtigkeit (im Sinne der Sozialstaatsidee, die auch die Mitverantwortung der strafenden Gesellschaft, als einem gesamten lebendigen System, mit berücksichtigt).

(15) *Mittel- und langfristige Freiheitstrafe*. Auch deshalb ist noch einmal folgendermaßen zu trennen: (a) Bei *mittelfristigen* Freiheitsstrafen ist das Einzelgewicht der *höchstpersönlichen* Schuld groß. Denn über einen solchen noch überschau- und planbaren Zeitraum kann der Täter noch mit seiner *Einwilligung in das Strafrisiko* ernsthaft verfügen. Bei ihnen greifen auch sofort die *Versöhnungsangebote*, ausgeformt mithilfe der individualpräventiven (strafeffektiven) Resozialisierungsidee, ausgeführt innerhalb des gesicherten Vollzuges. (b) Aber bei *langfristigen* Freiheitsstrafen überwiegt zunächst der *abstrakte* Gedanke des *Tatausgleichs*. Es handelt sich vorrangig um ein Lebenszeit-Opfer auf dem Altar der *Gerechtigkeitsidee*. Es wird dabei gestützt durch die *generalpräventive* Idee der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit.

(16) *Feindstrafrecht*. Den vier Paarungen ließe sich deshalb noch eine fünfte hinzufügen, denn solche paarweisen Grenzpflöcke sind immer noch für weitere offen. Sie lautet: (a) das *verfassungsschützende Feindstrafrecht*, insbesondere als Terrorismusabwehr und Einsatz des Verfassungsschutzes sowie (b) das

*versöhnende Nächstenstrafrecht*, als Fortentwicklung des Bürger- oder Freundstrafrechts.

Der Zusatz „die Verfassung schützend“ stellt dabei den Notstandskern des Feindstrafrechts heraus.

(17) *Abbüßungsvertrag*. Die Idee vom versöhnenden Nächstenstrafrecht verfügt über Elemente des Abbüßungsvertrages bei *Fichte*. Sie beruht nunmehr aber auf der Menschenwürde-Idee des Art. 1 I GG. Sühneleistungen zur Buße bilden dabei die mit dem Täter abgestimmten Auflagen, etwa eine Geldbuße an gemeinnützige Vereine zu leisten oder auch die Teilvollstreckung einer Freiheitsstrafe weitgehend im offenen Vollzug.

(18) *Strafbedürfnis*. Wer das Streben nach Ausgleich als ein *systemisches Naturgesetz* begreift und wer den Menschen als ein wenngleich *instinktarmes Naturwesen* im Sinne von *Gehlen* deutet, der wird das *Strafbedürfnis* als einen *Instinktrest* verstehen. Der Mensch erinnert sich an vergangene Taten. Zumal aus generalpräventiver Sicht erscheint ein solches Ungerechtigkeitsempfinden auch mit seiner *Empathiefähigkeit* verbunden.

Biologisch lässt sich der *Gehlen*-Ansatz vom Instinktarmen und damit eben auch von Instinkten *befreiten* Naturwesen Mensch noch umfassender und auch von der *Freiheit* her deuten. Entwickelt hat der Mensch zum Ausgleich dafür den gesamten Verbund von „kreativer und autonomer Freiheit (von Instinktnormen) und dem *Strafbedürfnis als Teil des Gerechtigkeitsempfindens*, hier negativ als Ungerechtigkeitsgefühl. Danach ist auch das Strafbedürfnis -mittelbar- an das Freiheitsgefühl und zugleich an die es zivilisierende Vernunft gebunden. Denn zur Freiheit gehört auch die Freiheit zur Unvernunft und sie gilt es mit eigenen Regeln klug einzudämmen. Dazu hilft schon die Verzögerung, die der innere Prozess des *Nachdenken* mit sich bringt. Ihm entspricht der kollektive forensische Prozess.

(19) *Bewusstes Strafen*. So gilt -aus dieser Sicht- auch umgekehrt: Die *Vernunft* liegt im *Verzicht* auf ein blindes Strafen sowie im *Nachdenken* über die *zivile* Art und Weise des (künftigen) Strafens, nicht im (reflexhaften) Strafen selbst. Schon *Platon* und *Seneca* wollten sich von der Rache lösen. Auch wenn das Recht auf Rache auf Konflikte zwischen Familienverbänden zugeschnitten ist, steckt dennoch auch ein alter und mächtiger von „blinden Gerechtigkeitsinstinkten“ gestützter Beweggrund dahinter. Instinkte haben sich entwickelt, weil die Natur sie als *nützlich* erachtet hat. Und ohne einen mächtigen *Beweggrund* würden wir uns *nicht bewegen*. Wir würden uns ohne ihn erst recht nicht in eine *bürgerkriegsähnliche* Lage begeben und dann auch

nicht damit *drohen* können. Die Drohung mit der Rache dürfte manchen kriegerischen Übergriff auf den Nachbarn verhindert haben.

In der *Zivilisierung* des Strafens und auch im *Angebot des Versöhnens* zeigen sich die eigene Vernunft und die klug genutzte *Willensfreiheit der Strafenden.* Aber offenbar kommen Menschen nicht ohne das Strafen aus.

Auch *insofern* erweist sich ein zivilisiertes kollektives Strafen als eine *mildere* Form gegenüber der hochemotionalen Selbst- und Lynchjustiz.

(20) Statt lediglich vom „staatliche Strafanspruch" sollten wir, besser von einem (bürger-) „*rechts*staatlichen Strafanspruch" sprechen. Denn frei verfügen kann der *Rechtsstaat* schon einmal nicht über das Strafen. So hat der Bürgerstaat sich dem Recht unterworfen. Einen wesentlichen Teil der allgemeinen Rechtsidee bildet dabei -auch nach Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts*- die Über-Idee der *materiellen Gerechtigkeit*.

Zu ihr zählt auch etwa die Sorge um die „Genugtuung" für die verletzten Bürger und deren Rechte. Deren Anspruch darauf nimmt der bürgerliche Rechtsstaat *stellvertretend* (neben dem Schutz des Rechtes als solchem etc.) mit wahr. Soweit der Rechtstaat also die vorstaatliche Privatjustiz ersetzt, leitet er das Strafen, und auch, wenngleich nicht nur, sein *eigenes Wesen* als Rechtsstaat von der allgemeinen Gerechtigkeitsidee ab.

*Schließlich*: Unterhalb der bloßen Bündelung von Ansätzen (der bloß additiven Vereinigungstheorie) sind also einigermaßen schlüssige Konzepte gefragt, und sie gibt es in verschiedenen Arten. Das vorliegende Begründungssystem ist dabei nur *eines unter mehreren*.

## VI. Gute Gründe und der Rechtspositivismus

1. Bei der *Abwägung* zwischen verschiedenen Lehrkonzepten geht es gestuft um zweierlei:

> Welches Gesamtpaket bietet „an sich“ die besten Gründe?
>
> Und zumindest im Zweifelsfalle: Welches Gesamtkonzept passt sozialreal am besten zur nationalen Verfassung und deren sozialrealem Recht?

2. *Die guten Gründe*. Die hauptsächlichen Vorzüge des hier vertretenen Sonderkonzeptes vom Vorrang des *gerechten Tatschuldausgleichs* bilden die folgenden:

- Die Ausgleichslehre, als Unterform der Gerechtigkeitslehre, vermeidet den Vorwurf, mit einer Rechtsgutsverletzung, also einem Übel, eine Rechtsgutsverletzung strafweise beantworten zu wollen und somit das *Übel zu verdoppeln*.

- Das Strafen erweist sich als eine *Neutralisierung* einer über die eigentliche Tat hinaus und bis zum Vollzug 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.

- Dieser Ansatz vom unberechtigten Freiheitsgewinn ist zudem *allen Arten* von Delikten gemein und er entspricht deren allgemeinen Rechtfolge, die immer auch auf Freiheitsstrafe lautet.

- 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 diese Weise bedient er also die beiden Hauptelemente der deutschen *Verfassungsidentität* gleichzeitig (Art. 79 III GG).

- Die Fiktion der Willensfreiheit wirkt sich nicht zum Nachteil des Täters aus, weil die Schuld zumindest in der Regel nur der *Milderung* dient. Etwaigen Ausnahmen müssen, wie auch sonst in komplexen Rechtssystemen *ausgehalten* und möglichst mit *Sonderregelungen* bedacht werden.

- Blind gerecht wäre beim Mord die *Todesstrafe* oder zumindest die aussetzungslose Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Körperliche Gewaltdelikte würden ebensolche Gegengewalt erlauben. Insofern lohnt es sich, unser Mischkonzept dialektisch aufzubrechen und es auf seine beiden Extreme zurückzuführen.

3. *Gesetzlicher Positivismus*. Zu den „guten Gründen“ treten die autoritativen demokratischen Entscheidungen des Gesetzgebers hinzu. Sie besitzen vor allem im Sinne des Rechtspositivismus so lange erhebliches Gewicht, als sie nicht die Minimalethik verletzen. Allerdings dürfen sie auch sonst nicht grob gegen die Gesetze der Vernunft verstoßen und mit neuen und dann auch wirklich anerkannten Theorien der Naturwissenschaften (Stichwort: Diskussion um die Willensfreiheit) kollidieren.

- So hat der deutsche *Gesetzgeber* das Strafrecht in langer Tradition auf ein Tatschuldstrafrecht zugeschnitten. Er bestimmt die Schuld als Verbrechensmerkmal, sieht sie als Grundlage der Strafbemessung, versetzt Tatverdächtige in die prozessuale Rolle des Beschuldigten und verlangt vom Strafgericht einen Schuldspruch.

- Außerdem hat der Gesetzgeber sein Tatschuldstrafrecht auf ein *Kernstrafrecht* reduziert. So ergänzt er es mit gesonderten Strafrechtssystemen, und zwar mit (a) den präventiven Maßregeln der Besserung und Sicherung, (b) mit dem auf den Erziehungsgedanken ausgerichteten Jugendstrafrecht, (c) mit dem Ordnungswidrigkeitengesetz ohne sozialethischen Makel und auch (d) durch das gesamte Nebenstrafrecht, in welchem das Strafrecht ziviles und öffentliches Recht absichert.

- Der *Wiedergutmachung* dienen auch das Zivilrecht und das Sozialrecht, unter anderem mit dem Gewaltopferentschädigungsgesetz. *Gefahren* wendet das Polizei- und Ordnungsrecht ab etc.

- Es handelt sich beim hoheitlichen Strafrecht also nur (noch) um den Ausgleich desjenigen, was der Täter unberechtigter Weise in *immaterieller* Art erlangt hat. Meines Erachtens ist es eben die lustvolle *Erfahrung,* Oberherr über fremde Rechtsgüter und das Recht selbst gewesen zu sein. Ihr ist eine angemessene Ohnmachtserfahrung entgegen zu setzen, die in humaner Weise zu vollziehen ist.

## VII. Schlussbemerkung

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, könnten auch schon jetzt in *jedem Einzelfall* „Gnade vor Recht" ergehen lassen. Zivilisieren und rationalisieren wir also doch vielleicht nur den dunklen Trieb zur Selbstjustiz?

Jedenfalls 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 wir und dann auch in welchem Maße wir für den Täter beides strafweise einschränken. Insofern besteht eine *Rechtfertigungspflicht*, die unmittelbar den demokratischen Rechtsstaat und seine Rechtswissenschaften trifft.

Deren einfachsten Antworten könnten lauten:

Die *Urbegründung* des Strafens, also unser Grundmotiv als für das Strafen als mitverantwortliche Demokraten, entstammt der uralten und immer noch kraftvollen natürlichen Gerechtigkeitsidee des Ausgleichens (*Strafsinn*).

Unsere natürliche Grundneigung zum *Verzicht* auf den vollen Ausgleich richtet sich ursprünglich auf unsere Nächsten und engen Mitbürger. Verallgemeinert und als Ethik ausgebaut, entfaltet sie sich zur universellen *Vernunftidee* der Mitmenschlichkeit (Humanität, Barmherzigkeit, Solidarität).

Unser folglich mildes und rechtsstaatliches Strafsystem ist der alten Rache in der kriegerischen Form der Selbst- oder der Lynchjustiz überlegen *(Strafzweck),* weil es die Allgemeinheit des Volkes *befriedet*, weil es mit dem Verzicht auf

*private* Gewalt einhergeht (Art. 20 GG) und weil es dabei die Würde und die Autonomie eines jeden Menschen und auch die des Täters achtet (Art. 1 GG).

*Deutsche Straftheorie IV*

# Komplementärer Teil: Anthropologische Straf- und Kriminalitätstheorie

## 1. Kapitel

## Anthropologische Grundlegung

### I. Anthropologien von *Aristoteles* und *Kant*; Offenheit der gegenwärtigen Kriminologie

1. Die nachfolgende „ergänzende anthropologische Straf- und Kriminalitätstheorie“ soll die Grundidee des *Strafnaturalismus* weiterverfolgen und zugleich Antworten auf die Phänomene des *Strafbedürfnisses* und der damit verbundenen Gerechtigkeits empfinden geben.

Dabei erstreben der Naturalismus und mit ihm alle Arten des systemischen Funktionalismus letztlich eine naturwissenschaftlichen *Einheitslehre*. Deshalb ist versuchen, wenigstens *Parallelen* zum *Strafidealismus* aufzuzeigen. Denn der Strafidealismus geht ohnehin von einem *Dualismus* von „Physik“ und „Metaphysik“ aus. Er versperrt also nicht nur nicht den Weg des naturalistischen Denkens, sondern trägt ihn als *eine Grundlage* mit sich. Als Trialismus im Sinne von *Radbruch* fortgeschrieben, kennt er zudem die dritten (Lebens-)Welt des sozialen Alltag, in der wir beide Denkwelten schätzen und nutzen. Das Recht bildet zudem ein gutes Modell für die Verbindung von Sachverhalt und Norm. Ebenso kennt die Natur etliche sie normierende Gesetze.

Wesentlich ist das *Menschenbild*, das wir zugrunde legen. So ist der Mensch aus der Sicht der *naturwissenschaftlichen* Anthropologie nicht als ein geistig-sittliches Wesen, sondern als ein *Naturwesen* zu begreifen, wenn auch, wie eigentlich alle Specie, als ein *besonderes* Wesen. Dagegen geht die geisteswissenschaftlich Anthropologie dualistisch vor. [1113]

Die hier gewählte Art der Anthropologie setzt *evolutionsbiologisch* an und verbindet verschiedene bekannte empirische Modelle zu einem (theoretischen) *Gesamtkonzept*. Sie mündet letztlich in die alte *aristotelische Frage* danach ein, inwiefern sich denn der *Mensch* vom *Tier* unterscheidet und inwieweit auch nicht.

---

[1113] Vgl. den Sammelband: “Naturalism and Philosophical Anthropology. Nature, Life and the Human between Transcendental and Empirical Perspectives", daraus: Honenberger, Introduction, 2015, 1 ff., 1 f. ("What is a human being? Philosophical anthropology has approached this question with unusual sophistication, experimentalism, and subtlety. This volume explores the philosophical anthropologies of Scheler, Gehlen, Plessner, and Blumenberg in terms of their relevance to contemporary theories of nature, naturalism, organic life, and human affairs.").

2. Schon *Aristoteles*[1114] verglich wirkungsmächtig

- den Stoffwechsel des Menschen mit dem der *Pflanzen*
- und er sah ein *Sinnesleben* bei den *Tieren*;

er beschäftigte sich dann erst ausführlich mit der *Vernunft* des Menschen.

Auch, so erklärt er an anderer Stelle, sei der Mensch wie „*die Biene oder ein anders Herdentier*" ein „zoon polikon".[1115] Ebenso sei eine „Stimme", also die Fähigkeit zur *Kommunikation*, auch anderen Lebewesen eigen.

Aber der Mensch verfüge über die Sprache (logos), die dazu diene, „*das Nützliche und Schädliche mitzuteilen und so auch das Gerechte und Ungerechte und so weiter.*" [1116]

*Kant* erklärt für die Freiheit ähnlich:

*„Die praktische Freiheit kann durch Erfahrung bewiesen werden. Denn nicht bloß das, was reizt, d. i. die Sinne unmittelbar afficirt, bestimmt die menschliche Willkür, sondern wir haben ein Vermögen, durch Vorstellungen von dem, was selbst auf entferntere Art nützlich oder schädlich ist, die Eindrücke auf unser sinnliches Begehrungsvermögen zu überwinden;"*

*Kant* setzt also auf das *Langfristige* und auch auf das *Ganze* des Menschlichen, wenn er folgert:

---

[1114] Aristoteles (Rolfes), Nikomachische Ethik, 1911, I. Buch, 7. 1097 b 30 – 1098, S. 17 (Hervorhebungen nicht im Original: „Das *Leben* hat der Mensch augenscheinlich mit den Pflanzen gemein; was wir suchen, ist aber gerade das dem Menschen unterscheidend Eigentümliche. Von dem *vegetativen Leben der Ernährung und des Wachstums* muß man mithin dabei absehen. Daran würde sich dann zunächst etwa das *Sinnesleben anschließen;* doch auch dieses teilt der Mensch offenbar mit dem *Roß, dem Rind und den Tieren* überhaupt. So bleibt denn als für den Menschen allein kennzeichnend nur das tätige Leben des *vernünftigen Seelenteils übrig*, und diesteils als zum Gehorsam gegen *Vernunftgründe* befähigt, teils mit Vernunft ausgestattet und Gedankenbildend. Wenn man nun auch von diesem letzteren in zwiefacher Bedeutung spricht als von dem bloßen Vermögen und von der Wirksamkeit des Vermögens, so handelt es sich an dieser Stelle offenbar um das Aktuelle, die *tätige Übung der Vernunftanlage.* Denn die Wirksamkeit gilt allgemein der bloßen Anlage gegenüber als das höhere.").

[1115] Aristoteles, Politik (Gigon), 2003, 1253a10 - 11253a18.

[1116] Dem kompatibilistischen Philosoph Pauen geht es etwa für die „Gesamtheit" der personalen Merkmale- um die „Stabilität einer [...] Persönlichkeit". Außerdem erklärt er, Personen seien in Anlehnung an *Strawson* und *Dennett* „*körperliche Wesen", die einmal „direkt[en] präsente[n] Motive[n] wie Emotionen, Affekte[n] und körperliche[n] Bedürfnisse[n]"* aufweisen. Insofern stimmten sie mit *höheren Tieren* überein. Das habe schon *Aristoteles* festgestellt. Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 36; Strawson, P., Einzelding, 1972, 130; Dennett, Mechanism, 1982, 150 ff..

„*diese Überlegungen aber von dem, was in Ansehung unseres ganzen Zustandes begehrungswerth, d. i. gut und nützlich, ist, beruhen auf der Vernunft."* [1117]

Zur Vernunft gehört dann neben der Ethik mit *Kant* auch die „Weltkenntniß" des Menschen.[1118]

Mit diesen zwei Schlaglichtern ist die alte Verbindung zwischen Mensch und Tier aus der Sicht der *westlichen Kultur* ebenso aufgehellt wie die Bruchlinie. Die Freiheitsethik und das Weltwissen trennen beide.

Für die Entstehung von Recht ist insbesondere auf die Übernahme der Kooperations-Idee samt der golden Regel der Tit-for-tat-Strategie von *Axelrod*[1119] auf die soziobiologische Evolutionslehre hinzuweisen. Besser und älter noch ist der Satz „do ut des“ (Ich gebe damit Du gibst), weil mit dem Vertrauen zu beginnen ist und zudem nach *Axelrod* bei *Unsicherheiten* ein gewissen Maße an *Generosität* hinzu kommen sollte. Andernfalls würden leichte Störungen zu einer ungewollten Negativkette führen können.[1120]

---

1117 Kant, r. Vernunft, 1787, AA, III, 521.

1118 Siehe auch die ersten Sätze seiner Vorrede zur „Anthropologie in pragmatischer Hinsicht“; Hervorhebungen nicht im Original, Kant, Anthropologie, 1798, AA , VII, 117: "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." Zudem: 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.").

1119 Zur Formel „Tit for Tat“ siehe Axelrod, Evolution, 1984/2005. u. a. 99 ff. Zudem den Strafrechtswissenschaftler und auch *Rechtsanthropologen* 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“).

1120 Dazu ausführlicher: Molander, Level, 1985, 611 ff. ( "The Optimal Level of Generosity in a Selfish, Uncertain Environment" im "The Journal of Conflict Resolution"; 611 ( "judicious choice of the level of generosity").

3. Wenig ausgelotet ist aber das Gemeinsame für das Strafrecht. Inwieweit zeigt sich dort der Menschen als ein Naturwesen?

Die *Kriminologie* bemüht sich mit den im Grundansatz ähnlichen Kriminalitätstheorien[1121] vor allem darum, die *Ursachen* von Verbrechen zu erklären. Sie alle verwenden dazu *soziologische* und *psychologische* Sichtweisen. *Biologische Positionen* sprechen sie zumeist nur, aber immerhin insofern an, als es um die Entwicklungsphasen des Menschen[1122] und deren Status geht.[1123] Sie meiden dabei die ethische Vorstellung des freien Willens des Menschen. Die Straftaten begreifen sie in etwa im Sinne von *Durkheim*, der sie als für natürlich und zur emotionalen Stabilisierung der Gesellschaft notwendig erachtet[1124], also als *abweichendes Verhalten.* Auch sehen sie das kollektive *Strafbedürfnis*.[1125]

Biologisch werden *besondere* Auffälligkeiten vermerkt.[1126] Aber „*über die Rolle, die die genetische Ausstattung und damit auch mögliche Erbeinflüsse bei der Kriminalitätsentstehung spielen, besteht deshalb in der Kriminologie bis heute kein Konsens*“. [1127] *Rössner*[1128] geht immerhin einen Schritt auf diesem Wege hin zur *Hirnforschung,* wenn er ein „neurologisch verankertes „*Fairnessgefühl*““ annimmt.

Immerhin relativ offenkundig beruht das gesonderte Jugend- und Heranwachenden-Strafrecht des JGG von 1923 auf einer *genetisch*

---

1121 Statt vieler: Kunz/Singelnstein, Kriminologie, 2016, 53 ff. (2. Kap. "Kriminalitäts- und Kriminalisierungstheorien").

1122 Siehe etwa Bock, Kriminologie, 2019 , § 3 Rn 138 f. unter dem Stichwort „Kriminalität und Lebenslauf - biosoziale Modelle“.

1123 Siehe etwa Neubacher, Kriminologie, 2017, E. 15. Kap. bis 25. Kap. insbes. 20. Kap. („Wirtschaftskriminalität“), Kap. 21 („Kriminalität der Mächtigen“), 23. Kap. („Organisierte Kriminalität“). t

1124 Durkheim (Schmidts), Arbeitsteilung, 1893/1988 , 152 f, 160. Aufgegriffen etwa Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 12 Rn 3 (Berichtend: „Delinquenz“ wird ein „produktiver Anteil zugeschrieben“… „Straftaten geben Anstöße, durch die die Entwicklungsfähigkeit des moralischen Bewusstseins gewährleistet und dessen Erstarrung verhindert werde“ ). Zudem § 11, Rn 1 ff. („Gesellschaftliche Stabilisierung als Leitvorstellung“).

1125 Kunz, Strafe, 2004, 71 ff., 71. Siehe auch Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 11, 8 („als verdeckte Aggressionsableitung“, Entladung der Triebenergie“), § 12, Rn 9 („Bestrafung als narzisstisches Bedürfnis zur Triebbefriedigung“).

1126 Meier, B.-D., Kriminologie, 2016, § 3, Rn 27 ff („Biologische Auffälligkeiten“ mit den Stichworten „Hormonhaushalt“, „Neurotransmitter“, „Zentralnervensystem“, „autonomes Nervensystem“ „äußere Umwelteinflüsse“).

1127 Meier, B.-D., Kriminologie, 2016, § 3, Rn 26.

1128 Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 910.

mitdominierten Lebensphase des Menschen, die er zumindest mit allen Säugetieren teilt. Es ist die Suche nach „eigenen Freiräumen“ und „eigenen Beziehungen“. Diese Art von Freiheit „von“ der Eltern-Gesellschaft und „zu“ einem eigenen *Status* ist der Natur also bekannt. Jede menschliche Eltern-Gesellschaft muss mit dieser Art der Freiheit umgehen. Sie wird sie mit Fortbildungs-, Heirats- und Statusangeboten locken, aber auch sozialem Druck ausüben.

Außerdem sitzen im Strafvollzug vor allem Männer ein.

4. Auch insofern lohnt es sich hoffentlich,

- die *allgemeinen* Erkenntnisse der Evolutionsbiologie herauszustellen,
- sie zu einem *naturalistischen Menschenbild* ausformen und
- sie zudem mit der ganz *konkreten* Fragen nach etwaigen evolutionären Ursprung von Verbrechen und Strafe zu verbinden.

## II. Primaten-Forschung: *Tomasellos* Evolution der Moralität als wechselseitige Kooperation; erste Folgerungen

1. Welche Elemente das Menschsein aus der Sicht der interdisziplinären Anthropologie umfasst, hängt zwar im Einzelnen von den jeweiligen Fachrichtungen ab. Aber die Psychologie bieten einen ihrer Ansätze und der Primatenforscher *Tomasello* vom *Max-Planck-Institute for Evolutionary Anthropology* ist einer ihrer prominenten Vertreter. Seine Gedankenwelt eröffnet einen guten Einstieg und ist deshalb auch im Wortlaut ausführlicher vorzustellen.

*Kultur und Kooperation. Tomasello* untersucht vor allem mit psychologischen Experimenten das Verhalten von *Menschaffen* und besonders deren Kindern und vergleicht sie in erster Linie mit den Reaktionen von *menschlichen Kindern*.[1129] Er kommt zum Schluss:

*“…we propose that humans’ species-unique forms of cooperation -as well as their species-unique forms of cognition, communication, and social life- all*

[1129] Grundlegend: Tomasello, Cooperate, 2009, Einleitung IX: Tomasello vergleicht die frühen Fähigkeiten von Affen und Menschenkindern: “*The second feature of human culture that marks it as clearly unique is the creation of social institutions …”* oder: Einleitung XVI: “*to an unprecedent degree, homo sapiens are adapted for acting and thinking cooperatively in cultural groups” “… no other primates collectively create and enforce group norm of conformity*”

*derive from mutualistic collaboration (with social selection against cheaters)"*[1130]

*Tomasello* baut auf also auf der Idee der *wechselseitigen Kooperation*[1131] und zwar *ohne hoheitlichen oder sozialen Zwan*g auf, bei der es auch darum geht, Betrüger (cheaters) zu vermeiden. Bereits junge Menschen-Kinder sind dazu im Gegensatz zu jungen Kindern von Menschenaffen *veranlagt*, die ansonsten *ähnlich intelligent* agieren.

"*Human culture… Its most distinctive characteristic is a high degree (and new forms) of cooperation* ".[1132]

*Evolution der Moralität*. *Tomasello* bietet zudem ein zumindest gut vertretbares Dreistufen-Modell für die genetische Evolution der Moralität des heutigen Menschen an.[1133] Für sein Konzept legt zunächst die einfache Formel von

---

1130 Tomasello/Melis/Tennie/Wyman/Herrmann, Key Steps, Current Anthropology, 2012, 673 ff. unter dem Titel:" Two Key Steps in the Evolution of Human Cooperation. The Interdependence Hypothesis" bieten sie folgendes abstract. Hervorhebungen nicht im Original; "Modern theories of the evolution of human cooperation focus *mainly on altruism*. In contrast, we propose that humans' species-*unique forms of cooperation*—as well as their *species-unique forms of cognition, communication, and social life*—all derive from *mutualistic collaboration (with social selection against cheaters).* In a *first step* humans became obligate collaborative foragers such that individuals were interdependent with one another and so had a direct interest in the well-being of their partners. In this context, they evolved new skills and motivations for collaboration *not possessed by other great apes* (joint intentionality), and they helped their potential partners (and avoided cheaters). In a second step, these new collaborative skills and motivations were scaled up to group life in general, as modern humans faced competition from other groups. As part of this new group-mindedness, they created cultural conventions, norms, and institutions (all characterized by collective intentionality), with knowledge of a specific set of these marking individuals as members of a particular cultural group. Human cognition and sociality thus became ever more collaborative and altruistic as human individuals became ever more interdependent").

1131 Siehe auch: Tomasello, History, 2014, 124 ff ("Human Thinking as Cooperation"); insbesondere 144 ff, ("Role of Ontogenity") – *Ontogense* meint Entwicklung eines *Einzelwesens* im Gegensatz zur Stammesentwicklung als Polygenese.

1132 Beide Kindergruppen unterschieden sich nur teilweise, und zwar insbesondere im sozialen Bereich: Moll/Tomasello, Cooperation, 2007, 362 ff. ("Cooperation and human cognition: the Vygoskian intelligence hypothesis").

1132 Tomasello, Becoming Human, 2018, 2 ff. ("In Search of Human Uniqueness"), 2.

1133 Tomasello, evolution, 2018, 72 ff. mit dem langen Titel: "If evolution is about survival of the fittest, how did humans ever become moral creatures? If evolution is each individual maximizing their own fitness, how did humans come to feel that they really ought to help others and be fair."), 74 (Schaubild mit den nachfolgenden wörtlichen Zitaten), falls nicht anders nachgewiesen).

„*survival of the fittest*“ zugrunde und meint damit offenbar die *relativ* beste genetische Ausstattung, die *einzelne* in sich tragen und vererben, aber die sich insgesamt als *Artentwicklung* des homo sapiens durchgesetzt hat.

Wesentlich sei die vergleichsweise außerordentliche Fähigkeit des Menschen zur *Kooperation* auch mit *nicht verwandten* Personen.[1134]

Er erläutert die „*Evolution of Modern Human Morality*“ mit den Worten:

*“Animals often cooperate with others of their own species. But the way humans do so is different. The human form of cooperation -known simply as morality- distinguishes itself in two related ways. One person may help another based on unselfish motives driven by compassion, concern and benevolence. Also, members of a group might seek means for all to benefit through enacting norms to promote fairness, equity and justice.”*

Über die besondere Kooperation in der Form von “compassion, concern and benevolence” und von „fairness, equity and justice“ bestimmt *Tomasello* also den modernen homo sapiens. *Tomasello* fügt an:

*“These capacities evolved over hundreds of thousands of years as humans began to work together out of a basic need for survival. The cognitive and social aspects of this process may be understood through the philosophical concept of intentionality: the ways individuals interpret the world and pursue their goals.”*

*Tomasello* beginnt sein Stufenmodell mit dem gemeinsamen Vorfahren von Mensch und Schimpansen.

- *“Individual Intentionality”*. Vor 6 Millionen Jahren regierte danach die gemeinsamen Vorfahren der Egoismus.

- “*Chimpanzee behavior is largely spurred by this self-interested perspective, as was that of the common ancestor of humans and chimpanzees“,* und *“… when chimpanzees forage for plants. A small group of animals searches together, but once they find fruit, each gathers its own stash and eats separately without interacting with other group members. A similar set of relatively self-centered behaviors are exhibited when hunting prey*.”.

[1134] Key Steps, Current Anthropology, 2012, 673 ff. 673. ("As compared with other primates, human beings are inordinately cooperative, especially with nonrelatives)".

Dabei ist dann vor etwa 2 Millionen Jahren der Genus "homo" (erectus), offenbar nach einer langen Trockenzeit erschienen. „*Around two million years ago the genus Homo emerged, with larger brains and new skills in making stone tools*."[1135]

- *"Joint Intentionality"*. Anschließend soll der homo *heidelbergensis* offenbar die Jagd auf größeres Wild betrieben haben.

- *„Some 400,000 years ago a direct human ancestor -Homo heidelbergensis- began looking for better food sources. Hunting aurochs or other large game, as opposed to hares, required heightened cooperation, a joint intentionality, focusing on common goals. This type of teamwork contrasted with chimpanzees' every-animal-for-itself scramble during a monkey hunt. If the Paleolithic hunter-gatherers were to survive, their foraging practices became "obligate," not just a matter of discretion. Individuals chosen for the hunt were selected because they understood implicitly the need to cooperate and not hog the resulting spoils*."

  Daraus folge dann die Notwendigkeit, den Anderen zu beachten, die zweite Person. *„A "second-personal morality"*[1136] *emerged in which it was understood that a "me" had to be subordinated to a "we.*"

  „*Collective Intentionality"*. Dann tritt der *homo sapiens* als Wir-Mensch mit einer Art von kollektiven Intentionen in die Welt und verfügt über die lockere Form des kulturellen Stammes.

  „*As groups grew in size beginning 150,000 years ago, the smaller bands that made up a tribe developed a set of common practices that represented the formal beginnings of human cultures*."

  Dazu gehören Normen, Konventionen und Institutionen. „*A set of norms, conventions and institutions grew up to define the group's goals and establish divisions of labor that set roles for each of its members—a collective intentionality that distinguished a tribe. These goals were internalized by each tribe member as an "objective morality" in which everyone knew immediately the difference between right and wrong as determined by the group's set of cultural practices."*

---

1135 Tomasello, evolution, 2018, 72 ff., 72

1136 Zu diesem -interpersonalen- Personenansatz des „Anderen" in der angloamerikanischen Philosophie: Darwall, Second-Person, 2006, 3; aus dem deutschen Strafrecht Hörnle, Kriminalstrafe, 2013, 52 ff.

Zudem merkt *Tomasello* an, dass die kulturellen Wir-Binnen-Gruppen seit rund 10 000 Jahren immer weniger fassbar werden. *„Since the rise of agriculture some 10,000 years ago, human societies have consisted of individuals from diverse political, ethnic and religious lines. As a consequence, it becomes less clear who constitutes a "we" and who is in the out-group*."[1137]

Den sprachlichen Austausch, die Kommunikation, erklärt Tomasello *analog* dazu als „*Language of shared Intentionality*". [1138]

2. *Diskussion.* Damit spricht *Tomasello* schon einmal wesentliche Elemente der evolutionären Anthropologie an. Sein Kulturalismus entspricht bekannten Vorstellungen.

Zunächst aber ist *methodisch* für den Vergleich mit den Menschenaffen mit zu bedenken, dass sich auch die Affen seit der Trennung vom *gemeinsamen Vorverfahren* mit den Hominiden erheblich weiterentwickelt und vermutlich

---

[1137] Tomasello, evolution, 2018, 72 ff. , 75. Ähnlich auch schon: Tomasello/Melis/Tennie/Wyman/Herrmann, Key Steps, Current Anthropology, 2012, 673 ff. unter dem Titel: "Two Key Steps in the Evolution of Human Cooperation. The Interdependence Hypothesis" bieten sie folgendes abstract. Hervorhebungen nicht im Original; "Modern theories of the evolution of human cooperation focus *mainly on altruism*. In contrast, we propose that humans' species-*unique forms of cooperation*—as well as their *species-unique forms of cognition, communication, and social life*—all derive from *mutualistic collaboration (with social selection against cheaters).* In a *first step* humans became obligate collaborative foragers such that individuals were interdependent with one another and so had a direct interest in the well-being of their partners. In this context, they evolved new skills and motivations for collaboration *not possessed by other great apes* (joint intentionality), and they helped their potential partners (and *avoided cheaters*). In a s*econd step*, these new collaborative skills and motivations were scaled up to group life in general, as modern humans faced competition from other groups. As part of this new group-mindedness, they created cultural conventions, norms, and institutions (all characterized by collective intentionality), with knowledge of a specific set of these marking individuals as members of a particular cultural group. Human cognition and sociality thus became ever more collaborative and altruistic as human individuals became ever more interdependent").

[1138] Tomasello, Origins, 2008 ("Origins of human Communication"), 7.3 (*Language of shared Intentionality*); 246 ff. (for "requesting"), 270 ff. ( for "informing"), 282 ff- ("sharing and narrative"), 295 ff. (for a system of "Conventionalizing of Linguistic Construction").

*spezialisiert* haben. Sie sind insofern nur bedingt, aber immerhin auch als Vorstufe der heutigen Menschenaffen anzusehen.[1139]

Auch könnten die gleichen *Aufgaben* auch ähnliche *Anpassungen* hervorgebracht haben. Fische und Wale haben beide Flossen. Komplexer jedenfalls kann der gemeinsame Vorfahre auch nicht gewesen sei. Im Gegenteil, seine *relative* Primitivität erlaubte offenbar die Abspaltung und Entwicklung der Vormenschen.

Zu ergänzen ist, dass sich das Leben aller Lebewesen nicht nur auf die Nahrungseinnahme (Stoffwechsel) beschränkt. Fortpflanzung und Gefahrenabwehr gehören auch dazu. Dabei kann „natürlich“ ebenfalls die Kooperation helfen.

Die weitere *biologische* Einordnung des heutigen Menschen als (a) Säugetier oder als (b) Wirbeltier oder (c) als Lebewesen überhaupt hat der Psychologe *Tomasello* hier jedenfalls folgerichtig ausgeklammert. Diese Stufen der Evolution verdienen es aber, *zusätzlich* gewürdigt zu werden.

Dasselbe gilt für die *Medizin* und die *Physik*.[1140]

Die kooperative Art, die *Tomasello* betont, passt dabei deutlich zum angloamerikanischen Utilitarismus und dessen Vernünftigkeit. Dessen Kälte aber hat er aus der Sicht der Psychologie einsichtig mit humanistischen Mit-Gefühlen unterlegt und stützt damit etwa die dementsprechende politische Philosophie von *Martha Nussbaum.*[1141] [1142] Diese neue psychische Grundstruktur

---

1139 Sayers/Raghanti/Lovejoy, Evolution, 2012, 119 ff. ("Human Evolution and the Chimpanzee Referential Doctrine"), 121 (Der LCA (last common ancestor of pan and homo") vor mindestens 6 Millionen Jahren “turns out to have been scandalously unlike a chimpanzee or bonobo”); Moll, Tension, 2016, 65 ff. ("Tension in the Natural History of Human Thinking"), 65.

1140 Aus der Sicht der Physik: Dedié, Kraft, 2014, ("Die Kraft der Naturgesetze. Emergenz und kollektive Fähigkeiten von den Elementarteilchen bis zur menschlichen Gesellschaft“), 21 ff. ("Konzept der Selbstorganisation und der Emergenz"), 39 ff, ("Der Urknall und die Entstehung der Welt"), 52 ff. ("Symmetrien und Erhaltungssätze").

1141 Unter dem Titel „Politische Emotionen“ Nussbaum, Emotionen, 2013/2014,.13. Siehe:177 ff. („*Eine Gesellschaft mit hohen Zielen: Gleichheit, Inklusion, Verteilung*“); 210 ff. („Mitgefühl; Bei Menschen und Tieren“), 246 ff. ("*Das radikale Böse": Hilflosigkeit, Narzißmus, Beschmutzung*“); 310 ff. (*„Patriotismus lehren: Liebe und kritische Freiheit*“), 388 ff. („*Tragische und komische Feste: Mitgefühl wecken, Ekel überwinden*“), 471 ff. („*Die Feinde des Mitgefühls: Angst, Neid, Scham*“), 567 ff. „*Wie die Liebe für die Gerechtigkeit wichtig ist“).*

1142 Aus der Rechtanthropologie siehe auch unter dem Titel: „Menschliches Verhalten und staatliche Strafe: Abschreckung, Kooperation und Verteilungsgerechtigkeit“ Rodríguez

half mutmaßlich, den Nahrungs-Egoismus zu überwinden, der auch schon den gemeinsamen Vorfahren mit den Schimpansen bestimmt haben dürfte. Sie ließ den Menschen Kooperationen und auch kollektive Wir-Gemeinschaften auch mit *Fremden* aufzubauen.

Auch assoziiert *Tomasello* zwar mit der *Intentionalität* als Vorform der humanen Moral das Vorsatz-Element und dann mit diesem die Freiheit „davon" und „dazu". Die Deterministen werden jedoch erklären, es handele sich dabei um natürliche Beweggründe, die solchen Absichten zugrunde lägen. Sie seien auch bei *amoralischen* Tieren zu erkennen. Auch der Psychologe *Tomasello* will offenbar vor allem im Sinne der Naturalisten die Moralität als eine ökonomische *Überlebensstrategie der Natur* darstellen, die der Mensch nur, aber immerhin in ganz *besonderer* Weise ausgeformt hat. Es handelt sich zwar nicht um einen metaphysischen Ansatz, aber er betont immerhin den humanen *Kulturalismus* oder auch das Humanum.

Und es ist vereinfacht *zudem* die *Offenheit* schon der Kleinkinder für die Vielfalt der *Kulturen der Erwachsenen*, die den Menschen von der (sonstigen) *Natur* und dem Tier unterscheidet, auch es wenn *Tomasello* insofern vielleicht missverständlich erklärt.[1143]

3. *Folgerungen.* Festzuhalten ist die vergleichsweise *außerordentliche genetische Befreiung* des Primaten Mensch von *Fress-Egoismus* seiner unmittelbaren Verwandten und davon, *nur* mit seinen *Gruppennächsten* überhaupt zu kooperieren.

Zudem ist jeweils das *Gegenteil* von "compassion, concern and benevolence" und von „fairness, equity and justice" mit zudenken. Sie erhalten nur einen Sinn, wenn und weil es auch *Abweichung* davon gibt.

Zwei Arten von Abweichung bieten sich zwar grundsätzlich an; (a) die positiven als die Steigerung dieser humanen Eigenschaften zum barmherzigen Altruismus und zum gänzlichen Verzicht auf das Betrügen. Gemeint ist aber (b) die negative als Verweigerung. Unter das Betrügen (des Cheaters) fällt dann etwa

---

Horcajo, Verhalten GA 2018, 609 ff., 611 („Mit Hinweis auf Axelrods tit for tat-Konzeption: „Tendenz des Menschen zur Kooperation"), 610 („*Zwei für die Strafe ganz relevanten Gefühle: Gefühl der Verteilungsgerechtigkeit und Gefühl der Gegenseitigkeit*"), zudem: 620, 622 („Rechtsfertigung der Strafe sei „*fair play*").

1143 Beide Kindergruppen unterschieden sich nur teilweise, und zwar insbesondere im sozialen Bereich: Moll/Tomasello, Cooperation, 2007, 362 ff. ("Cooperation and human cognition: the Vygoskian intelligence hypothesis").

1143 Tomasello, Becoming Human, 2018,, 2 ff. ("In Search of Human Uniqueness"), 2.

auch das Lügen, der Ehebruch oder auch das Versprechen des Gewaltverzichts im Sinne eines Sozialvertrages der Kooperation.

Das Betrügen bedeutet dann, sich *erhöht egoistisch* (oder narzisstisch) zu verhalten. Als Primaten-Mensch kann der Betrüger sich „beim Tausch“ auch wie ein Menschenaffen verhalten, jedoch muss er es nicht. Die Spieltheorie[1144] des Tit for Tat sieht solches Verhalten wertfrei. Aus der Sicht des Strafidealismus liegt darin dagegen der moralische Schuldvorwurf.

Der Mensch kann zudem vermutlich auch weit *trickreicher* betrügen als ein Schimpanse. Er nutzt aber auch dabei das außerordentliche *kooperative Gesamtsystem*[1145] aus, also das hohe *Grundvertrauen* in das „kooperativen Menschsein“, das den insofern recht eigennützigen heutigen Menschenaffen fehlt.

Aber dann kann er auch nicht nur emphatischer, sondern auch sonst *emotional* befreiter auftreten als die Mitglieder in einer kleinen Menschaffengruppe. Er kann also nicht nur *mehr Nächstenliebe*, sondern auch mehr *aggressive Wut*, *Eifersucht* und *Neid* in sich aufkommen lassen.

Insofern zeigt sich der Mensch auch *vielfältiger, freier* und auch *emotionaler* als seine genetisch engsten Verwandten.[1146] Dafür ist er aber auch gehalten, weit mehr *Informationen*, individuell und kollektiv, selbst aufzunehmen und sie selbst zu typisieren. Zum Gebrauch muss er sie der konkreten realen und sozialen Umwelt zuordnen. Zugleich muss er sie aufgrund der neuen Erfahrungen auch fortschreiben (können). Für diese -hoch vereinfachten

---

1144 Aus der Sicht der Ökonomie, Rauhut, Handeln, Mokrim, 2018, 272 ff ("Handeln aus der Perspektive von Rational Choice und Spieltheorie"), insbesondere 77.

1145 Zum systemtheoretischen Ansatz, siehe den Überblick bei: Heinze, Sozialforschung, 2001, 105 ff., 107, und zwar zur methodischen Beobachtung als Unterscheiden und Bezeichnen, zur Trennung von (1) *physischem oder biologisch autopoetischem Systemen,* (2) *psychischen Systemen, die durch die Reproduktion von Gedanken aus Gedanken konstruiert sind und als Plural zu „Bewußtseinen“ führen*, sowie (3) *den sozialen Systemen, die ihre Einheit dadurch gewinnen, dass sie als Gesellschaft an Kommunikation hängen*.

1146 Vgl. auch Griffel, Determination, ARSP 1994, 96 ff., 107: Von der Eintagsfliege bis zum Elefanten bedürften 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.

Vorgänge- benötigt er eine passendes Gehirn, das auf ständige Rückkoppelungen ausgerichtet ist.[1147]

Die Verbindung von wechselseitiger Kooperation und menschlicher Moral leuchtet jedenfalls ein. Die sogenannte goldene Regel des „Wie du mir, so ich Dir" (do ut des, tit for tat) wiederum bildet den materiellen Kern des Rechts. Das Mitfühlen etc. steckt in der Menschenwürde, den Menschenrechten und im staatlichen Sozialrecht.

## III. Homo erectus; Freizeit des kochenden Feuer-Menschen (*Wrangham*) und neue Selbstorganisation

1. Nicht nur die *Gene*, sondern auch die *Gehirnstrukturen* des Menschen[1148] stimmen mit denjenigen aller *Wirbeltiere* weitgehend überein.[1149] Deshalb bietet es sich an, auch insofern von einer gemeinsamen evolutionären Grundlage auszugehen und am Ende zumindest Parallelen von „Tier und Mensch" aufzuzeigen.

---

1147 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.)

1148 Pauen/Roth, Freiheit, 2008, 168. Die Autoren gehen für den Menschen 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 Handlungsteuerungen*", und zwar „entlang der drei Achsen" (1) „bewusst–unbewusst", (2) „rational–emotional" und (3) „individuell–sozial".

1149 Aus der Sicht der soziobiologischen Verhaltensforschung zusammenfassend: Sachser, Mensch, 2018 („Der Mensch im Tier. Warum Tiere uns im Denken, Fühlen und Verhalten oft so ähnlich sind), 12 (Hervorhebungen nicht im Original: "In der Verhaltensbiologie hat eine *Revolution des Tierbildes* stattgefunden. Sie hat weitreichende Folgen für das *Selbstverständnis des Menschen* ..."); 14 („Mit den Säugetieren haben wir Menschen sehr viel gemeinsam, beispielsweise den *Großteil unserer Gene*. Die Übereinstimmung mit unseren nächsten Verwandten, den Bonobos und Schimpansen, beträgt in diesem Punkt fast 99 Prozent. Oder blicken wir auf den Aufbau des Gehirns: Er ist bei *allen Säugetieren prinzipiell identisch*. Insbesondere die stammesgeschichtlich alten Teile, etwa das *limbische System*, zeigen Übereinstimmungen *bis in kleinste Details*…").

Das *Menschsein* muss also -einerseits- *jenseits* davon etwas *Besonderes* beinhalten, das sich aber dennoch -andererseits- aus diesen *Grundlagen* entwickelt hat. Beides ist also zu bedenken.

*Homo erectus*. Der *aufrecht* gehende Vormensch hatte anders als alle bekannten Säugetieren die Hände *frei*. Insofern war er also „befreit". Er konnte nicht nur sich untereinander wie anderen Primaten berühren, und sich damit auch selbst erfahren. Er konnte mit den freie Händen auch Stöcke und Steine zum Jagen und Sammeln tragen und nutzen. Er konnte seine Beute tragen und die Dinge sinnlich und feinmotorisch „begreifen".

Der homo erectus selbst (schon vor knapp 2 Millionen Jahren) konnte auch *Werkzeuge* herstellen. Aber es musste auch einen grob 4 Millionen Jahre langen Weg zu ihm hin gegeben haben. Mutmaßlich konnten such schon seine Vorfahren *häufig* aufrecht gehen, sich *vielfältiger* und auch gelegentlich im freien Feld ernähren und an freien Wasserstellen trinken. Dahin mussten die Vorfahren des homo erectus ausweichen, wenn sich bei Dürreperioden die Waldgebiete ausdünnten und die Busch-Savannen sich erheblich vergrößerten. Dieser Vormensch musste die *Füße* für Bodenbewohner entwickeln, die dann seine Hände befreiten. Aber mit den Händen behielt er zugleich das *drei-dimensionale* räumliche Denken der Waldbewohner.

Dieser Menschentyp war im Freien dann aufgerichtet und konnte weit „sehen". Er konnte deshalb den Anderen schon mit den Händen „Signale" gebe. Zudem konnte er mit den Laufbeinen besser an den Wasserstellen im Freien agieren. Er konnte leichter durch Wasser waten, dabei nahrhafte Muscheln aufnehmen und Fische jagen.

Das alles bezahlte er aber mit strukturellen *Rücken*- und *Geburtsproblemen*, die die Vierbeiner nicht kennen. Ferner war er auf dem freien Feld *langsam* und konnte sich den Raubtiere nicht mit Flucht entziehen. Er musste deshalb in Schutzgruppen leben und seine Ruheplätze und Kinderstuben klug auswählen. Dank der freien Hände konnte er sich vermutlich mit Steinen und Stöcken auch wehren und seine Schlafplätze im Freien bei Bedarf dem Nest ähnlich mit Dornengehölz absichern.

Insgesamt musste er mit Geschick und Planung den guten Nutzen vom vermutlich *einmaligen* aufrechten Gang eines Säugetiers ziehen. Sein *Gehirn* wiederum hatte diese *Sonderfähigkeiten* und diese *Umstände* gesondert reflektieren.

*Rituale*. Auch muss es nicht allein das neue und bessere *Sammeln* und *Jagen* sein, das den Menschen verändert hat. Zum Jagen und Sammeln benötigt er keine ausgefeilte Sprache. Er ist vor allem als der *Prometheus häuslicher* geworden, nachdem schon seine Homo-erectus-Vorfahren, vor einer Millionen Jahre oder auch noch früher, gelernt haben, das *Feuer* zu beherrschen. Er entwickelt die Sprache und die „schöne Künste" vielleicht zunächst eher als eine Art von *Partner-Werbe-Kunst*.

Man zeigt sich mit Worten und spielt fast *höfisch* mit- und untereinander. So beobachten wir bei Vögeln die Balzrituale. Ebenso erklärt der stolze männliche Pfau mit seinen schönes Schwanz und andere männlichen Vögel mit ihrem bunten Kleid: „Seht her, diese besonders schöne *Kunst* kann ich mir leisten".

Der Mensch wird auch heute noch „rituell"[1150] am Lagerfeuer *Geschichten* erzählen, die von seiner Attraktivität und seinem Status in der Gruppe zeugen und er wird sich dabei zugleich körperlich nah zeigen. Auch lassen wir abends die anderen an unseren Tagen teilhaben und sie uns. Wir arbeiten auch gemeinsam mit Worten die Sensationen auf. Abends gemeinsam *Lieder* zu singen, lässt uns zudem einen gemeinsamen Rhythmus finden und Geschichten und Lieder schaffen schon bei kleinen Menschenkindern *Vertrauen, Ruhe und Frieden*.

Aus anthropologischer Sicht steckt jedenfalls mutmaßlich ein recht maßgeblicher Unterschied zum Tier in der zunehmenden Beherrschung des *Feuers* durch die Frühmenschen.[1151]

2. *Physik*. Mit dem Feuer und seiner Beherrschung verfügt der Vormensch über einen mächtigen zusätzlichen *Energieschub,* den er gewiss erst nach und nach entwickelt und genutzt hat.

Energie, über den Stoffwechsel erlangt und selbst erzeugt, ist der Antriebsstoff für jede *Bewegung*. Als Warmblütler hält der Mensch zudem ohnehin schon eine erhöhte *Betriebstemperatur* von 36 Grad vor. Er verfügt also über einen ständig laufenden Motor. Dieser bedarf also nur noch eines *Beweggrunds und Impulses*

---

1150 Rappaport, Ritual, 1999, 24 ff. („Ritual defined" as „to denote the performance of more or less invariant sequences of formal acts and utterances not entirely encoded by the performers").

1151 Berna/Goldberg/Horwitz/Brink/Holt/Bamford/Chazan, evidence, 2012, 109 ff. ("The ability to control fire was a crucial turning point in human evolution, but there is no consensus as to when hominins first developed this ability. …According to Richard Wrangham's "cooking hypothesis," Homo erectus was adapted to a diet of cooked food and therefore was capable of controlling fire"), (...." that burning took place in the cave during the early Acheulean occupation, approximately 1.0 Ma").

*bedarf*, um sich zu bewegen, etwa in eine bestimmte Richtung mit einem bestimmten Ziel.

Diese Ausgangsenergie erhöhte der Früh-Mensch mit der Nutzung des Feuers, Er steigerte sie nach und nach vom Lagerfeuer im Freien, über den Ofen im Haus, bis hin zur Dampfmaschine und zum Verbrennungsmotor etc. Er nutzt Segel, Windmühle und nunmehr auch die Atomkraft und Solartechnik. Elektrische Drähte durchziehen als Energie-Verkehrsadern Stadt und Land.

Schon die *einsteinsche* Energie-Formel zeigt, dass und was die externe Zuführung von *Energie* für die *Beschleunigung*, also auch für die *Evolution*, bedeutet muss.

Die Beherrschung des Feuers, lies, der Einsatz von *äußerer Energie* prägt auch heute die technisch-kulturelle Entwicklung des homo sapiens.

Aber erst *spät* in der Neusteinzeit haben zunächst Ackerbau und Viehzucht, also die Vorratshaltung, dem homo sapiens in seiner Entwicklung einen weiteren Schub gebracht. Die Fähigkeit, „Bronze“ und bis heute „Eisen“ mit Feuer zu schmieden, bewirkt dann zwei weitere große Schübe.

Insgesamt war der Zeitraum für genetische Veränderungen aber recht klein, auch wenn etwa die neuen Bauerngemeinschaften in Europa von ca. 5000 Jahren als Erwachsene die Milch vertrugen und damit, und mit ihrer Vorratshaltung weit erfolgreicher über den Winter kamen als die Jäger und Sammler.

Zunächst haben sich die Menschen über die Welt ausgebreitet. Danach erfolgte dann offenbar die große *Vermehrung* der Menschheit *vor Ort* dank der guten bäuerlichen Versorgung an den großen fruchtbaren und zudem schiffbaren Flusssystemen, die zudem eine *soziale* Reorganisation erforderte.

Sie führte dann später über die hoch arbeitsteilige Metallverarbeitung der Bronze zu Fernhandelsstädten, zu *Zahl* und *Schrift* und zu deren kulturellen Komplexität.

3. *Kochtheorie und Folgerungen.* Mit dem Lagerfeuer konnte der Vormensch kochen. Dieser Feuer-Vormensch konnte im Sinne von *Wranghams* Kochtheorie auf diese Weise

- schwer verdauliche und verderbliche Nahrung *vorverdauen*, Magen und Darm also entlasten.[1152]
- Zudem konnte er Speisen durch Kochen und Rauch *haltbar* machen.

Außerdem:

- schützt das Feuer ihn vor Tieren und vor Kälte.
- Mit dem Feuer konnte er auch *Herden jagen* und sie danach mit besonders saftigen Grass und Wiesen auch wieder *anlocken*.

Damit boten sich im genetische Entwicklungsmöglichkeiten, die zuvor nicht bestanden:

- Auch konnte der Mensch immer ruhiger und *privater* leben, er verfügt über mehr Muße oder auch *Freizeit*.
- Ihre *Kinder* müssen alle Säugtieren ständig vor Raubtieren schützen. Die Kinder des Feuer-Menschen konnten sich dagegen nunmehr *langsamer entwickeln* und damit besser der konkreten Umwelt und der konkreten Gemeinschaft anpassen.
- Mit der erhöhten Energiezufuhr konnte er sich zudem zu einem besseren *Läufer* und damit erfolgreicheren nackten *Hetzjäger* entwickeln, der als nacktes Wesen nunmehr auch über Schweißdrüsen Kühlung betreiben konnte und sich zudem in der Kälte der Nacht mit fremden Fell bekleiden konnte.

Mehr noch:

- So konnte sich der Feuer-Vormensch auf einen gegenüber *anderen Primaten* erheblich verkleinerten *Kauapparat* beschränken. Damit verfügte der Kopf über mehr Raum zur weiteren *Entwicklung des Gehirns*.
- Säugetiere, die sich von *Pflanzen* ernähren, müssen ständig fressen und schlafen wenig. *Raubtieren* kennen zwar lange Ruhephasen, sind aber vom Jagdglück abhängig. Der Feuermensch konnte *beide* Grundmodelle übernehmen, weil er sich nicht mehr auf eines, etwa mit der Art seines *Gebisses*, spezialisieren musste.
- Auf diese Weise war er „genetisch befreiter“, also offen für das *„friedliche“* Leben der Pflanzenfresser und auch für den *„aggressiven“* Lebensstil der Raubtiere.

---

[1152] Wrangham, fire, 2009 („Catching fire: How cooking made us human,"), 15 ff. ("Quest for Raw-Foodist"), 55 ff ("The Energy Theory of Cooking"), 129 ff. ("How Cooking frees Man"), 147 ff ("The married Cook").

4. *Neue Selbstorganisation*. Zusätzliche Energie klug eingesetzt bedeutet schon physikalisch die *Freiheit* von *alten Bindungen*, und zwar auf allen Stufen, von den genetischen, von den sozialen und von den Vorgaben der Umwelt. Dazu aber bedarf es der Klugheit und diejenige der Genetik besteht im *Spielerischen*, in „Versuch und Selektion".

Dieses *Spielen* muss der Feuer-Vor-Mensch sich nach und nach genetisch aneignen.

Ruhezeiten, um Energie zu sparen, benötigte der Feuermensch nicht mehr im selben Umfange, wie seiner feuerlosen genetischen Vorfahren. Seine *zusätzliche Freizeit* und die *Geselligkeit* um den Feuerplatz musste und konnte er „frei gestalten", sich also nach und nach neu organisieren. Die Vorzüge der *Kooperation, als dem freien Austausch*, konnte er nutzen, die Gefahren von zusätzlichen Konflikten um die *Rangordnung* musste er meiden.

Freier Austausch führt zur freien *Kommunikation*. Die besonderen körperlichen Gegebenheiten zur *Lautbildung* im Hals mögen dem ersten Feuermenschen schon eigen gewesen sein.[1153] Auch kannte er Kommunikation und das Leben in Gruppen. Nun aber konnte er den Austausch von Lauten *gesteigert* zum scheinbar *reinen Vergnügen* und ständig erneut betreiben.

Neben der alten *Körpersprache* entwickelte er die besondere *vergeistigte Lautsprache* (scheinbar) spielerisch um ihrer selbst willen fort. Er verfügte über die Zeit dazu. Der Feuer-Vor-Mensch und seine genetischen Nachfolger, spätestens aber der frühe homo sapiens betrieben ihr Sprechen und auch ihre handwerklichen Techniken nicht nur, aber auch mehr und mehr als „spielerisch Kunst". Auf diese Weise nutzen wir auch heute unsere Freizeit.

Er gewann mit dem Feuer *Muße*- oder auch *Freizeit* für die intersubjektive Kommunikation ohne *unmittelbare Nützlichkeit*, also für die „Unterhaltung" und das Spiel und übte sich damit in *Kreativität* und in *Geselligkeit*. Es ist der Austausch an sich.

Auch heute werden an Lagerfeuern viele *Geschichten* ausgetauscht und kollektiv und rhythmisch *Lieder* gesungen. Der Tag wird informativ noch einmal gespiegelt und körperliche Nähe wird durch Gruß-Riten und musische Harmonierung eingeübt.

---

[1153] Roth, Mensch, 1993, 55 ff., unter anderem 67 (Auch heutige Affen besäßen ein komplexes Laut– und Kommunikationsrepertoire und zumindest Vorstufen der menschlichen Sprachzentren); u. Hinw. auf: Deacon, Brain, 1988, 363 ff..

Nach innen aber gilt, dass die zunehmende Muße als die *Freiheitzeit* der Feuer-Menschen, hier die Freiheit „von“ biologischen Zwängen, eine biologische Grundlage für die Idee der Freiheit bildet: *Erst die Freizeit schafft Freiheit*. Auch gilt, dass erst der *Frieden Freiheit* schafft.

5. *Gehirn*. Seine inneren Abbilder von der Wirklichkeit, also Ideen, konnte der Feuermensch in Worte und Sprache fassen: Sein Gehirn, und auch dessen relatives Volumen, passte sich dem im Sinne von *Deacon* an.[1154]

Der Vormensch, der jetzt nicht mehr nur möglichst *effektiv* das *Nützliche* reflektieren musste, sondern auch Ideen, Geschichten und Symbole, konnte es sich leisten, ein dazu passendes (scheinbares) *Luxus-Gehirn* zu entwickeln.

Der (langfristige) *geistige* Nutzen, den er daraus ziehen konnte, half ihm, alle verwandten Vor-Menschen-Spezies nach und nach zu verdrängen und sich zum alleinigen homo sapiens, also dem (nach seinen Maßstäben) relativ klugen *Energie-Menschen*, aufzuschwingen.

Ebenso konnte nunmehr nach Bedarf *größer Gruppen* bilden als die anderen *Primaten*. Auch von diesem genetischen Zwang hat er sich befreien können.

---

1154 Nach Deacon, Brain, 1988, 363 ff. hat sich die Ausbildung der menschlichen Sprache in zwei Schritten vollzogen: zunächst habe sich seit dem Homo erectus der präfrontale Cortex vergrößert, dessen Funktionen allgemein in der *zeitlichen Organisation* von Verhalten im *Kurz-* und *Langzeitbereich* liegen, bei der Handlungsplanung, der Abfolge von Handlungen, Erwartungen, Lernstrategien, Aufmerksamkeitssteuerung, kombinatorischen Analyse, der Analyse symbolischer Zeichen sowie beim Erkennen des *Bedeutungskontextes* von Ereignissen. Dies sei aber auch *bereits bei Affen* der Fall. Diese Funktionen seien deshalb im Laufe der Evolution des menschlichen Gehirns in den Dienst der menschlichen Sprache gestellt worden. Beim Menschen übernehme der *präfrontale Cortex* im Vergleich zu den anderen Primaten mehr und mehr die *Kontrolle der Vokalisation*, die ansonsten von Zentren im „Gefühls- und Bewertungssystem“ (limbisches System) in Mittelhirn und Hirnstamm gesteuert werde. Es handele sich also um *keine qualitative* Neuerung, sondern um eine *Umorganisation*, eine Neuverknüpfung bereits bestehender Fähigkeiten. Dazu komme die Entwicklung der Sprachfähigkeit des Menschen durch Umbildung des Kehlkopfes. Zur besonderen Ausnutzung bestimmter Gehirnteile tritt also ein altbekannter Umstand der Evolution hinzu, der auch die Schwimmblase der Fisch zur Länge und Kiemen zu Ohren hat werden lassen. Nur genügt es im Gehirn, Schaltungen anders zu legen.

## IV Verkindlichter spielerisch-kreativer Feuer-Mensch (Paedomorphismus, *Bednariks* neoteny) und homo ludens (*Huizinga*)

1. *Verkindlichter spielerisch-kreativer Mensch.* Da und soweit der Mensch von Instinkten befreit ist, erscheint er *vereinfacht* als *großes (nacktes) Kind*.

Kinder aber lernen spielend und spielen, allein oder mit anderen, heißt zu *symbolisieren.* Außerdem spielen alle Säugetierkinder. Damit ist die Brücke zum nichthumanen Leben und auch der *Entwicklung des Gehirns* zu schlagen, wie es jetzt wieder der Verhaltensbiologe *Sachser* zusammengefasst hat.[1155]

*Insofern* bedurfte es genetisch betrachtet nur der *Verlängerung der Kindheit* im Sinne des „Paedomorphismus“[1156] oder *Bednariks* „neoteny“[1157], um den *spielerischen Menschen* (*Huizinga*: homo ludens[1158]) zu erschaffen. Oder umgekehrt, konnte er sich mit dem *Feuer besser ernähren* und *schützen*, so hatte er „Muße und Raum“ zum längeren *spielerischen Lernen* und zur internen *Benennung* von Symbolen mit Lauten.

Aber auch dafür gibt es Vorstufen. Schon die Säuglinge von Säugtieren erblicken vielfach *nackt* die Welt, zumal wenn sie in *geschützten* Höhlen geboren werden und alle verfügen über relativ große Köpfe. Als Kinder lernen sie dann durchs Spielen und sie können es, weil sie nicht ständig selbst nach Nahrung suchen und für Schutz sorgen müssen. Es ging bei der Evolution des Feuer-Vormenschen also um die *Ausdehnung* solcher Freiheit des Spielens in geschützten Räumen auf erwachsene geschlechtsreife Menschen. Wer übrigens

---

1155 Siehe erneut: Sachser, Mensch, 2018 12 (oben ausführlich zitiert).

1156 Dazu Roth, Mensch, 1993, 55 ff., 70. Auch Roth neigt dieser Theorie zu. In der Tat seien *Schimpansenkinder* dem Menschen in sehr vielen Merkmalen viel ähnlicher als erwachsene Schimpansen und hätten auch ein vergleichbares relatives Gehirngewicht[1156]. Insofern spricht also einiges dafür, die spielerische Seite des Menschen in seiner Verkindlichung zu sehen. Dies bedeutet evolutionsbiologisch lediglich eine Art infantiler Regression. Sie ist im Übrigen auch, wie etwa mit der körperlichen Nacktheit und vergrößerten „Kindsköpfen“ bei einigen gezüchteten Haustieren, als Begleiterscheinung der *Domestizierung* festzustellen.

1157 Siehe den Prähistoriker und kognitiven Archäologen Bednarik, Condition, 2011, 134 ("In humans, neoteny is manifested in the resemblance of many physiological features of a human to a late-stage foetal chimpanzee. These foetal characteristics include hair on the head, a globular skull, ear shape, vertical plane face, absence of penal bone (baculum) in foetal male chimpanzees, the vagina pointing forward in foetal ape, the presence of hymen in neonate ape, and the structure of the foot").

1158 „Homo Ludens: Vom Ursprung der Kultur im Spiel“: Huizinga, Homo, 1938/2011, 11 ff. ("Wesen und Bedeutung des Spiels als Kulturerscheinung"), 11 (Mit Bezug auf die Tiere: "Das Spiel ist älter als die Kultur").

von künstlicher Intelligenz spricht, setzt diesen Weg fort, indem er energiegetriebene Computer mit sich selbst „spielen“ lässt.

Der erste *genetische* Einstieg in diese Sonderfähigkeit der Beherrschung des Feuers war also grundlegend.

Dort wo Busch- und Waldbrände zum Leben gehören, konnten die Ahnen des Feuer-Vormenschen die *Nähe* zum Feuer einüben. Nach dem Brand konnten sie dessen Vorzüge, mit dem Angebot von gebratenem Aas und gebackenen Wurzeln, lernen.

Menschen-Kinder aber „spielen“ bereits unbedarft mit dem Feuer. Sie haben ihre vermutlich *genetisch* verankerte Angst davor verloren. Es waren also vermutlich besonders *unreife* Vormenschen, die von ihrer instinkthaften Feuer-Panik befreit waren. Das Menschenmodell vom verkindlichten spielerisch-kreativen Primaten gibt also auch dafür eine Erklärung. Danach handelt es sich um eine einfache *genetische Reife-Regression*, die mit der Selektion des Besseren erfolgreich war, weil das Feuer dem spielerischen Kind-Primaten zugleich Nahrungsvermehrung und Schutz bot.

Die These lautet: Mit dem *Feuer* hat der Menschen *sich selbst domestiziert*, ebenso wie später seine Haustiere. Er füttert sich lebenslänglich selbst und wie die Vogeleltern die *Vogelkinder* mit Vorverdautem. Zudem bleibt er *lebenslang* durch irgendeine Feuerstelle geschützt und gewärmt, die dem *warmen Nest* der Vögel ähnelt. Dort hat er Zeit zum Spielen.

2. *Erwachsenes Spielen*. Bei den *erwachsenen* Spielern werden die Spielzeuge zu *Werkzeugen*. Die Abstraktion wird mit dem *Nutzen* verbunden, und sei es auch nur zur Kommunikation und Verfestigung *sozialer Bindungen*. Das Lautsymbol wird zur *Wissenseinheit*. Das Bodennest wird zum Zelt, die Höhle zum Haus des *Prometheus*. Sie vervielfältigt er zu Siedlungen. die er ihrerseits später zur Stadt ausbaut, aus der er den Staat entwickelt.

Die stärkste und die *Wissen* vermittelnde *Kommunikation* findet zwischen den Kindern und Eltern der Säugetiere statt, soweit sie Brutpflege betreiben. Nur pflegt der Mensch sich inzwischen *wie ein Kind* lebenslang selbst. Er ist nun beides, sein eigenes spielerisches Kind und auch sein eigenes allwissendes und gerechtes Elternteil.

Zudem sucht er nach *Partnern*, und zwar nicht nur zur Fortpflanzung mit spielerischem Balzgehabe, sondern auch für besondere „Unternehmungen“. Aber *schon vorher* betreibt er eine *Spiegelung der Welt*, in der privaten Phantasie, in der Unterhaltung mit den Nächsten und in der öffentlichen Kunst.

Die freie Greifhand hat er zum Begreifen und Formen der Dinge. Als deren Abbilder im Kopf bildet er Begriffe, über die er mit anderen spricht. Dabei genügt es, die Laute der anderen zu imitieren, also zu spiegeln und sie mit sich und der Umwelt nach dem Etikettierungsprinzip in Beziehung zu setzen.

Ausgangspunkt ist das blinde Imitieren oder Spiegeln, das Nachäffen von Verhaltensweisen. *Spiegelneuronen* helfen uns dabei. Auf diese Weise werden wir dann auch fähig, uns in andere einzufühlen und auch unser eigenes Verhalten von außen zu betrachten und zu typisieren. Über das Nachahmen erschaffen und lernen wir auch unsere Sprache.[1159] So wird auch Wissen übertragen und wir reden von „Memen" (analog zu den „Genen").

Aber schon dem Hund steht das Stöckchen für einen großen Beute-Knochen. Ein Wollknäul ist der Katze die Maus.[1160] Sie verfügen also auch schon innerlich über ein vertyptes „Bild" oder eine innere Phantasie (oder „Idee") davon, womit sie spielen. Schon Säugetier-Kinder spielen die Welt also mit *Symbolen* nach. Sie toben mit *hoher* scheinbar „unnützer Energie", die ihnen die Erwachsenen zuführen.

Während Vogelkinder egoistisch nach den Eltern rufen, spielen die Säugetierkinder bereits vielfach miteinander und mit den Eltern, sie arbeiten auch schon mit fetischähnlichen körperlichen Symbolen. Mit der *Symbolisierung der Symbole* zu Lauten und Begriffen ist ein nächster Abstraktionsschritt erreicht, den die erwachsenen Kind-Primaten nun effektiv und in hohem Maße ausbauen.

Mit dem philosophische Anthropologen *Lenk* ist der erwachsene Mensch also, wie anzufügen ist, insbesondere wegen seiner Kommunikations- und vor allem hochkomplexen Denkweise, ein „animal symbolicum".[1161]

3. *Zum Wesen des Spiels*. Die natürliche Grundlage des Spiels ist das einfache Spiegeln. So sprechen wir auch vom Reflektieren, wenn wir denken meinen.

---

1159 Unter dem Titel: „Empathie und Spiegelneurone. Die biologische Basis des Mitgefühls" siehe Rizzolatti/Sinigaglia, Empathie, 2006/2008, 144 ff. („Nachahmung und Sprache"), 174 ff. („Das Mitempfinden von Emotionen").

1160 Sachser, Mensch, 2018, insgesamt Kap. 3 (unter der Überschrift und den Stichworten: „Wenn die Katze spielt, geht es ihr gut. Wohlergehen und Emotionen: lange vernachlässigte Themen der Verhaltensbiologie, Hormone und Wohlergehen, Verhalten und Wohlergehen, Verhaltensstörungen, Spiel und positive Emotionen, Umwelt und Wohlergehen").

1161 Lenk, Vielfachwesen, 2010, 21.

Schon jeder optische Spiegel agiert, indem er in einem inneren „Prozess“ das Licht aufnimmt und nur einen Teil umkehrt und zurückwirft.

Das „Imitieren“, das später gesamte „Meme“ (tradierte Begriffe, Ideen, Wissen, Techniken) erschafft, beinhaltet einen -nur analogen- *Prozess*. Das Gehirn arbeitet dabei mit Spiegelneuronen. Will es Trampelpfade und Verknotungen verstärken oder vernachlässigen, so geschieht es durch ständige Übung. Will es im akuten Fall auch neue Verbindungen schaffen, so muss es mit *besonderem* energetischem Überdruck ein Feuerwerk starten und also spontan sein.

Auch „spielt“ das Gehirn schon mit sich selbst, wenn es in der *Schlafruhe Träume* prozessiert oder in *wachen Ruhezeiten „Tagträume“* durchspielt.

Jede Gesellschaft und auch schon jede Art von *Schwarm* entsteht durch wechselseitige Spiegelung, also einen teilautonomen „Prozessor“, als eine Art von „Selbst“.

Mit dem scheinbar zweckfreien *Spiel* gehen wir als Menschenkinder, und zumindest alle Säugetier-Kinder, noch einen Schritt zurück. Wir *lernen im Spiel gleichsam zweckfrei das Lernen* und bei sozialen Spielen auch das *vereinfachte Mitfühlen* mit den Spielern. Denn das Spiel trägt dazu bei, dass das *Gehirn* insbesondere der Säugetier-Kinder sich *komplexer* vernetzt.

Das Spielen setzt einen *geschützten Raum* voraus. Beim gemeinschaftlichen Spielen ist die *Gleichheit der Spieler* gesetzt. Spiele verlangen viel Zeit, *Kommunikation*, auch über die Köpersprache und *Nähe*. Bei geselligen Spielen bilden sich auch deshalb individuelle *Freundschaften*. Auch gibt man *autonom* sich einzelne Regeln, die man auch frei *verändern* kann.

Auf diese Weise komplexere Gehirne in der Kindheit zu entwickeln und sie dann als Erwachsene noch weiter umzubauen, bedeutet, sich in der jeweiligen hoch komplexen *Umwelt* besser zurechtzufinden und sie etwas besser zu *beherrschen*.

Mehr noch, die *Einheit*[1162] des so komplexen und sich ständig verändernden *Gehirns* wird damit zur Verkörperung der Idee des informativen und spielerischen *Selbst*.[1163]

---

1162 Siehe dazu den Sammelband mit dem Obertitel „Hirn als Subjekt?“, dazu etwa Krüger, Hirn, 2007, 61 ff.

1163 Siehe erneut Roth, Gehirn, 1992, 277 ff. (Es gebe kein „oberstes“ Denk–, Bewusstseins–, Wahrnehmungs– oder Ich–Zentrum.)

*Erwachsene* nichthumane Säugetiere spielen zwar weit weniger, aber, wie bei Ratten untersucht[1164], auch sie spielen. Ihr Gehirn verändert sich ebenfalls noch. So ist davon auszugehen, dass für den Menschen insbesondere der Ausbau der *Sprache* mit ihrer besonderen *Symbolik* der *Etikettierung* von Dingen und der *Beschreibung* von Ereignissen nötig war. Sie half unter anderem, Erfahrungen zu vermitteln. Wissen zu speichern, aber auch sich zu „unterhalten" und auf diese Weise entsprechende Kulturgemeinschaften zu formen. Außerdem konnte sich jeder Sprechende in den anderen spiegeln und sich damit selbst verfremden und „symbolisch" von außen begreifen. Aber auch das Sprechen irgendeiner Sprache beruht zunächst einmal auf der *spielerischen Imitation*.

4. *Tierische Spielregeln und individuelle Freundschaften mit Nächsten.* Zur Umwelt zählt auch die Teilhabe an der arbeitsteiligen Gesellschaft von Artgenossen und die Kooperations-Strategie[1165] der „*wechselseitigen Beherrschung*", also die Achtung, dass der Andere einerseits „Herr" seiner selbst und seiner Handlungen ist, aber andererseits auch ein von uns *abhängiger Diener* (etwa als sogenannte Dienstleister).

In diesem Sinne erklärt der Primatenforscher *Tomasello* die Entwicklung des menschlichen Denkens mit dem Ausbau der Kooperation.[1166] Man spricht auch vom *moralanalogen* Verhalten von Tieren.[1167]

Bei Hunden etwa ist das sozial-spielerische *Status*-Balgen und das Jagen *näher* zu beobachten. Die Spieler *wechseln* dabei ständig die Rollen von Siegern und Besiegten. Sie toben sich auch körperlich-sportlich aus und bauen damit zugleich Muskelkraft auf. Aber durch diese Nähe entsteht auch *Vertrauen*, man *riecht* sich und es bilden sich *individuelle Freundschaften*. Aber wichtig ist die *Gleichheitsidee* der Wechselseitigkeit, die im Wechseln der Rolle zu Tage tritt.

---

1164 Reinhold/Sanguinetti-Scheck1et/Hartmann/Brecht, correlates, Science 2019, 1180 ff. (Aus dem Abstract, Hervorhebung nicht im Original: "Evolutionary, cognitive, and neural underpinnings of mammalian play are not yet fully elucidated. We played hide-and-seek, an elaborate role-play game, with rats. We did not offer food rewards but engaged in playful interactions after finding or being found. Rats quickly learned the game and learned to *alternate between hiding versus seeking roles*.")

1165 Siehe aus der Sicht der Soziobiologie zu „Kooperation und Konkurrenz" zusammenfassend: Voland, Soziobiologie, 2009, 168 ff. (zum trade off, dem Tausch).

1166 Tomasello, History, 2014, 124 ff ("Human Thinking as Cooperation"); insbesondere 144 ff.

1167 Unter dem wirkungsmächtigen Titel: „Moral-analoges Verhalten geselliger Tiere": Lorenz, K., Verhalten, 1954. Ebenso etwa aus der Sicht der Physik: Dedié, Kraft, 2014, 171 ff (primitives genetisches "kollektives Verhalten bei Insekten"), 174 ff. (genetische Kooperation und "Kollektives und moral-analoges Verhalten bei Wirbeltieren").

Bei der Aufforderung zum Spiel zeigen Hunde eine *Unterwerfungsgeste*, die wir als Verbeugung beim Gruß kennen. Hunde künden also an, *friedlich* zu sein und sich an die Regeln zu halten, deren wichtigsten beide heißen, sich *nicht zu verletzten* (Schädigungsverbot, harm principle), sondern einander lustvolles Siegervergnügen (Freiheitsgewinn, persuit of happiness) zu bereiten. Auch bestimmte *Vogelarten* und wohl sogar *Reptilien* spielen.

Wir Menschen verbeugen uns gern vor dem Spiel gegenüber einander oder geben uns die Wehr-Hand. Damit zeigen wir eine *Demutsgeste*, die lautet: Wir wollen nur „spielen". Reptilien halten den Hals hin, um bei Konkurrenten eine Beißhemmung auszulösen. Hunde werfen sich auf den Rücken und bieten den verletzlichen Bauch. Wir humanen Wirbeltiere verfügen dabei nicht nur über dieselben Hirnstruktur, sondern leben sogar noch mit dem alten Reptiliengehirn, das für solche Funktionen mitzuständig ist. [1168].

[1168] MacLean, Mind, 1978, 308 ff., 326 ff.; MacLean, Dimensionen, 1983, 111 ff.; Montenbruck, Zivilisation, 2010, Rn. 731. Ausführlicher Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, Kap, 12 IV („Biophilosophie 2: Zivilisierungsproramme im „Ur"-Gehirn" schon beiden den Reptilien, „Nächstenliebe im Zwischenhirn…" der Säugetiere, die sich auch schon als Individuen erkennen).

## 2. Kapitel

## Rechtsanthropologische Folgerungen

### I. Grundspielregel der Wechselseitigkeit und der Verstoß dagegen; verkindlichter Mensch-Primat als Lust- und Glücks-Wesen

1. *Ethik der Spielregel.* Es bietet sich aber an, noch eine Ebene höher zu steigen. Der verkindlichte Menschen-Primat übt und pflegt die Kooperation sein Leben lang durch das ständige Spielen.

Wir lernen als Kinder und üben als Erwachsene ständig nebenher, etwa im *Sport*, die *Grundregeln* von Spielen überhaupt. Wir erkennen sie auch bei erwachsenen Hunden, die sich auf der Hundewiese gegenseitig jagen und kurzfristig unterwerfen.

So regiert das *gesellige* Spiel -als Kind und auch Erwachsener, etwa bei einem Brettspiel- die folgenden Prinzipien, die leicht als vielfältige Ausformungen der *Tauschethik* der „Goldenen Regeln“ und des „Tit for Tat“ zu erkennen sind:

- den *Gewaltverzicht* und
- das *spielende* Erleben des *lustvollen* Siegens und *frustrierten* Verlierens oder des kollektiv lustvollen Eroberns,
- das *Erlebnis* des möglichen oder auch ständigen *Rollenwechsels*
- und somit auch die *Gleichheit* der Spieler
- sowie das *Einfühlen* in die anderen Spielerrollen
- und auf diese Weise auch das Einfühlen in die *Individualität* des Anderen
- sowie das Erfahren seines eigenen *Spieler-Selbst*.

Auch bei *internen* Gedankenspielen üben und erfahren wir uns wild in *Rollen* und wir wissen dennoch, dass uns und den anderen Kunstrollen in diesem Schutzraum, einer virtuellen Blase, in Wirklichkeit nichts Gefährliches passieren kann.

Beim *individuellen* Spiel, auch beim Gedankenspiel, setzt man sich unter anderem mit *fiktiven Mächten* auseinander, die man unter anderem mit *Kreativität* aktiv zu „bespielen“ vermag. So bauen Kinder Dämme gegen die Flut. Oder man spielt Vater, Mutter, Kind für sich allein. Die Kinder befreien sich für die Zeit des Spielens vom niederen Status der Kinderrolle.

Diese Eigenschaften werden mit dem Spiel nur in *stress-entspannten Mußezeiten* eingeübt und *formen und erweitern* das Gehirn. Gespielt wird also vorrangig „um seiner selbst“ willen, es erscheint damit als ein (kurzfristiger) *Selbstzweck*. Das Gehirn dankt es mit Glückgefühlen. Die „Gratifikation“, also der Nutzen in der Außenwelt zeigt sich erst später und *nicht unmittelbar*.

Die *Autonomie* des Menschen ist beim Spielen und beim spielenden Denken am Größten.

2. *Moralität und Kriminalität*. Spiele formen also auch bei unseren eigenen Kindern *moralische Fairness-Prinzipien* unbewusst oder unterbewusst vor. Als Erwachsene und von uns als Menschen „bedacht“, werden sie zu *bewusst*-moralischen Grundsätzen für uns selbst, individuell und kollektiv. Aber die zunächst kindliche, dann rituelle Einübung in die *Grund-Spielregeln*, die des *Gewaltverzichts*, des *ständigen Rollenwechsels* und somit auch der *Gleichheit der Spieler*, sowie das *empathische* Einüben in die Rolle und die Individualität des Anderen und sein Selbst, *erschaffen* und *verfestigen* die Grundethik des Menschen.

Deren Einhaltung können wir aber auch und jedenfalls für uns selbst und bestimmte Situationen *verweigern*. Die Negation stellt ein wesentliches Element der Freiheit dar. Sie erschafft das Trotzkind, ist Teil jeden Handels und beflügelt auch den wissenschaftliche Diskurs.

Wir können auch *kriminell* ein „*anderes Spiel“* nach unseren „*eigenen Spielregeln“* spielen, und zwar allein *kriminell* mit List und Treubruch gegenüber anderen oder mit Drohungen *mafiös* oder mit Gewalt *terroristisch* offen. Damit verletzten wir die *Prinzipien des Spielens*.

Dass es daneben noch *situative* und *instinkthaft- unbeherrschte* Affekttaten sowie solche von Jugendlichen gibt, ist hierbei zunächst einmal ausgeblendet.

Das *Spielmodell* gilt relativ rein für die große Gruppe der Marktdelikte wie Eigentums-. und Vermögensdelikte und auch für die Wirtschaftskriminalität, aber es erfasst im weiten Sinne auch Raub- und Vergewaltigungsdelikte und Terrorismus mit. Denn mit jeden mit jedem Spiel geht in Sinne eines *Sozialvertrages* die Einigung auf dessen *Grundregeln* einher. Als Option anlegt ist die Spielmoral aber in jedem Mensch. Geübt wird sie regelmäßig gegenüber den Nächsten oder Freuden, die das eigenen Netzwerk bilden.

3. *Verkindlichter Mensch-Primat als Lust- und Glücks-Wesen.* Psychisch konnte der Kind-Primat Mensch nunmehr die Entwicklung und Befriedigung privater (narzisstischer) Lust- als Glückgefühlen *kräftiger* ausbauen. Säugetier-Kinder

sind erheblich emotionaler als Erwachsene, weil diese mit dem alltägliche Leben und Überleben beschäftigt sind. Der Menschen kann sich sogar regelmäßigen Rausch erlauben und betreibt auch suchtartig das Glückspiel. Rausch und Glück enthemmen und versetzen uns in eine *andere Welt*.

Kinder-Spiele verschaffen uns ebenfalls generell Glück- oder Lustgefühle und lösen im Erfolgsfalle eine Art von *Übermachtphantasie* aus. Der Glückspieler fühlt und meint das Schicksal beherrschen zu können. Das Schicksal aber sind die äußeren *Gesetze der Welt.* Die Machtspieler treten gleichsam in die Rolle des Alpha-Affen ein.

Das „sub"-humane Leben kann sich das *Spielerische* und das lustvolle *Glücksuchende* weit weniger leisten. Energie können, die Tiere, von denen wir uns mit *Aristoteles* abgrenzen, nicht im selben Maße spielerisch und auf der Glückgefühle suche verbraucht.

Zwar können männliche Vögel sich zum *Imponieren* ein schönen und buntes, *für Feinde* aber gut sichtbares Federkleid wachsen lassen, nach dem Motto, „seht her ich kann es mir erlauben - ich bin deshalb der Beste". Derselben Grund treibt wohlhabenden Kunstsammler und Kunstmäzene. Es gibt also auch in der Natur viele Arten des Kunstvoll-Schönen, die dann doch *mittelbar* einen evolutionären Sinn haben.

So spielen auch alle *Säugetier-Kinder* für uns erkennbar zur Vorbereitung auf das Leben. Aber dass wir auch als Erwachsene später derart v*erstärkt* „spielen" können, dass wir Sport treiben oder Kunst herstellen, nachdem wir nach und nach auch *genetisch unser Gehirn erheblich* vergrößert haben, ist der Beherrschung des *Feuers* zu verdanken.

## II. Homo ludens als besonders Kulturwesen

1. Aus dem Sich-Selbst-Unterhalten-Können entwickelt sich die symbolische *Lautsprache,* aus der alten Körpersprache der Mimik, die uns bis heute, vielfach unbewusst noch geblieben ist.

Spiele führen uns auch zu *technischen* Fähigkeiten. Aus dem bloßen Spielen mit *Symbolen* in der Freizeit konnten *mittelbar* auch die so besonderen humanen *Techniken* entstehen. Sie sind recht primitiv, aber sie funktionieren mit viel *Energie*. Das zeigt der Vergleich von Schiffen mit dem Fisch, von Flugzeugen mit den Vögeln oder von Computern mit dem Gehirn.

Mit dem kindlichen *Spiel*, der Gewaltfreiheit, dem Rollentausch, dem Einfühlen in den Anderen und das Erfahren seines Selbst, ist eine moralische Vorstufe aufgezeigt, die die horizontale Ebene betrifft, und zwar scheinbar um ihrer selbst willen und am Ende zum Ausbau des Gehirns.

Dass der Mensch in *besonders* hohem Maße mit sich und mit anderen „spielt", stärkt und pflegt nicht nur seine *besonders komplexe* Gehirnleistung. Auch umgekehrt verlangt ein solches kreatives Gehirn im „Leerlauf" ständig nach Spielen, (fast) nur um des Spieles wegen. Unterhaltung zu benötigen (wie wir es auch von vielen Haustieren kennen), heißt, nach symbolischen „Übungsspielen" zu verlangen, bei denen das Spiel, nicht die Übung im Mittelpunkt steht. Zwischen Spiel und Wirklichkeit, Fiktion und Realität, können wir *recht gut* unterscheiden. So üben wir mit dem Sport nicht vorrangig für den Nachbarschaftskrieg, sondern das Spielen.

Der Ruf nach „Brot und Spielen" bedient zwei Grundbedürfnisse des Menschen. Zum Spielen in diesem Sinne gehört auch die „Unterhaltung", die keinem besonderen Zweck dient und mit der alte oder unwichtige Geschichten „ausgetauscht" werden, etwa auch am abendlichen Lagerfeuer nach dem Essen (dem gut verdaulichen Abendbrot). Der Hintergrund für das Bedürfnis „Unterhaltung" besteht einmal mutmaßlich darin, dass der hochenergetische Mensch, der nicht zum Lebenskampf gefordert wird, *Energie* oder Dampf *zivilisiert* ablassen muss und sich dabei auch noch seiner Nächsten sicher sein möchte. Zum anderen übt er das *Einfühlen* in andere, sei es in der Kunst oder bei gesamten Sportmannschaften.

Mit einem Wort: Beim Spiel -und auch bei allem einfachen Spiegeln- geht es *vorrangig* nur um den dynamischen „*Austausch*" (die Wechselseitigkeit) als solchen.

Über das Spielen entstand intern eine neue Art von Kultur-Gesellschaft.[1169] Mit politischen rechtlichen Ritualen organisieren wir uns selbst.

*Wikipedia* und *Warwitz*/*Rudolf* erklären in diesem Sinne

„*kulturellen Systeme wie Politik, Wissenschaft, Religion, Recht usw. ursprünglich aus spielerischen Verhaltensweisen entwickelt (Selbstorganisation) und über Ritualisierungen im Laufe der Zeit institutionell verfestigt haben. Aus*

[1169] https://de.wikipedia.org/wiki/Homo_ludens#cite_note-2; Zum „Sinn der Spiele" Warwitz/Rudolf, Sinn, 2016, 36 ("Der Mensch braucht das Spielen"). 37 ff. (Beispiele und ihre jeweilige „Sinngebung")

*Spiel werde „heiliger Ernst“, und wenn sich die Regeln erst richtig „eingespielt“ hätten, seien sie nicht mehr ohne weiteres zu ändern und begännen ihrerseits Zwangscharakter anzunehmen“.*

Dabei belegen schon einmal die unterschiedlichen Sprachen und das Maß ihrer Veränderung, in welchem Umfange der Mensch auch noch insofern frei ist. Es handelt sich, auch bei den Sprachen, um Formen der humanen *Selbstbindung.*

Von außen betrachtet lebt in ihr ein Mensch-Primat, der die zusätzliche „Energie“ zu Abenteuern und zur Eroberung der Welt nutzte. Das *Spielerische* und das *Glücksuchende* des Menschen erlauben ihm in besonders hohem Maße zusätzliches „abweichendes Verhalten“, nützliches wie schädliches und damit auch kriminelles.

Auch die sogenannte „kriminelle Energie“ ist also zunächst tatsächlich auf die allgemeine besonders hohe *menschliche Energie* und deren *spielerisch-glücksuchende Umsetzung* gegründet. Der Mensch agiert deshalb im Vergleich mit anderen Primaten besonders *risikoreich.* Er wird zum Abenteurer, Eroberer und Glücksritter.

Nur ist es im *Spiel* und bei der reinen Glücksuche der *einzelne Mensch*, der so agiert und dafür einstehen muss. *Denn er konnte auch anders*.

Wer spielt, kann sein Spiel (relativ) frei steuern. Aber erstens kennt er die einfache Grundregel des: „Wie Du mir, so ich Dir“ an. Zweitens weiß er um die Spielregeln des jeweiligen Spiels. Und drittens kann er neue Regeln vereinbaren.

Kurz: Der Mensch trennt sich mit dem Feuer vom Tier und dieser Energieschub erlaubt es ihm, *zusätzlich* sowohl zum besonders *spielerischen* und nach (fast) bloß nach *Glückgefühlen* jagenden und in diesem Sinne freien *Ich-Wesen* zu werden. Spieler und Glücksuchende aber agieren *selbstverantwortlich.* Die Spieltheorie hat sich nicht umsonst zum Teil der ökonomischen Entscheidungstheorie entwickelt (Tit for Tat). Mit der *symbolisierenden* Sprache sammelt er *Wissen* und *Geschichten*.

Es entstehen ein kollektive Gedächtnis und ein kollektives Bewusstsein. Er verfestigt sie mit spielerischen *Riten.* Auf diesem Wege der Verfremdung wird er als Einzelner sich allem, und auch selbst und seiner Geschichte, *bewusst.*

## III. Evolution und Rang: die Hackordnung (*K. Lorenz*); hierarchisches Kleinrudel und nomadischer Schwarm

1. Zudem ist ein Schlaglicht auf das *Verhalten* und auf die Verhaltensforschung zu werfen. Menschenaffen-Gruppen leben in einem festen Territorium und treten meist nur in überschaubaren Kleingruppen auf,[1170] die vereinfacht betrachtet *hierarchisch* organisiert sind. Nach außen verteidigen sich die Gruppen kollektiv und aggressiv; sie benötigt also Aggressionen.

Wer intern die Rangordnung nicht einhält, wird *strafähnlich weggebissen*. Zugleich kann er es auf diese Weise aber auch schaffen, sich nach und nach im *Rang zu verbessern*, indem er seine Größe, sein Alter und viel Imponiergehabe einsetzt, aber sich auch mit Fürsorgeakten Koalitionen und Netzwerke schafft.

Vor allem männliche Junggesellen haben zudem die Familie zu *verlassen*. Sie werden gleichsam *verbannt* und notfalls wegebissen Sie bilden umherstreifende Junggesellen-Banden, bis sie rangniedrig in andere Gemeinschaften einsteigen.

Unter Vögeln spricht man von *Hackordnungen*. Eine solche Hackordnung hat schon *Konrad Lorenz* eindrucksvoll beschrieben[1171]:

*„In einer Dohlenkolonie herrscht eine sehr scharfe Rangordnung, eine Reihenfolge, in der ein Tier vor dem anderen Angst hat. Alpha hackt Beta, Beta hackt Gamma, und so weiter, bis hinunter zu einem aschenbrödelhaften Omega, das von allen gehackt wird und niemanden hacken darf.“.*

Aber: *„Wenn zwei beliebige Dohlen miteinander kämpfen, so wird mit einer geradezu reflektorischen Sicherheit jede in der Nähe befindliche Dohle in Kampfstimmung versetzt. Ist sie höher im Rang als die beiden Streitenden, so greift sie sofort in den Kampf ein, und zwar regelmäßig in der Weise, daß sie für den rangtieferen der beiden Kombattanten Partei nimmt*.“

Ranghöhere sorgen also in der Regel für *Frieden*, den *Schutz* der Rangniederen und *schwächen* dabei die Stärkeren. Hackordnungen organisieren und

---

1170 Sachser, Mensch, 2018, 17 f ( Hervorhebungen nicht im Original: „Viele Arten, insbesondere der *Primaten*, leben *dauerhaft in festen Gruppen*, die aus *mehreren erwachsenen Männchen* und *mehreren erwachsenen Weibchen* bestehen."), 23 ("… *acht bis zehn Millionen Jahre* zurück, so finden wir weder Menschen noch Schimpansen…jedoch eine inzwischen ausgestorbene *Affenart*, von der sich sowohl der Schimpanse als auch der Mensch herleiten lässt.")

1171 Lorenz, Verhalten, 1954. 4 f.

verfestigen auf diese Weise Herrschafts- und Friedenssysteme[1172] auf Zeit nach innen und verschaffen den Mitgliedern einen bestimmten *rechtsähnlichen Status*.

Auf diese Weise wird *nicht* der Menschen dem Tier gleichgestellt, sondern umgekehrt lassen sich *Vorstufen des menschlichen Rechts* im Tierreich erblicken.

Solche *Familienverbände* kennt wiederum auch der Mensch. Aber er kann sich offenbar von solchen einfachen Strukturen auch genetisch teilbefreit lösen und sie nur als *Subsysteme* nutzen.

Seine neuen *Feuer-Gesellschaften* musste er auch rechtsanalog neu selbst organisieren. Darüber kann man nur *spekulieren*.

Zwei (hochvereinfachte) *erfolgreiche Natur-Modelle* bieten sich ihm jedenfalls an, der große friedliche *Schwarm* und das kleine aggressive *Rudel*. Es sind bei den *Säugetieren* die friedlichen Großherden mit ihren Unterfamilien oder die überschaubare Hackordnung subhumaner kleiner familiärer, nach außen auch (aber nicht stets) aggressiver Primaten-Gruppen.

Art und Ausmaß unser menschlichen Eigenschaft zum Gehorsam und zum Hacken belegen das bekannten Folter-Simulations-Experiment von *Milgram*[1173] und das Stanford-Prison-Experiment von *Zimbardo*.[1174]

2. *Schwärme von Nomadenfamilien*. Welche Art von friedlicher Verallgemeinerung zu *Großgruppen* möglich ist, zeigt das Schwarmmodell, das selbst kleine und große Gruppen kennt.

---

1172 Zu offenen Systemen als Elemente der Freiheit siehe 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.

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).

1173 Milgram, Milgram-Experiment, 1974/1997, 30 ff.. Neubacher, Kriminologie, 2017, Kap, 11, Rn 3 ff.

1174 Zimbardo/Ruch, Psychologie, 1978, 249. Neubacher, Kriminologie, 2017, Kap, 11, Rn 11 ff.

Die Mitglieder von Schwärmen (Fische, Vögel, Insekten) oder auch Herden (von Säugetieren als Pflanzenfressern), also *Kollektiven ohne Zentrum*[1175], „üben" viel, das heißt, auch sie betreiben einander *imitierende Kommunikation* „als solche", auch wenn diese Akte den Mitgliedern insoweit *konkret* nicht von Nutzen sind.

Unter Menschen stehen Gesang und Rhythmus für die wechselseitige Imitation, Die Gemeinschaft als solche ist es, die sie dann pflegen.

Ein Schwarm im weiten Sinne ist dabei

„*ein Strukturmuster ... übertragbar auf die verschiedensten Felder: Kommunikationsverhalten, Bewegungsmuster, militärische Taktik, soziale Gruppenbildung, Formen politischer Mobilisierung bis hin zu schwarmartig kooperativen Formen der Wissensbildung im Web*."[1176]

Beim Vogel- oder Fisch-Schwarm genügt das passive blind-ethische-*Rücksichtnehmen.* Hinzu tritt die aktive *Anpassung* (Assimilation) an deren Verhalten, und zwar ohne die eigene Individualität ganz aufzugeben. Diese Anpassung ist von blind-sozialer Art und verlangt nach ständig rückkoppelnder Kommunikation. Insofern handelt es sich ebenfalls um eine Art von genetisch angeregtem „S*piegel-Spiel*" unter den Nächsten, allerdings zugunsten eines Gemeinwohls, an dem wiederum alle teilhaben

So existierten die vielen nomadische Kleingruppen, von Menschen, die jeweils auch ihre *Abstammung* mit Gründungsmythen pflegten und auf diese Weise eine Art von lockeren *Stammesbewusstsei*n entwickelten Außerdem trieben auch sie übergreifende *Tauschhandel* mit Schmuck, Kleidung und Handwerkzeug etc. Nomaden können nur wenig Eigentum mit sich tragen. Söhne und Töchter waren ihr Reichtum und bildeten mutmaßlich die Altersversicherung. Sie konnte man heiraten oder rauben. Aber Wissen muss, gewonnen, friedliche Unterhaltungskunst gepflegt und beides ständig tradiert werden.

Ein solcher Rückschluss von heutigen Nomaden auf den Feuer-Vor-Menschen (den homo erectus) bietet sich dazu an.

*„Achte auf den Nächsten!"*, heißt im schon im friedlichen *großen Vogelschwarm* der *Pflanzenfresser*. Lasse in der Enge genügend Raum, also

---

1175 Vgl. Horn, E., Schwärme, 2009, 7 ff., im Sammelband: „Schwärme - Kollektive ohne Zentrum: Eine Wissensgeschichte zwischen Leben und Information".

1176 Horn, E. Schwärme, 2009, 7 ff. , 8.

einen Freiheits-Status, und gleiche Dich ihm und seinem Lebensrhythmus an! Dazu musst Du nur mit Deinen jeweils räumlich *Nächsten* und sie imitierend kommunizieren. So hast auch Du Deinen kleinen Freiraum. Das gilt analog dann auch für *viele kleine* Nomadenfamilien untereinander.

Man hält Abstand und lässt sich, soweit es geht, Freiraum. So hat sich der Mensch relativ schnell auch über den Globus verbreitet, aber vermutlich die mythische Abstammung von Ahnen am Lagerfeuer gepflegt, sie gelegentlich mit anderen Gruppen an heiligen Orten *gefeiert* und damit auch das Potential zu sozialrealen *Großgruppen* in sich getragen.

Aber die Feuer-Vormenschen konnten und mussten mutmaßlich auch mit dem Egoismus und den Rudel-Eigenarten der *Raubtiere* in sich umgehen. Die zusätzliche Freizeit erlaubt zusätzliche Intrigen und Streit. Gewalt mussten sie nach innen mit höherer Gewalt im Sinne der alten *Primaten-Hackordnungen* der *überschaubaren* zum Teil eng verwandten Kleingruppen (und Machtkämpfe ritualisieren, auch über den Sport.

Aber es konnten sich in der neuen *Freizeit* ständig *neue Koalitionen* und Netzwerke bilden. Die *Politik* nahm damit ein zunehmend größeres Feld ein als schon bei anderen Primaten. Dabei bewegt die Politik sich *zwischen* dem friedlichen Schwarmmodell der gemeinsamen großen „Bewegung“ einer Herde und der strengen Hackordnung einer hierarchischen familiären Kleingruppe.

## IV. Höhere moralische Instanz (geistige Übereltern oder eigene Über-Ich-Vernunft) und durch politische Alpha-Tiere (auch als Demokratie)

1. Die nächste *These* lautet: Das Modell des Menschen als verkindlichtem Primaten, der auch als Erwachsener noch besonders spielerisch lebt, erfordert die ebenfalls spielerisch-geistige Konstruktion von eigenen *Übereltern*, die über die Kinder und auch deren Spiele wachen.

Die Vorstellung von *geistigen Übereltern* ergibt sich daraus, dass der Mensch im Vergleich zu anderen Primaten eine *Verkindlichung* erfahren hat und dieser Vorgang ihn nun nötigt, sich *geistige Übereltern* zu erschaffen, sei es die einfache Erinnerung an die (a) *verstorbenen Eltern,* (b) die *Großeltern* oder (c) an die mythischen Gründungsvorfahren und die Geschichten von den *Großeltern der Großeltern* einer bestimmten väterlichen oder mütterlichen Linie.

Hinzu tritt die verwandte Verbindung von *Schicksal* und *Willen*, die auch alle *Kinder* bereits von den Eltern oder ihren sonstigen primären „älteren" Bezugspersonen erfahren, mit *äußeren* Gegebenheiten, wie der *Sonne* und dem *Wetter*. Sie führen zu Vorstellungen von übermächtigen Geistern und Dämonen, die willkürlich mit dem kleinen Menschen Schicksal „spielen". In der Panik einer Naturkatastrophe wird man leicht wieder zum *Kind*, individuell und kollektiv. Im der Not folgt dem Herdentrieb. Im Zweifel über die Herkunft der Übermacht glaubt man priesterlichen guten Hirten,

Säkular sind etwa reale *kluge Ahnen* und *Gründungseltern* von *Verfassungen* oder Götter mit einem heiligen Geist, der die *Natur* beherrscht oder gar selbst erschaffen hat, und dessen Wesen und Wollen uns meist von realen menschlichen *Propheten* übermittelt wird. Oder aber wir sehen uns durch eine von uns selbst geschaffene, letztlich *eigene höhere Vernunft* überwacht. Die Vernunft stellt scheinbar eine nicht personalisierte Idee dar, aber wir sehen auch sie doch gern in *Propheten*, wie *Aristoteles* oder *Kant*, verkörpert. Argumentativ binden wir uns an deren geronnenen und allgemein hoch gehaltenen (der Bibel ähnlichen) Schriften.

Dabei sind die ständigen *religiösen Bezüge* aus mehreren Gründen zu wählen. Zu vermuten ist, dass die ersten mutmaßlichen Jäger- und Sammler Kulturen, die Tierherden folgten, mit ersten Ansätzen zu *Ahnen*- und *Naturreligionen* verbunden sind. So gibt es auch heute noch viele nichtwestliche Zivilisationen, die nicht zwischen Vernunft und Religion trennen.

*Erkennt* und verinnerlicht der prometheische Mensch, der der Natur mit festen Häusern trotzt, die *Weisheiten* der Natur, so werden sie zu seiner *eigenen Vernunft* und zu seiner *Macht-Willkür*. Erst die geschützte *Stadt* trennt den Menschen von der schicksalhaften Natur und der Idee von der Macht von Naturgeistern. Zudem zählt auch die mittelalterliche Idee von der Ableitung der weltlichen Herrschaft aus der Religion und auch deren Zähmung durch die religiöse Ethik zu unserer westlichen Tradition. So galt *Vernunft* im Hochmittelalter noch als ein Teil des Wesens Gottes. Der Mensch wiederum galt und gilt den Christen immer noch als Gottes Ebenbild (imago dei). Schließlich aber stecken auch die heutigen säkularen Verfassungen noch voller *Freiheits-Metaphysik*, die es offenzulegen gilt.

So müssen die Naturalisten sich mit dem *empirischen* Phänomen der Religiosität auseinandersetzen, das ihnen die *Ethnologen* anbieten. Auch *Kant* bekennt sich offen zur Metaphysik und spricht von einer *Vernunftreligion*.

Metaphysik bildet zwar offenbar eine humane Konstruktion (Religion, Fiktion, Illusion, Kultur). Aber die Natur selbst hat die Fähigkeit zum *Symbolismus* nicht

nur, aber in besonderem Maße dem Menschen verliehen. Sie ist eng mit dem erkenntnistheoretischen *Problem* der *Letztbegründung* verbunden. Diesem *Münchhausen*-Trilemma suchen die Naturalisten gern mit kleinteiligem *Fach-Pragmatismus* zu entgehen. Zugleich jedoch setzen auch sie letztlich (auch historisch) an die Stelle von Gott und seiner Schöpfung die Natur und auch die *Vernunft* von deren *Gesetze* absolut.

*Umgekehrt* gilt auch, dass der Mensch *selbst* im Laufe der genetischen Evolution seiner Befreiung von Instinktgesetzen mehr und mehr „Weisheit und Macht-Willkür" ansammelt. Sie lässt sich im *Konsens* mit den anderen *verallgemeinern* und zudem mit Symbolen und Bildern (Metaphern) von geistigen Personen verbinden. Dann kann der Mensch sie auch vollends von sich weg und nach außen verlagern. Auf diese Weise kann er in seiner *Freizeit* wieder in die Rolle des lediglich spielenden *Kindes* schlüpfen und zudem dessen mythische Welten mit besonderen Riten pflegen.

Zudem kann er auf diese Weise auch bildhaft die *Gewalt*-Herrschaft seiner politischen Alpha-Menschen *begründen*. Das muss er auch, weil die Menschen von den Unterwerfungsinstinkten (teilbefreit) sind und sie auf diese Weise *Herrscherrechte* mit einer vernünftig-fiktiven *Ableitung von Höchsten* oder vergeistigten *Übereltern* erklären müssen und können. Heute sprechen wir etwa von der Herrschaft des Rechts und sehen die Rechtspersonen, einschließlich der verfassten nationalen Rechtsstaaten, als solche, die sich dem Recht *unterwerfen*. Das Recht wiederum entstammt dem Überideen-Paar der „Demokratie" und der „Vernunft", die beide in einer lebendigen „Rechtskultur" ihre Ausformung finden.

## V. Humane Wahlfreiheit und Verbund der möglichen Vor-Rechtsstrukturen: Friedensstaat als Herden-Volk mit aristokratischer Rudelelite

1. Für den Menschen sind also zumindest drei *soziobiogische* Grundmodelle im Angebot. Zwischen ihnen kann und wird der Menschen mehr oder weniger frei wählen, und er wird sie dann auch mit einander *verbinden*.

Er wird sie entweder wählen, weil er klug ist, *oder* aber er wird aus genetischen Gründen dazu geneigt sein, weil auch alte Vorfahren sie verwendet und ihren Genen festgeschrieben haben. *Oder* aber diese Modelle entstammen letztlich der *Physik*, und alle Lebewesen sind deshalb zu ihnen genötigt, was auch gut möglich, aber hier nicht zu überprüfen ist. Sie stellen zumindest aus systemischer Sicht zumindest Formen der Selbstorganisation dar.

In jedem Falle hat die sogenannte subhumane Natur diese Modelle lang und gut *erprobt*. Wie immer ist in der Praxis „im Zweifel“ davon auszugehen, dass alle vier Gründe eine Rolle spielen, und dass man sich vorsichtiger eher über den *Vorrang* streiten sollte.

Es ist erstens die Idee vom spielenden, dem kreativen und fingierenden *Kind-Primaten* (homo sapiens als homo ludens). Diese Art der an sich *kindlichen Freiheit* ist in besonders hohem Maße dem Menschen eigen. Hinzu tritt die Idee vom Mitglied in einer *rituellen Hackordnung.* Sie finden wir in dieser Form in den Kleingruppen. Die Großgruppe des Stammes oder des Volkes bildet eine Art von Schwarm (oder Herde).

Besonders ist für Primaten nur, dass der „instinktarme“ und spielerische Mensch sich auch von der Kleingruppe und ihren festen Unterwerfungsriten auch *lösen* kann. Er spielt dann auf dem politischen Forum mit verschiedenen Parteien die politischen Richtungen aus. Er ist ein Generalist und kann die *Klein-Familien* zum *nationalen (Herden- oder Schwarm- oder Volks-) Staat* verallgemeinern.

Sein Wesen lässt sich mit altbekannten Metaphern beschreiben. So ist der Mensch zunächst einmal ein Kleinfamilien, wie andere Primaten. Dann aber ist er auch ein Herdenwesen und mithin ein friedliches Schaf, wie es auch das Christentum gern sieht, um den Pastoren und Bischöfen mit dem Hirtenstab ihre Führungsrolle zuzuweisen. Als Schaf will es sich vor allem ernähren und in Kleinfamilien seine Kinder groß ziehen. Aber es sucht auf freier Wiese, wenn möglich auch den große *Herde*.

Aber der Mensch ist im Sinne von *Hobbes* auch sein eigener Rudel-Wolf. Deshalb ist das Herdenmodell mit der aristokratischen Herrschaftsidee der Hierarchie zu verbinden. Schon die Vorstellung von der evolutionären Selbst-Domestizierung der Menschen führt zum Bild des Alpha-Hausherrn. So ist der Mensch nicht frei „Schaf“ und „Wolf“ zu sein, sondern er ist auch sein *eigener* sich selbst bewusster „Hirte“. Als solcher setzt er auch seine wolfstämmigen Schäferhunde ein, um die Wölfe unter den Menschen im Zaum zu halten. Aber auch unter den Hirten gibt es Wölfe.

Zum Hirten und seinem Volk gehört also eine *Rudelelite* von gezähmten Wächter-Raubtieren. Daneben gibt es (a) freie Raubtieren, die sich auch im Volke „im Schafspelz“ verstecken und (b) Schafe, die sich auf der Suche nach „Glück“ verirren sowie die (c) die risikobereiten Jugendlichen, die aus „egoistischem Trotz“ und genetischer Notwendigkeit ihre Eltern-Familien verlassen und sich gesondert zu neuen Kleinfamilien zusammenfinden.

3. *Größerer Stamm mit Rudelelite*. Feste *Höfe* und *Burgen* brachen auch bei homo sapiens erst spät die *lockeren* Siedlungsformen der wenigen Menschen auf, die mit recht lockeren mythischen Stämmen als Abstammungskulturen verbunden waren. Erst mit der *Enge* der Besiedlung und der *Sesshaftigkeit* gab es *abgegrenztes* Eigentum und das Interesse am kollektiven Krieg.

*Klöster* und *Städte* veränderten dabei auch die ländlichen-adeligen Gebietskulturen. Die *sozialreale* Zwischen-Stufe zwischen großem Schwarm und kleinerem Rudel bildeten dann vermutlich die lockeren *Stämme* (Sippenverbände, Clans, tribes), die sich über die *gemeinsame Kultur* einer recht *mythischen* „Blut und Boden"-*Abstammung* definieren und die später vor allem *ländliche* Wirtschaftseinheiten waren. Genetisch betrachtet erweist sich deren familiäre Verwandtschaft als *relativ gering*. Schon *Fremdheiraten* führten dazu. Junge Menschen, Händler und Eroberer wanderten zudem schon immer.

Dennoch gab es mutmaßlich schon früh die *erweiterte Solidaritäts-Ethik* einer *vergeistigten Ahnenkultur* der Abstammung, und zwar überwölbt von derjenigen der *Rudel-Herrscher-Gruppe*, matriarchaler und patriarchaler Art. Unterhalb dieser Gruppe gibt es die vielen „liberalen" *Kleinfamilien*, die nach außen grundsätzlich eher *friedliche* Wirtschaftseinheiten darstellten. Ihr Streit um Macht und Rang wird von der *kriegerischen* Machtelite geschlichtet, die damit zugleich ihr „nationales" Gewaltmonopol sichert.

Die Art der Mischung der *beiden biologischen Grundmodelle* von friedlichem Groß-Schwarm und räuberischem Klein-Rudel im „Stamm" kann dann als eine Art von nationalem *Ur-Verfassungsrecht* gelten. Dessen konkrete Ausgestaltung ist dem freien kindlichen „Spiel" vorbehalten (Rechtpositivismus). Vereinfacht handelt es sich bei der *Demokratie* um „Friedensstaaten als Herden-Volk mit gezähmter aristokratischer Rudelelite".

Was fehlt ist die Frage nach einem *universellen* Modell als Ablösung der *räuberischen Versklavung* von Menschen im Sinne einer *Nutztiererhaltung*, also der *Verweigerung* eines Rechtsstatus. Die Anerkennung *aller Menschen* als Rechtsträger führt erst zu allgemeinen Menschen- und Frauenrechten. Erst sie verrechtlicht die *Seelen-Idee* der Menschenwürde. Methodisch eng verwandt ist die Seelenidee mit dem Oberbegriff des (Sub-) *Systems*.

Zuvor gab es nur, aber immerhin *neben* dem irdischen Recht die *religiöse* Idee der Seele. Zudem konnte jeder Freie auch versklavt werden und jeder Sklave befreit werden.

4. *Folgerungen*. So konnte der homo sapiens als der spielerische Kind-Feuer-Mensch nach und nach seine *besonderen* Fähigkeiten ausbauen, und zwar in

Anlehnung an *Tomasellos* Thesen: „*Human culture… a high degree (and new forms) of cooperation*“ mit dem Tit for Tat-Klammerzusatz *„with social selection against cheaters“.*

- Über die genetische Kleinfamilie hinweg entfaltet der verkindlichte Kind Primat Mensch wohl nach *innen* mythische Übereltern-Ahnenstamm. Nach außen unterhielt er mit realen Nächsten-Kleingruppen, vielfach mit gleicher mythischer Abstammung und sprachverwandt, eine lockere friedliche *Herden*-Kommunikation und Kooperation, etwa zur Heirats- und zum Tausch und dank der Wanderungen (in and out of Africa) gab es meist genügend Raum für alle. Man lebte lange in Einklang und im Kampf mit den Tücken der Natur.
- Der Mensch suchte *zugleich* aber auch sein von Hackordnungs-Instinkten teilbefreites (!) *hobbessches* Rudel-Raubtierwesen fortentwickeln und es zugleich selbst und bei Bedarf auch mit komplexeren *aristokratischen Hackordnungen* zu zivilisieren. Bei Notlagen bedarf es *Anführer*, bei Verletzungen der *Heiler* und bei unbekannten Ereignissen der *Schamanen* und des narrativen Rückgriffs auf Traum- oder Geisterwelten und auf Worte großer Überelter-Ahnen, die Ähnliches mit Geschichten erklärt haben. In jedem Falle ging es (und geht es immer noch) um den konkreten *Ausgleich* und der Suche um eine ideale Ordnung.
- Für größere (zumindest bei neusteinzeitliche) Gruppen konnte und musste der Mensch im Sinne *Gehlens* wegen seiner teilweisen Befreiung von genetische Gesetzen seine *eigene normativen* Fähigkeit zeigen. Er konnte sie im Sinne *Platon* als Wahlfreiheit zwischen wenigen Verfassungs-Grundstrukturen nutzen und diese in der Praxis kombinieren. Dabei hatte sein besondere *Politik*fähigkeit zu entwickeln und einzusetzen, die wiederum auch nur eine Art von kunstvoller Kooperation samt Kommunikation darstellt.
- Der Mensch musste sich spät erst vom Lagerfeuer und den Höhlen, damit vom Gleichklang mit der Natur lösen. Mit dem Ackerbau und Viehzucht und mit dem *Haus* im Sinne des *Prometheus* befreit er sich *selbst* von der unberechenbaren *Natur* der Außenwelt. Aber auch damit verwendete er nur das so erprobte alten (vorkindliche) Embryo- *Ei-Nest*-Modell. In dörflichen Haus-Gemeinschaften, mit Vorräten und mit festen Tempelstätten konnte er sich mit der Weiterentwicklung von Werkzeugen, mit Wissenschaft und mit Kunst beschäftigen. In den Städten war er dann in besonderem Maße geschützt, er konnte organsierten Fernhandeln betreiben und benötigte Zahl und Schrift zur Verwaltung und dem Erhalt seines Wissen.
- So konnte der Mensch, wie die *aristotelischen* Bienen, aber anders als sie, von festen genetische Strukturen befreit auch künstliche „Haus-Stadt-

Staaten“ mit verschiedenen *sozialen Standartrollen* und mit markierten territorialen Grenzen errichten.

- Alle diese Fähigkeiten und auch die empirisch so erprobten Grund-Modelle zusammen, erlauben dann auch seine weitere Vermehrung und den festen Verbund der Städte über Verkehrswege zu gesamten Volks-Staaten.

Auf dieser lockeren Herden-Ebene bildeten sie heute eine Vielzahl von Schwarm-Stämmen oder nunmehr Nationen. Die Vereinten Nationen schließlich werden vereinfacht regional von Großvölkern oder Staaten mit einem Alpha-Führungsanspruch und mit internem Vetorecht dominiert.

Die Verhaltensforschung erlaubt immerhin solche Tier und Mensch übergreifenden Überlegungen der *Organisation* von Gemeinschaften, und die Ethnologie steinzeitlicher Stämme etc. hilft auch dabei. Die *Genetik* drängt sie einerseits auf.

Aber andererseits erscheint der Mensch nach allem auch als ein (teilbefreiter) kindlich-freier *Spieler-Primat,* als ein instinkt-reduzierter Wirbeltier und Ordnungs-*Generalist,* der seine *Verfasstheit* den äußeren Umständen „selbst“ anpassen kann, und zudem als besonders *empathisches Säugetier*- und ein ebenso besonders grausames *Rudelraubtier*.

## 3. Kapitel

## Kriminalitäts- und Straftheorie (Haupt-Thesen)

### I. Kriminalität: Verstoß gegen Spielregeln, gegen die Hackordnung und den Schwarmfrieden

1. Hoch vereinfacht kombinieren wir Menschen zumindest drei natürliche Modelle:

- den *ethisch-spielerischen* Kinder-Ansatz (Rollen-Freiheit)
- die alte auf den sozialen Status ausgerichtete interne Kleingruppen-Gewalt- als *Hackordnung* (aristokratische Ordnung) und
- den kollektiven friedlichen Volksschwarm (empathische Solidarität).

Die *Verstöße* gegen (a) die Grundsätze des kindlichen Rollens-Spielens (aller Säugetierkinder), gegen (b) die Hackordnung der Erwachsenen (auch schon geselliger Vögel) und (c) gegen die Solidarität (von Großschwärmen) stellen bei uns Menschen die *Kriminalität* dar.

Solche Akte begreifen wir als unmoralisch im einfachen Sinne von (a) *unfair*, sie gelten uns auch (b) als *ungehorsam* und erscheinen uns (c) als *unsolidarisch*. Diese Verstöße stellen aus biologischer Sicht natürliche, aber zumeist nur *kurzfristig* nützliche *gen-egoistische,* also *unkooperative* Aggressionen dar.

Das fiktive freie Spielen und seine Grundregeln kennzeichnen den politischen Liberalismus mit seiner *Vertragsidee* und dem Grundgedanken der *freien Entfaltung der Persönlichkeit* (Art. 1 I, Art. 2 I GG). Die Hackordnung entspricht der hoheitlichen *Staatsidee* mit ihrem *Gewaltmonopol* und der vagen *Werteordnung* (Art. 20 GG). Diese beiden Denkweisen sind also in anderer Form bekannt. Die liberale (des Spiels) und soziale Idee (der Hackordnung) finden wir nun auch schon in diesen beiden anthropologischen Grundmodellen. Auf diese Weise stützen sie sich gegenseitig. Hinzu tritt die ganz große Herden-Verallgemeinerung zu großem lockeren *Kulturgruppen*, wie der westlichen oder gar der *gesamten Welt* der Freiheits- und der Menschenrechte, verankert auch in Art. 1 I und II GG, Art. 24 II GG.

2. Den Kerns des individuellen Rechts ergibt sich dabei aus der Dialektik von „Freiheit und Sicherheit“. Die friedliche Solidarität stellt eine *ideale Überidee* des Friedens und der mitfühlenden Fürsorge dar. Sie verbinden wir mit der (auch göttlichen) Barmherzigkeit und der Gnade. Sie dient uns als *Korrektiv* des Rechts. Die Kirchen und die weltliche gemeinnützigen Organisationen fördern sie. Sie sind auch in Deutschland im Sozialstaatsprinzip verankert ist. So stellt

auch die *Demokratie* noch eine Form der *Herrschaft* dar, die anders als der ideale Schwarm noch mit einem politischen Machtzentrum verbunden ist.

Deshalb ist vorrangig auf die ersten beiden Modelle zu blicken. Deren Doppelziel ist es dann, (a) *statisch* den solidarischen Frieden und die allgemeine Rücksichtnahme aller mit allen anzustreben, aber dabei auch (b) *dynamisch* ständige Veränderungen zu gewährleisten:

2. So bildet das „kreative Spielen“ mit Möglichkeiten auch eine *Grundform* der *Evolution der Natur* insgesamt. Die *Selbsterhaltung von Systemen durch Selbstorganisation* stellt eine zweite dar. In der naturalistischen Welt sind sie beide zumindest analog zum klassischen Dualismus von Freiheit und Fremdbestimmung miteinander vermengt und können nicht ohne einander aus kommen. Insofern erweist sich der Mensch als „Abbild der Natur“ (imago naturae), wie es übrigens auch schon *Thomas von Aquin* als Teil seiner menschlichen Dreifaltigkeitslehre verstanden hat.[1177] Der Mensch spiegelt oder repräsentiert die (äußere) Natur, wenngleich unvollkommener Weise in oder mit seinem Gehirn.

Aus der Sicht der deutschen Straftheorie stecken beide Ansätze in den beiden großen Strafideen, der spielerischen *Tatschuldvergeltung* als solcher, der Prävention im Sinne des Schutzes der nationalen *Gesellschaftsordnung* und der Barmherzigkeit oder auch mitfühlenden *Humanität* bei der Umsetzung. Wir arbeiten also schon lange mit allen drei Grundgedanken.

3. Für die Strafe ist nun zu trennen:

Die *Schuld-Strafe* wegen des Verstoßes gegen die Grundregeln des *Spiels* erfolgt durch eine höhere moralische Instanz (geistige Übereltern oder die eigene Über-Ich-Vernunft). Ihnen gegenüber hat sich der „kindliche“ Delinquent zu „verantworten“. Im mündlichen Prozess verkörpert der Richter stellvertretend die Vernunftrolle der gerechten und humanen demokratischen Wir-Übereltern. Aufgrund seiner freien Überzeugung und der von Denkfehlern freie an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlich (§ 261 StPO) erfolgen seine „kommunikativ-expressiven Urteilssprüche“.

Die *Ungehorsam-Strafe* wegen des Verstoßes gegen die *Hack- als Status- und Werteordnung* führen die *realen* politischen Eltern-Alpha-Tiere (auch als Vertreter der Demokratie) aus, und zwar zumeist als *kurzfristiges Lernen durch*

[1177] Aquin, Summa theologica, 1273/1953, Buch I, 93, 9. ("Imago dei est triplex, scilicet naturae, gratiae et gloriae"). Dazu in seiner „Theologische Anthropologie“ ausführlich Pröpper, Anthropologie, 2016, 221 f.

*Schmerz* (Geldstrafe), auf Dauer durch *Vertreibung* (Freiheitsstrafe). Es ist der Stab des Hirten, das Schwert des Königs, der Verbund von Rute und Beil im alten Rom. Aber auch der *Richter* verkörpert eine überhöhte Rolle, sie verwebt auch heute noch beides: die sozial-reale Macht der Alpha-Tiere und das vergeistige höhere Vernunftrecht eines Rechtstaates

Der Angeklagte hat sich zudem vor Gericht in eine unterwürfige formale Rolle und in eine alles verfremdenden Rechtwelt, samt deren Sprache, zu begeben. Er kann und muss sich durch professionelle Rechtsvertreter verteidigen lassen. So wird er also selbst entmündigt. Dabei hat er Demutsgesten zu zeigen und sich dem Urteilspruch zu unterwerfen oder er muss gesonderte Zwangsmaßnahmen erleiden. Nur so allerdings vermag auch die menschlichen Richter einigermaßen „neutral" und geschützt zu bleiben, und eine schuldgerechtes und auch humanes Urteil finden.

Hinter dieser Trennung steckt eine Art von post-mittelalterlicher *Zwei-Schwerterlehre* (Moralität und Legalität). Aber die Menschen wollen stets „Gerechtigkeit", und zwar mit Milde und Weisheit (oder human) ausgeübt. Auch die Könige hatten sich noch im Jüngsten Gericht vor dem dreifaltigen Gott zu rechtfertigen, die chinesischen Kaiser vor dem Himmel. Erfolgreiche Aufstände waren ihre irdische Strafe (vgl. auch Art. 20 IV GG). Insofern ist die demokratische Strafe zwar auch, aber nicht nur eine sozial-politische *Erziehungsmaßnahme.* Sie ist immer auch auf „unfaires" Verhalten ausgerichtet, den Verstoß gegen die *Grundspielregeln*.

Psychologisch betrachtet sind beide Ansätze in uns selbst und damit in unserem *Selbst* angelegt. Sie spiegeln und stabilisieren zugleich unser schwankendes Inneres. Es schwankt eben auch zwischen *Freiheit* im kreativen Spiel, auch dem inneren spielerischen Nachdenken und der *Unterwerfung* unter eine soziale Hackordnung.

Die empathische Strafe bedient -zudem- einerseits das Gerechtigkeitsgefühl der mit dem Opfer fühlenden Allgemeinheit samt der Rechtsverletzung, die auch jeden selbst betrifft, unter anderem deshalb, weil derartigen eigennützige Aggressionen den Rechtstreuen verwehrt. Anderseits bestimmt das Mitgefühl mit dem Verurteilten als Mitmenschen vor allem die Art und dem Umfang der konkreten Strafe. Denn ganz „tit-for-tat blind-neutral kann und soll das menschliche Recht auch sein. Das Recht muss vom Gericht „in Ansehung" des der Tat beschuldigten Mitmenschen erkannt, und zwar auch von Richtern als Mit Menschen gesprochen und es muss später auch von Mitmenschen vollzogen werden (können). Die Humanität entspringt dem Familiengefühl der Nächsten und Freunde, die schon soziale Säugetieren zeigen.

Statt von Mitmenschen kann man auch im liberalen Sinne von *Mitbürgern* ausgehen und ein entsprechendes nationales Bürgerstrafrecht (von Bürgern, an Bürgern und durch Bürger) einfordern.

## II. Willensfreiheit als Spielfreiheit, Moral als Spielethik

Aus allem ergibt sich bereits die weitere These,

- dass die *besondere Spielfreiheit* des homo sapiens als homo ludens eine *anthropologische* Grundlage für die Idee seiner *Willensfreiheit* darstellt.

„Kreativ frei zu sein", finden wir dann zunächst einmal ohnehin in *jedem System* angelegt, das im Sinne der Evolution aktiv und passiv mit *trial and error* arbeitet und das sich dazu und danach immer wieder selbst, und damit sein Selbst, neu *organisieren* muss.

Das Kindliche der reinen *Gedankenfreiheit* bildet die Freiheit „von" den Zwängen im Vergleich mit den erwachsenen äffischen Primaten. Hinzu tritt die Freiheit „zu" kreativen Lösungen. Dazu zählt zunächst die alte *geistig-theatralische Fähigkeit* sich *mythische Welten* und festes *Riten* im Sinne der *Ahnenverehrung* und der *Naturreligionen* zu erschaffen, und *sich* in diese Welt selbst mit einzubinden. Alles ist beseelt. Ihr folgt später die Einsicht in die eigene (städtischen) Schöpferfähigkeit. Der Mensch kann sich eigene bauliche Binnen-Welten gestalten und er kann sich ein *bürgerliches Rechtswesen* mithilfe der sittliche Seite der *eigenen Vernunft* ausbilden. Er kann Handwerk ausbilden und Fernhandel treiben und sich dazu von der zumeist ländlichen Raubtier-Aristokratie und deren lokalen Alpha-Tier-Hackordnung befreien. Er kann sich kooperative Verwalten. Aber nur der frei geborene Mensch kann Bürgerrechte erhalten. Nur der Mensch verfügt dank seiner Vernunft über eine besondere Menschenwürde-Seele. Die Ideen der Herrschaft und der Ordnung bleiben auch ein Kern der bürgerlichen Demokratie, aber man kann mit ihnen im Sinnen von freien Wahlen und theaterähnlich in den Parlamenten „spielen".

Beim *geselligen* Spiel unter Kindern von Säugetieren regieren, wie oben schon angemerkt, die *moralanalogen* „Prinzipien des Gewaltverzichts, des ständigen Rollenwechsels, und somit auch der Gleichheit der Spieler sowie das Einfühlen in die Rolle und die Individualität des Anderen und seines Selbst.

Dagegen kann man zwar auch verstoßen, muss dann aber damit rechnen, dass man beim nächsten Mal nicht mehr mitspielen darf (tit for tat als erfolgreiche Strategie der Spieltheorie).

In der Regel aber halten sich Spieler an diese Grundsätze. Denn nur so ist das gesellige Spielen *möglich* und auch -langfristig- zur Einübung (etwa in den Gehirn-Netzwerken) sinnvoll.

Ähnliches findet abgeschwächt auch im *Entscheidungsprozess* statt, wenn der *vernünftige* Mensch -innerlich oder auch kollektiv- alle Möglichkeiten und Sichtweisen „durchspielt", bevor er sich entscheidet.

So veranstaltet der denkende Mensch seine *eigenen* „Trial and error"-Spiele, und zwar entweder *geistig-fiktiv* im Vorwege oder danach zur Korrektur.

Zumindest soweit das Spielen *zweckfrei* ist, ist es wirklich frei. Soweit das Spielen dennoch *langfristig* dazu dient, besonders kreativ und technisch-spielerisch mit den biologischen Anforderungen des Alltags umzugehen, ist es dann zumindest als *scheinfrei* zu bezeichnen.

Wichtig ist aber beim Spiel, dass es von einem *Nutzen* soweit als möglich *abgekoppelt* erscheint. So kann man zwar die Kunst, etwa das Schauspiel, als ein nützliches Einüben in das Menschliche verstehen, aber sie bildet für uns vorrangig einen *luxuriösen Selbstzweck* für die *Sinne*. Man kann auch den professionellen Sport als Vorbereitung für den Krieg begreifen und nationale Wettkämpfe zugleich auch als dessen Zivilisierung. Aber uns erscheint auch der Sport vorrangig als ein Spiel, das dem Betrachter zur *Unterhaltung* dient. Auch der Künstler oder Sporttreibende übt seine Tätigkeit vorrangig aus, weil sie ihn selbst befriedigt, ihn glücklich macht und dazu dem Lebensunterhalt dient.

Die jungen Menschen ohnehin und auch noch die erwachsene menschlichen „Spiel-Kind-Wesen" bereiten sich zwar letztlich mit allem *Spielen* auf den Lebensalltag vor. Aber wichtig bleibt auch für das erwachsene Kind-Wesen Mensch, dass er die *vielen Möglichkeiten* in seinem Gehirn, auch kollektiv mit anderen, bewusst „durchspielen" kann, vorher und nachher. In seiner *Phantasie* steckt seine Freiheit.

Das Spielerische und die Selbstorganisation des Menschen finden wir in der Idee von der Autonomie und der freien Entfaltung der Persönlichkeit, und auch im *Unrechtsbewusstsein* (§§ 17 ff. StGB) und dem daraus folgenden *Schuldvorwurf*. Der Täter kannte das Unrecht, er hätte, weil im Willen frei, auch *anders handeln* können. Solche „kindlichen Täter-Spieler" sagen, *weil ich gegen das Recht verstoßen kann, tue ich es auch*. Aber sie müssen eben auch nicht so handeln.

Im Spielerischen besteht zudem der bloßen *Verstandesteil* (ratio und kreativer Geist) der menschlichen Vernunft. Der (sittliche) bewertende und richtende Teil der Vernunft ergibt sich dann daraus, dass der *Kind-Mensch* sich zur Selbstkontrolle von *geistige Alpha-Übereltern* erschafft. Sie sind unerforschlich, aber in ihrem Sinne gerecht und auch mitfühlend. Deren Wesen reflektiert jedes Kind dann auch selbst. Als geistig sittliches Wesen hat der Stadtbürger deren Art und Aufgabe zwar verinnerlicht. Aber er erschafft sich im Kollektiv gesamten Wissenswelten und politische Verfassungen, die er dennoch gern auf *Gründungsväter* und -mütter zurückführt.

In diesem Sinne füllt der spielende Mensch seine Muße oder auch Freizeit mit dem Spiel „als solchem" aus. Es sind spielerische Spiegelungen des Selbst, der Anderen und der Welt und sonstige (performativen) Darbietungen, ohne zumindest kurzfristigen- Zweck. Sie bildet eine Art von individueller oder auch kollektiver *Selbstorganisation* an sich.

Umgekehrt nutzt der Mensch aber das *forensische und sportliche Schauspiel* dann auch für seine Politik auf dem Forum und für sein Prozessrecht. Er überformt und verfremdet die Ausübung von Macht also mit spielerischen Elementen. Sie allerdings kennen wir auch bei *genetisch* vorprogrammierten rituellen, aber ansonsten individuellen Schaukämpfen in der (nicht humanen) Natur.

Neu im Vergleich mit Menschenaffen und allen anderen komplexeren Tieren ist die *spielerische Freiheit* des Menschen zur autonomen Rechtsetzung als bunte binnenkulturelle „Spielregeln". Neu ist das *Ableitungsbedürfnis* aus dem Höheren (also eine Art von *abstraktem* Denken als *Evolution* der verinnerlichten *Hackordnung*) und damit auch der Drang zu einer „*logischen*" rechtfertigenden *Begründung*.

Ebenso ist heute zumindest die konkrete (demokratische und vernünftige) Norm aufzuzeigen. Auch ihre Anwendung sollte zumindest plausibel sein.

## III. Spielerische Inszenierung der Rechtsfindung (*Wulf*): Reaktion auf die rituell rekonstruierte Erinnerung an die Tat

1. Zudem inszenieren wir auch -im Sinne des Kulturanthropologen *Wulf*[1178] theaterähnlich-, also spielerisch, die Rechtsfindung und das Strafverfahren, vom Gesetz bis zum Vollzug. Auf diese Weise reduzieren wir einen komplexe Konflikt. Wir formen ein Abbild und verformen alte Erinnerungen, indem wir

[1178] Wulf, Performanz, 2006, 226 ff. („Performanz des Rechts. Inszenierung und Diskurs").

das Geschehen auf Tatbestandstaten, Täter-Rollen und eine Geschichte herunterbrechen.

Die halbheilige *Übereltern* setzen den Rechtsrahmen. Als solche gilt uns in der Demokratie das Kollektiv des Staatsvolk, vertreten durch die politischen Entscheider. Über diese Konstrukt hinaus wird die Verantwortung des einzelnen Bürgers noch einmal durch seine bloße Mitgliedschaft verfremdet (Art. 20 I GG). Der Volks-Staat ist ein postmoderner sterblicher Gott, der Leviathan, in *dessen Namen* wir heute mit konkreten Alpha-Richtern Recht sprechen (lassen). Dieses semireligiöse Volk hat sich eine der Bibel ähnliche Verfassungsschrift gegeben, die wiederum auf der Weisheit der Gründungseltern beruht, die ihrerseits auf die tradierten Weisheiten unserer geistigen Ahnen und deren Schriften zurückgreifen. Es sind die jeweiligen *Gründungeltern* der nationalen Verfassungen, der westlichen Vernunft-Welt oder der „Goldenen Regel" der Religionen und Propheten und Götter.

Beim Strafen ist nun der Tatangriff *real* bereits *abgeschlossen*. Insofern kann der Staat auch *nicht* mehr in Nothilfe im Sinne des § 32 StGB auf ihn reagieren und ihn zurückschlagen. Aber mit der *Erinnerung* an die Tat und mit unserer Empathie müssen wir umgehen. Die mitfühlende Erinnerung an die Tat ist *gegenwärtig*. Auf diese fortwährende *Sensation* müssen wir *reagieren* und sie können dann mit der Strafe *überschreiben.*

Dazu *inszenieren* wir aus der Sicht der Öffentlichkeit vor Gericht ein ernstes Schauspiel. Als dramatischer Prozess stellt es auch eine Art von reinigender ritueller *Prozession* dar. Das Schauspiel enthält

- eine Art von *wissenschaftlichem* Dokumentarstück, das
- zugleich eine Form der T*rauerarbeit* im Sinne einer Tragödie beinhaltet und
- vor Gericht auch Elemente eines rituellen *Sportwettkampfes* in sich trägt.
- Es bietet eine *höhere* Auflösung durch unsere vergeistigten *Übereltern*.

Mit *Hegel* verlangen wir die virtuelle Aufhebung des Verbrechens durch die Strafe als reinigende Sühne. Dazu stützen wir uns am Ende auf die moralischen *Grund-Gesetze* unserer Ahnen.

Inhaltlich spiegelt das gerechte Recht die Ausgleichsidee und die sonstigen *Grund-Spielregeln* der *Spiele*, die im Einzelnen von den Parteien auch noch *ausgestaltet* werden können.

Aber wir verzichten inzwischen auf die *Bekräftigung* durch ein reales blutiges *Menschenopfer*. Denn dieses würde zwar unsere Erinnerungen an die Tat erheblich überdecken, aber es würde auch für unsere kollektive Grausamkeit

stehen. Auf ein *Sühneopfer* an Freiheit verzichten wir in schweren Fällen jedoch nicht.

Die Gründe für den Verzicht auf Lebens und Leibestrafen liegt darin, dass wir als Oberherren Lebens-Opfer *um unser selbst willen* nicht mehr verlangen und wir auch nicht mehr fest an eine jenseitige Geisterwelt mit einem Platz für die Seele des Hingerichteten glauben. Dieses irdische Selbst, das sich dahinter verbirgt, entnehmen wir, die strafenden Demokraten, zum einen unserem eigenen Menschenbild und zum anderen der *Idee der Verallgemeinerung*: Auch der Täter ist ein würdiger Mit-Mensch und *Alpha-Wesen*.

Nach der verbüßten Strafe ist die Erinnerung an die Tat *zudem* durch den Ablauf *von sozialer Zeit* verblasst. Sie ist durch viele andere Ereignisse und auch die Erinnerungen an diese überlagert, kollektiv und individuell.

2. Mit dem metaphysischen Spielansatz *überwölben* und *verfremden* wir als homo sapiens „weise“ die kalten Ur-Regeln der physischen Hackordnung. Der herrschenden Werte- oder auch Status-Ordnung hat der Straftäter sich zu unterwerfen. Strafe dient dann also der auch Herrschaft (in etwa im Sinne der präventiven Strafbegründung).

Insofern inszenieren wir in der Regel -auch- das Ende eines *fehlgeschlagenen*, unfairen *Rollenkampfs* um einen höheren Status. Denn der Täter sagt mit seiner Tat: Ich darf so handeln, wie ich es getan habe, weil ich es kann. Aus meiner Macht ergibt sich mein Recht. Wird meine Tat nicht aufdeckt, so habe ich zumindest heimlich eine neue Rolle und Macht über fremde Güter erlangt und ich fühle mich stärker.

Aber auch hier verallgemeinern wir in fiktiver Weise. Denn Hackordnungen gelten eigentlich nur in und für *Kleingruppen* der *körperlich Nächsten*. So finden wir sie in den Dynastien vor allem für den „Hof“. Auch schon die elitären antiken Athener Demokratie-Bürger verbannten auf dem *Versammlungsplatz* mit einem Scherbengericht einzelne Mitglieder der politischen Führungselite. Ähnlich finden Machtwechsel in Wolfsrudeln statt.

Die kleinen *Eliten* kämpfen vielfach unter sich „physisch“ um die Rolle der Alpha-Eltern an der Spitze von Großgruppen. Aber für die *demokratischen* Rechtsstaaten müssen wir die Hackordnung der Kleingruppe generalisieren und können „Spielregeln“ einführen. Wie in jedem *Spiel* verfügen alle Mit-Bürger oder auch alle Mit-Menschen über einen metaphysischen (fiktiven) *Alpha-Status* und damit einen *höchsten Wert*. Er ist wechselseitig *anzuerkennen* und um seiner selbst willen (als Bürger oder als Mensch) zu *achten*.

Dies sind *Rollen*, die wir Menschen tragen (etwa auch als *Grundrechtsträger*), und zwar diejenigen eines Spiels. Wir sind dabei politische *Mit-Spieler*. In der Ökonomie heißen die Spieler *Akteure*.

Im Strafrecht sind es die Täter. Mit *Hegel* werden die Verbrecher deshalb als Freie geachtet. Aber dahinter verbirgt sich zugleich ein *verlorener Machtkampf*. Den Dualismus von Sollen und Sein, von Subjekt und Objekt finden wir also auch im Strafen. Dass wir ihn auch in der Paarung von *Spiel* und *Herrschaft* finden (können), eröffnet dieser ungewohnte, aber eben anthropologische Blickwinkel.

3. Bei schwersten Delikten „vertreiben" wir den überführten Täter auf Zeit aus der Gesellschaft. Wir nehmen ihm zumindest seine Fortbewegungsfreiheit und damit seine Handlungsmacht. Zeigt er vor Gericht oder im Vollzug „Demutgesten", indem der er sich der Rechts- und Wertordnung wieder unterwirft, kann er vorzeitig in die Gesellschaft zurückkehren.

Bei leichteren Delikten genügt eine *Drohung* oder eine Art von *Wegbeißen*. Wer sich aber dauerhaft nicht unterwirft, muss am Ende ebenfalls mit einer Art von *Vertreibung* aus dem Gesellschaftsleben rechnen.

Aber den Weg dorthin inszenieren wir hoch kommunikativ mit einem spielerischen und auch langen Prozess. Prozesse dienen immer auch der *Entschleunigung* und schaffen Raum zum *Nachdenken*, individuell und kollektiv.

4. Am Ende, also schon mit dem rechtskräftigen Urteil und dann endgültig mit der zumindest teilweisen Vollstreckung, ist die *Erinnerung* an die Tat durch einen *öffentlichen Gegenakt* ergänzt oder auch im Gedächtnis „überschrieben".

Die Aussagen des Gegenaktes lauten, (a) das kombinierte *Recht der Spielregeln* und das *Recht der Hackordnung* gilt weiterhin und (b) der unbefugte Genuss von Freiheiten und unberechtigtem Status durch den Täter ist *ausgeglichen*. Das prägt sich in unsere Erinnerung deshalb besonders ein, weil wir als mitfühlende Wesen auch (c) den „Schmerz" des Täters (Geldstrafe oder Freiheitstrafe) mit zu empfinden vermögen.

Insofern wird deutlich, dass wir uns zwar letztlich auch für (und gegen) die Strafe einsetzen. Aber aus der Sicht der kindlichen Spielidee ist es das *Spiel*, das den unfairen Spielzug bestraft. Insofern ist es der Spieler, der sich mit seinem unfairen Spielzug im Sinne von *Kant selbst bestraft* (tit for tat).

5. Aus der Sicht der Hackordnung handelt es sich aber um einen *natürlichen* Versuch des Täters, seinen Status zu verbessern, der fehlgeschlagen ist. Die Tat hat eine ebenso natürliche Reaktion des Herrschers hervorgerufen, der seinen Status erhalten will.

Trial and error lautet die Antwort für den Täter und für uns alle. Für das *Gesamtsystem* aber handelt es sich um das notwendige „evolutionäre Spiel", mit dem es seine Verfassungs-Identität (als humaner und hoch arbeitsteiliger Rechtsstaat mit Gewaltmonopol) ständig erhält und verbessert.

Insofern überwölbt und durchdringt der Spielcharakter der *Evolution* noch einmal die Inszenierung von Tat und Strafe.

Für die Art und die Bedeutung des Spielcharakters reicht es aber aus, einzusehen, dass es sich aus *rechtlicher* Sicht um Akte und Gegenakte handelt, die wir kollektiv mit Gesetzbüchern ausformen. Wir verarbeiten sie in *ritueller Form* - auf dem Forum ebenso wie mit den überschriebenen *Erinnerungen* in unserem Gehirn.

## 4. Kapitel

## Anthropologische Kriminalitätstheorie (Einzelne Thesen)

Reihe von einzelnen Thesen sollen das grobe Hauptkonzept ausfüllen und abrunden.

### I. Natürliche Antriebe und natürlicher Ausgleich

1. Taten sind Handlungen eines Akteurs, die auf irgendeinem Beweggrund beruhen.

Das *Antriebsmittel*, bildet wie stets, und so auch für alle Taten und auch die Kriminalität, die innere *Energie*. Beim Menschen sind sie auch die Folge der *zusätzlichen Energie*, über die er mit der Beherrschung des Feuers und mittels der Feuertechniken verfügt. Er erweist sich insofern als ein hoch energetisches, aber körperliches Wesen.

2. Die *Beweggründe* des Menschen lassen sich in Anlehnung an das *Lehrbuch* von *Schneider* und *Schmalt*[1179] zur Motivationspsychologie in bestimmte Klassen einteilen. Danach gibt es „Verhaltens- und Wertdispositionen", die als Ausdruck stammesgeschichtlicher Anpassung des Menschen zu verstehen sind. Diese Motive entsprechen den *„natürlichen Bedürfnissen und stellen Antworten der Evolution auf die Bedürfnisse des Überlebens und der Weitergabe des Erbgutes dar*".[1180] In Anlehnung an *McDougall* seien es in ihren Grundlagen angeborene Verhaltensdispositionen, also „*basale emotionale Reaktionen einschließlich eines primitiven Handlungsimpulses*".

Grundsätzlich halten sich alle Lebewesen an die *Regeln der Evolution*, sie haben sie verinnerlicht. Die drei in sich widersprüchlichen Einzelprinzipien dieser Gesetze, sind

- dasjenige der *Selbsterhaltung aller Systeme*, mit dem Widertand gegen Veränderung, dafür stehen alle physischen Körper,
- dasjenige des Strebens nach *Veränderung*, aber mit dem Aufbau auf Bestehendem, diesen Antrieb gibt die innere *Energie* und

---

1179 Schneider/Schmalt, Motivation, 2000, 14 f.

1180 Schneider/Schmalt, Motivation, 2000, 21, u. Hinw. auf die Verhaltens- und Soziobiologen Hamilton, Motivation, 1964, 856 ff..

- dasjenige nach ständigem *Ausgleich* zwischen und dem toleranten *Aushalten* von beidem, etwa im Sinne der *einsteinschen* Gleichung (e = mc2) und mit der -emergenten- dynamischen Tendenz zur erhöhten Komplexität.[1181]

Diese *Grundregeln* beherrschen und treiben auch uns.

Als treibende *biologische* Kraft gilt (uns aus soziobiologischer Sicht zumeist) das „egoistische Gen“ oder die kin-selection.[1182] Dabei handelt es sich um ein *Konstrukt* von *Dawkins,* das sich von den realen körperlichen Gene abhebt und deren ständige *Kopien* mit einbezieht und das an die Stelle der Idee der „Arterhaltung“ getreten ist, auf die *Darwins* Lehre verkürzt wurde. Auf den einzelnen „Genpool- Wirt“ übertragen handelt es sich um die Idee des „survival of the fittest“, die aber Mühe hat, die elterlichen Opfer und ihre Fürsorge mit zu erklären.

Seinen *natürlichen Egoismus* (samt Drang nach seiner Fortpflanzung und Erweiterung) muss das egoistische Gen im eigenen Interesse zähmen, und zwar durch Kooperation, Kommunikation und Bildung von Gemeinschaften. Denn nach dem *Virus-Wirt-Modell* trägt jeder einzelne Mensch einen gesamten Genpool in sich und sein Körper selbst ist genetisch schon eine bunte *Gen-Gesellschaft*. Das Gen selbst ist ein Art von *Informations-Virus,* das einen Körper braucht.

Das *egoistische Gen* „will“ auch, aber nicht nur (a) den *Selbsterhalt* seiner Wirte, also im Kern das *Ordnungsprinzip* in seinem privaten Umfeld, sondern auch (b) die *Fortentwicklung* seiner Eigenarten nach dem spielerischen Prinzip von *trial and error*, also die *Freiheit* der Fortentwicklung und das Chaos bei den Konkurrenten. (c) Beides zusammen sich offenbar nur in der realen Welt verwirklichen, die vielfältige Subsysteme für beide bietet, also vereinfacht für Frieden und Krieg, Recht und Macht.

Biologischer Ausgangspunkt bildet der informative Geist des *Gen-Egoismus* oder der *kin-selection,* verankert auf Zeit im realen energetischen Wirts-Körper.

---

1181 Der Evolutionsbiologe Mayr, Biologie, 2000, 403, definiert Emergenz im Sinne einer naturwissenschaftlichen „Transzendenz“, also als etwas über sich selbst Hinausgehendes. Emergenz sei *„in Systemen das Auftreten von Merkmalen auf höheren Organisationsebenen, die nicht aufgrund bekannter Komponenten niedrigerer Ebenen hätten vorhergesagt werden können*“.

1182 Dawkins, Gene, 1978 (“The Selfish Gene”), 1 ff. Sachser, Mensch, 2018, 13 ("Vielmehr tun Tiere alles, damit Kopien ihrer eigenen Gene mit maximaler Effizienz in die nächste Generation gelangen, und wenn es dafür hilfreich ist, so bringen sie auch Artgenossen um").

Seine blinde Wildheit muss von und in jedem Gen-Wirt -in seinem eigenen Interesse- durch *faire* Kooperation und die *fürsorgende* Gesellschaft *eingehegt* werden. „*Egoismus und Veränderung, Kooperation und Gesellschaft"* bilden also vier Grundelemente, die nicht allein auftreten können, aber jeweils auch *Spielraum* zu ihrer eigenen Selbstorganisation benötigen.

3. Rechtlich ordnen wir etwas anders. Es steht nicht, wie in der Biologie die Genetik im Mittelpunkt, sondern ein einzelner Wirts-Mensch und seine Gemeinschaften. Die Genetik gehört jedoch zu seinem Wesen oder seiner Persönlichkeit.

Bezogen auf den realen Menschen lautet unser *ethisches* Credo dennoch ähnlich, nur etwas anders geordnet:

- *Freiheit* (freie Entfaltung der Persönlichkeit, Leben und körperliche Unversehrtheit),
- *Gleichheit* (Gerechtigkeit; allgemeine und wechselseitige, Kooperation und Gleichheit im Erdulden der Freiheiten der Anderen) sowie
- *Solidarität* („von" der Gesellschaft als zuteilende Gerechtigkeit, etwa auch als Sicherheit, und als Sonderopfer „für" die Gesellschaft).

Auf dieser *Grundlage* können wir auch die *ethische* Seite der *Kriminalität* sehen und sie damit den genannten naturalistischen Elementen annähern. Bei der *Kriminalität* handelt es sich danach um die egoistischen, freien „trial and error"-Abweichungen, und zwar von den Geboten der *Gleichheit* und der *Solidarität*.

Zu strafen meint *dementsprechend*: Die unberechtigte Freiheit, die der Täter sich genommen hat, wird ihm zwangsweise wieder genommen. Es findet also ein Ausgleich statt; das Krumme wird geradegerückt. Aber dies geschieht für alle gleich, solidarisch (human) und *nicht egoistisch* von einem Allein-Herrscher bestimmt, sondern wird demokratisch gestaltet und ausgeführt.

4. Danach ist Kriminalität etwas Natürliches, aber das Strafen ist es auch.

Die besondere *Instinkt-Freiheit* der Aktionen des Menschen erfordert zwar eine besondere Art der *Freiheit der Reaktion* der anderen Menschen als Einzelne und als Gesellschaft. Gegründet ist die Reaktion der Strafe aber dennoch zunächst in der fast blinden *Wut* des Alpha-Tieres (etwa von Menschenaffen), die dann einsetzt, wenn der eigene Status oder der der genetisch Nächsten verletzt ist. Das gilt auch für Alpha-Herrscher oder Gruppen, sowie für den jeweiligen Hofstaat der Ranghöheren, im Sinne der Dohlen-Hackordnung, die *K. Lorenz* als moralanaloges Verhalten beschreibt.

Diese Wut (und den Stress) benötigt jedes Rang-Tier als *Antrieb*, um schon bei kleinen Verstößen die gefährliche *Statusfrage* zu stellen. Er benötigt Wutausbrüche auch, um sie als *Drohung* einzusetzen, die dann unnötige Kämpfe und Konflikte vermeidet.

Viele Herdentiere haben deshalb auch *feste Zeiten und Riten*, in denen sie genetisch relevante Kämpfe austragen. Zum Teil finden sie öffentlich statt und bilden *Schaukämpfe*.

Diese scheinbar reaktive Alpha-Herrscher-Wut der Menschenaffen kennt der Mensch auch bei autoritären Herrschern, bis hinunter zur häuslichen Gewalt. Im Mittelalter gab es in der Kriegerkaste rituelle Zweikämpfe, mit denen Statusfragen ausgetragen wurden.

Diese natürliche Alpha-Herrscher-Wut steckt in allen Menschen, denn sie sind auf eine Eltern- oder Mentoren-Rolle hin ausgerichtet. Schon das Ich-Kleinkind übt sich in Wut. Diese ungezähmte Kraft gilt es für den Frieden und die Menschen in der Demokratie mit dem Rechtsstaat zu zivilisieren.

Die Wutkraft wird im Strafrechtsbereich (auch oder vorrangig) darüber ausgelöst, dass es jemand gewagt hat, unser Recht und damit unseren privaten demokratischen *Status* und kollektiv den Rang des Rechts- und Verfassungsstaates überhaupt zu verletzen. So fühlen wir auch mit den Opfern mit und springen ihnen (wie ranghöheren Dohlen) in der der Hackordnung bei.

Der strafprozessuale Weg, den wir für uns wählen, ähnelt einem rituellen *Schaukampf* unter Tieren. Wir gliedern zudem generell im Recht den *Streit*, der sich nicht vorher hat schlichten lassen, aus dem *Alltag* aus und übertragen ihn auf eine gesonderte *Spiel-Bühne*. Wir bündeln und wir *mäßigen* damit zugleich die Wut und die Frustration derjenigen Status-Rechtsträger, die sich in ihren Rechten verletzt glauben. Dazu bieten wir professionelle Streithilfen und nehmen die Vollstreckung in unsere Ober-Herrscher-Hand.

Außerdem setzen etwa unsere demokratischen Gerichte eine *öffentliche Hauptverhandlung* zu *bestimmten Zeiten* und an *bestimmten Orten* an und verbinden sie mit bestimmten prozessualen Rechtsriten und festen Rollen.

Diese Art der *Zivilisierung* hat der Mensch sich zwar nicht bewusst von der Natur abgesehen. Aber zumindest verlangen ähnliche Lagen nach ähnlichen Lösungen und unser *Gehirn*, dessen Grundstruktur wir mit allen Wirbeltieren teilen, arbeitet mit *rituellen Wiederholungen*. So kennen und nutzen wir auch ständig Gruß- als wechselseitige Demutsgesten.

Aber jeder Herrscher benötigt diese Wut auch und setzt sie regelmäßig aktiv ein, um seinen Status zu beweisen.

Über dieses kollektive *uralte* Alpha-Herrscher-Selbstbild sollten sich die vernünftigen Demokraten verständigen.

Es bildet die Grundlage unseres *Strafbedürfnisses*. Wir Menschen sollten es - auch deshalb- mit einem besonderen Strafsystem, wie dem gegenwärtigen, mit „Vernunft" ausformen. Dazu werden wir uns, wie in Deutschland seit etwa 1800 mit *Feuerbach* geschehen, von den Ideen der Tatschuld-Gerechtigkeit und der Prävention leiten lassen, also von Sinn und Zweck.

## II. Statusdelikte mittels Gewalt, List und Treubruch; drei biologische Beweggründe und Absichten (Stoffwechsel, Fortpflanzung und Notlage)

1. Aus der Sicht des Strafrechts bieten die Typen der Straftatbestände *empirisches* Material für die Ursachen. Nicht nur der Täter bestimmt die Tat, auch die *Taten* bestimmen den *Täter*. Der Herrscher regiert nicht nur das von ihm Beherrschte oder die von ihm Beherrschten, sondere sie kennzeichnen auch ihn als Herrscher. Das Eigene hilft so auch, den Eigentümer zu erklären.

Danach, so lautet die nächste These, bestimmen vereinfacht
- *Gewalt*,
- *List*-
- und *Treubruchdelikte"*

das Strafrecht, es sei denn sie geschehen *ausnahmsweise*
- im *Einverständnis* mit dem Opfer,
- im *Konsens* mit der Gesellschaft oder
- in *Notlagen* (Notwehr oder Notstand).

Die Aggressionen der Straftäter sind also auf *Tatmittel* der Gewalt, der List und des Treubruchs ausgerichtet. Das kann geschehen, weil der Täter seinen *sozialen Status* verbessern will, weil er *spielt* (weil er es gut kann, will er es) oder weil ihn die Lust auf das Risiko und ein glückliches Selbstgefühl dazu antreiben (oder alles im Verbund, wenngleich mit unterschiedlichen Gewichtungen). Dazu im Einzelnen:

2. Alles Leben ist biologisch betrachtet auf *drei Grundmotive* und *Absichten* als *Mittel* der *Gen-Erhaltung* gegründet, und zwar vom *Einzelnen* und der *Gesellschaft (als seiner Schutz- und Lebensgemeinschaft).*

Diese *Beweggründe* (oder auch aus der Sicht des Täter die Zukunft gerichtet als *Absichten*) spiegeln sich in den Strafnormen. Zwei von ihnen begründen Delikte und einer rechtfertigt die Tat. Es sind:

- der *Stoffwechsel* (für den Einzelnen: Mord aus Habgier, Zueignungs- und Bereicherungsdelikte, sowie Bedrohung von Kommunikation und Kooperation für die Gesellschaft: Rechtpflege-, Urkunden-, Verkehrs-, Insolvenz-, Umwelt-, und Korruptionsdelikte),

- die *Fortpflanzung* von Genen und Memen (Mord zur Befriedigung des Geschlechtstriebs, Sexualdelikten, Status- als Ehrdelikte sowie für die Gesellschaft: Sabotage, Datenvernichtung, Landfriedensbruch, Hochverrat),

- die *aggressive Abwehr* von *unmittelbarer* Lebensgefahren. Diese Aggressionen dürfen sein. Dies Grundgedanken dehnen wir auch auf alle meist lebensgefährlichen Gewaltangriff auf Menschen aus. In Deutschland erstrecken wir sie zudem auf Angriffe auf sonstige Rechtsgüter. Die unmittelbare Gefährdung der Existenz des Verfassungsstaates (vgl. § 81 StGB) verleiht uns auch das private Widerstandsrecht nach Art. 20 IV GG.

3. Zur menschlichen *Aggression* gehören auch die sie auslösenden *Erregungen*, an denen physiologisch bestimmte *Hirnregionen* beteiligt sind, der Hypothalamus und die Amygdala[1183], die auch durch die erhöhte Konzentration männlicher Sexualhormone beeinflusst werden.

*Frustrationen* scheinen nicht direkt, sondern nur über „Ärger-Affekte“ zu Aggressionen zu führen, die ihrerseits aber auch durch „kognitive Aktivität“ mitgesteuert werden können. Rudimentäre Unlustaffekte und assoziierte Gedächtnisinhalte wirken zusammen. *Schneider* und *Schmalt* gehen, wie etwa auch *Kahneman*[1184], von zwei relativ *unabhängig* operierenden Steuerungssystemen aus: einem *schnellen* instinktartigem und einem *langsam* und *überlegend* die Informationen verarbeitendem (Sub-) System.

4. Der Straftäter ist im Grundsatz aggressiv. Gleich, ob bloß instinkthaft oder kognitiv mitgesteuert, will er in allen Fällen mit der Tatherrschaft auch die *Herrschaf*t über fremde Werte oder Güter erlangen und insofern seinen Status verbessern, vor sich selbst und Seinesgleichen.

---

1183 Schneider/Schmalt, Motivation, 2000, 225.

1184 Kahneman, Thinking, 2011, Part V, No 35 „Two Selves“.

Jedes Wort beginnt mit „Ich“ und mit jeder *Bewegung* erobern wir einen „Raum“, den wir dann ausfüllen, den alten Raum betrachten wir dabei als „unseren“ Rückzugsraum. Der „eigene Freiraum“, der Raum, den ein Ich beherrscht, indem es den Zugriff darauf hat, bildet den Kern seines Status. Die Erinnerung an einen riskanten Zugriff und das sensitive Herrschafts-Glücksgefühl, das mit ihm verbunden ist, prägen unser Selbstbild. Es löst für die Zukunft entsprechende Erwartungen und die Glücks-Lust aus deren Befriedigung in uns aus.

## III. Gewalt-, List- und Treubruchs-Taten zum Machtgewinn; Mord als Sonderfall des Tabubruchs

1. Weiterhin in Thesenform:

Die drei typischen kriminellen Handlungsarten sind:

- *Gewalt* oder Drohung damit, das heißt Güter und Werte *ohne* Einverständnis und Gegenleistung etwa zu nehmen *und* sich auf diese Weise zum Herrn darüber aufzuschwingen (Gewaltdelikte jeglicher Art, auch Tötungs- und Körperverletzungsdelikte, Landfriedensbruch),

- *List* und sich auf diese Weise zum Herrn über fremde Güter zu machen (Betrug, Fälschung, Falschaussage, Taschendiebstahl und Sachbeschädigungen im öffentlichen Raum) und

- *Treubruch* und sich auf diese Art zum Herrn über fremde Güter zu erheben (als Beamter, als Vermögensbetreuer, als Garant bei Unterlassungsdelikten, auch als Steuerhinterziehung, im weiteren Sinne auch bei allen *fahrlässigen* Pflichtverletzungen, Vertrauen wird auch gebrochen durch gemeingefährliche Delikte und den Wohnungseinbruch).

Zumindest gerechtfertigt sind sie dagegen durch eine *Einwilligung* oder durch ein schon den Tatbestand ausschließendes *Einverständnis*, ein privates oder ein kollektives gesetzliches *Eingriffsrecht* oder ein natürliches *Notwehrrecht*.

Subjektiv gehört dazu der Egoismus, je nach Sichtweise und Tatbestand, als die egoistische *Absicht* oder auch der egoistische *Beweggrund*, sich zum Herrn über fremde Güter aufzuwerfen. Dieser Egoismus ist auch eng mit dem strafrechtlichen Begriff der *Tatherrschaft* verbunden. Jedem Täter geht es mit dem Tun, als dem seinen, zumindest auch um einen subjektiven Machtgewinn. Er fühlt sich als Herrscher über sein Tun und dokumentiert es nach außen. Das gilt grundsätzlich für alle bewussten menschlichen Handlungen und deshalb

auch für Straftaten. Nur tritt bei Delikten das Machtgefühl hinzu, ein höheres „Rang-Tabu“ (Grundwerte, Rechtsgüter oder Erwartungen und Vertrauen) gebrochen zu haben. Der Straftäter hat sich damit heimlich oder offen *selbst* zum Gesetzgeber und damit in den Status von Alpha-Übereltern erhoben: „Ich kann es nicht nur, ich bin es auch, der es darf.“

2. Zu den kriminellen Handlungen tritt mit dem *Mord* und den sonstigen Kapitaldelikten ein besonders stark am *Erfolg* ausgerichtetes Tun hinzu, das des Erfolges wegen aus den sonstigen Gewaltdelikten noch einmal *herausragt*.

Der Mord löst mächtige Emotionen des persönlich-biologischen und sozial-kooperativen Verlustes und zudem ein starkes Rache- oder Strafbedürfnis aus. Denn er bündelt häufig alle *drei Elemente*. Die egoistische Gewalt verbindet er mit der Erhebung zum Herrscher über den Tod. List und Treubruch stecken in der Heimtücke. In der Demokratie bildet er zugleich eine Art von Herrscher-Mord im Sinne eines Hochverrates.

## IV. Fünf vorrangig männliche Persönlichkeitsfacetten: Status-Täter, Spiel- und Gefühls-Täter, Moral-Verteidiger und Gott-Spieler

1. Die *Persönlichkeitsfacetten* des Menschen werden in der allgemeinen und der kriminal-psychologischen Literatur diskutiert. Dazu gehört etwa das „Freiburger Persönlichkeitsinventar“, das generelle Eigenheiten wie *Lebenszufriedenheit Leistungsorientierung* oder *Aggressivität* misst. Bei straffälligen *Männern* fallen danach im Vergleich mit nicht straffälligen Männern in Anlehnung an *Meier* unter anderem die folgenden Besonderheiten auf:
- geringere Lebenszufriedenheit,
- erhöhte spontane Aggressivität,
- höhere Impulsivität mit erhöhter Risikobereitschaft sowie
- geringe emotionale Empathie,
- geringeres Selbstkonzept und
- „erhöhte externale Kontrollüberzeugungen, die Straffälligen glauben also zwar an ihre eigenen Fähigkeiten, fühlen sich aber auch dem Zufall ausgeliefert“.[1185]

[1185] Meier, B.-D., Kriminologie, 2016, § 3 Rn 37, siehe auch § 6 Rn 26 ff. Zudem: Fahrenberg/Hampel/Selg, Persönlichkeitsinventar, 2010, Auszug aus dem „Inhalt“ „Diese Testform (FPI-R) umfasst 138 Items, die sich zu folgenden Skalen zusammensetzen: Lebenszufriedenheit, Soziale Orientierung, Leistungsorientierung, Gehemmtheit, Erregbarkeit, Aggressivität, Beanspruchung, Körperliche Beschwerden, Gesundheitssorgen, Offenheit, außerdem die zwei Sekundärskalen Extraversion und Emotionalität im Sinne Eysencks. Die Skalen geben relevante Konzepte in den Selbstbeschreibungen der Durchschnittsbevölkerung mit hoher interner Validität wieder und sind durch zahlreiche empirische Validitätshinweise belegt“.

Dies sind durchweg Eigenschaften, die man bei einem Menschen erwarten sollte, der von den Normen des *Zusammenlebens* abweicht. Mit anderen Worten, hier ist das (negativ) abweichende Verhalten von Menschen mit einem passenden Persönlichkeitszuschnitt verbunden.

Dabei ist zudem kaum zu übersehen, dass umgekehrt auch der Umstand der Verurteilung oder gar der Strafhaft eben diese Persönlichkeitsmerkmale zumindest *verstärkt*. Vereinfacht führt auch der Strafvollzug zur besonderen oder weiteren Ausprägung solcher Persönlichkeitsmerkmale. Mehr noch, wer *abweichendes Verhalten* für normal und notwendig hält, der wird diese *relativen* Abweichungen vom *Standartmenschen* statistisch schon erwarten. Er wird sie nicht sofort -und etwa mit der Kriminalpsychologie von *Eysenck*[1186]- in die Nähe von psychischen Krankheiten rücken, die wir ebenfalls zum Teil auch nur über die Funktionsfähigkeit im sozialen Leben definieren.

2. *Unterschichts- und Männerstrafrecht*. Aber wir wissen auch, dass wir mit der Strafverfolgung offenbar vor allem Täter aus der *Unterschicht* auswählen.[1187] Sie ist ohnehin viel größer als die Schicht der Alpha-Elite. Zudem ist der Nachweis der höchstpersönliche Verantwortung von „Eliten" zumeist verdeckt durch den Sperrwall von kollektiven hoheitlichen *Institutionen* und ähnlichen Geflechten von *juristischen Personen* des Zivilrechts. Hier greifen deshalb vorrangig die politischen Sanktionen des Verfassungsrechts und die Kontrollmechanismen des Wirtschafts- und Umweltrechts.

Wer diesen Katalog des Freiburger Persönlichkeitsinventars betrachtet, erkennt, dass ihm eine Art von *Hilferuf* zu entnehmen ist, der in die Pflicht zur *Resozialisierung* einmündet.

Ferner ist nach der Art des (bewussten) *Selbstkonzepts* zu fragen.[1188] Zum herkömmlichen Selbstbild gehören nicht nur, aber immer auch der soziale Status

---

1186 Eysenck, Kriminalität, 1964/1977, etwa 71. Dazu: Meier, B.-D., Kriminologie, 2016, § 3 Rn 37 („Eysencks Theorie hat mithin nur eine beschränkte Reichweite und bezieht sich in erster Linie nur auf die kleine Gruppe der mehrfach auffällig „gestörten" Täter")

1187 Erneut zur These vom Unterschichtenstrafrecht: Dünkel, Forschung, 1996, 61 ff., 80; Schünemann, Unterschichtsstrafrecht, 2000, 15 ff.

1188 Rakoczy, Selbstkonzept, 2019, 1 ff. Dorsch-Lexikon der Psychologie. Hervorhebungen nicht im Original: "Unter Selbstkonzept… versteht man das *Gesamtsystem* der Überzeugungen bzw. kogni- und affektiven Einstellungen zur eigenen Person. Dabei werden versch. Formen und Facetten des S. unterschieden, die unterschiedliche Entwicklungsverläufe aufweisen…Rudimentäre Fähigkeiten der vorbegrifflichen Unterscheidung zwischen *Selbst* und *Anderen* etwa finden sich schon bei *Säuglingen* in den ersten Lebensmonaten: Sie können bereits Live-Filmaufnahmen von sich selbst

und der Grad der Anerkennung durch andere. Der Mensch ist -auch und vielleicht grob zu einem Drittel- ein *soziales Wesen*. So spiegelt er in seinem Selbstbild auch die Anerkennung oder Missachtung seiner Nächsten. Insofern gilt der Satz, „*Liebe Deinen Nächsten, wie Dich selbst*“ auch umgekehrt. Man liebt sich auch leichter selbst, wenn andere einen lieben. Das gilt offenbar insbesondere für Kinder.

Aber vielleicht verfügt der Rebell gegen die Normen der Anderen, der sich der gefühlten Ungerechtigkeiten nicht resignativ unterwirft, über eine *alternative* Art von *subkulturell* gestärktem *Jungkrieger-Selbstbewusstsein* (vgl. den Gangsta-Rap, Robin-Hood- und Piraten-Folklore). Rebellen gehen erhöhte Todes-Risiken ein. Sie glauben an ihre Fähigkeiten und wissen doch, dass sie in erhöhtem Maße dem „Zufall“ ausgeliefert sind. Wer sich dagegen aus der Unterschicht und unteren Mittelschicht anpasst und dem Recht blind unterwirft, kann meist zufriedener leben. Wer aber Rechtsbrüche wertfrei als „abweichendes Verhalten“ begreift, der wird durchaus die Rebellen-Metapher verwenden können, um das *private* Selbstbild zu erfragen und dessen Stärke ermitteln.

*Fokus auf Männer*. Wer erkennt, dass unser Strafvollzugssystem vor allem Männer aufnimmt[1189] und dass es offenbar stets ihre Art von Kriminalität gegeben hat, der wird sich fragen müssen, ob es beim „Selbstkonzept“ nicht zunächst einmal darum geht, ein *Mann* zu sein. Danach sind alle die aufgezeigten Eigenschaften vor allem den *Männern* eigen.

In der Körpergröße, der Muskelkraft und somit in ihrem Gewaltpotential unterscheiden sich Männer von Frauen. Das kennen wir bei den meisten Gemeinschaften von Säugetieren, insbesondere auch bei Menschenaffen. Rituelle Schaukämpfe werden von den *männlichen* Artgenossen betrieben.

Die vorrangige Reduktion des sozialrealen Strafrechts auf den Mann, die der reale Strafvollzug uns offenbart, schließt Frauen nicht grundsätzlich aus. Für sie gelten dieselben biologischen Antriebe. Auch kennt die Natur immer Übergänge und der genetisch teilbefreite Mensch gestattet sich die *Offenheit von Rollen*. Zudem fächern sich die Persönlichkeiten von Männern und Frauen auch noch

---

unterscheiden von ähnlichen Aufnahmen von anderen Kindern.“ Über ein Selbstkonzept muss aber jedes, zumindest jedes fühlende Lebewesen verfügen, das sich selbst organsiert. Vereinfacht geht es zumindest mit Schmerz und Wohlbefinden einher (Lust und Unlust). Aber auch Einzeller reagieren auf chemische Reize von außen, und eine Haut-Membran trennt sie von der Außenwelt.

1189 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, 2019 , im Juni 2019 in *Haft, einschließlich Untersuchungshaft*: 73 197 Menschen, davon: Männer: 68 654 und Frauen 4 453, davon in Untersuchungshaft: 13 358 Menschen, davon 12 624 Männer und 734 Frauen.

einmal breit aus. Ferner spielt das Alter eine Rolle. Vor allem aber bestimmt auch die Gesellschaft über Art und Umfang ihre Maßnahmen.

Dennoch erscheinen Frauen als weit weniger (Testosteron getrieben) statusbewusst und aggressiv. Auf der weiblichen Seite wird zugunsten des Status und biologisch verankert (eher) mit Reizen (und ständig wechselnder Kleidung) gelockt. Unter einander wird zwar auch bei der weibliche Binnen-Konkurrenz mit List und Treubruch gearbeitet und ebenfalls zumindest psychischer Druck ausgeübt (gemobbt). „Neid und Eifersucht" sind offenbar stärker ausgeprägt als „Wut und Ärger". Aber weit seltener setzen Frauen *schwere körperliche Gewalt* ein oder Raufen in *ritueller* Weise. Männlich zu sein, erweist sich somit als ein außerordentlich wichtiger *kriminogener* Faktor für Gewaltdelikte.

Deshalb bietet es sich mit diesen Einschränkungen an, die letztlich recht modellhafte *Zweiteilung* zwischen Mann und Frau aufzugreifen, mit der wir aber ständig arbeiten.

2. *Fünf Persönlichkeitsfacetten.* Aus *evolutionsbiologischen* Erwägungen lassen sich zumindest fünf Persönlichkeitsfacetten[1190] des (einen einheitlichen) Täter-Menschen und damit auch des Täters „an sich" ableiten. Sie beginnen mit dem *Rangordnungs- und männlichem Kriegermodell*, aber gehen danach auch darüber hinaus.

(1) *Kriegerische Gewalttäter.* Gewaltdelikte bestimmen zurecht das Alltagsbild das Strafrecht, und die Gewaltmonopol und die Zivilisierung der Gewalt prägt das Verfassungsrecht. Auch das Wort Aggression assoziiert eine Gewalttat. Die zumeist männliche persönliche Gewaltbereitschaft ist deshalb mit Abstand vor allen anderen Aspekten zu nennen.

*Ärger und Wut* löst die (vermeintliche) Verletzung von Status (Respektanspruch) aus und treibt anscheinend zur blinden *Verteidigung* der eigenen „Ehre", ein *kriegerisches Männlichkeits-Denken*. Aber dahinter verbirgt sich ein natürlicher Drang vieler männlicher Säugetiere. Sie versuchen über rituelle Gewaltakte und rituelle Bedrohungsgesten *private Schutzräume*, auch

[1190] Für die „Differentielle Psychologie und Persönlichkeitsforschung" siehe Stemmler/Hagemann/Amelang/Spinath, Psychologie, 2016, Kap. 7. 4 und die Zusammenfassung: Stemmler/Hagemann/Amelang/Spinath, Fragen, 2018, 7. 1 bis 4 (Zum Standart-Fünf-.Faktoren-Modell der Persönlichkeit „Neurotizismus", „Extraversion", „Verträglichkeit", „Gewissenhaftigkeit", „Offenheit für Erfahrungen", dort auch zu verwandten alternative Fünf-Faktoren-Modellen).

für eine eigene Familie, zu entwickeln und danach zu erhalten. Auch die Gewalt in der *Kleinfamilie* gehört dazu.[1191]

Der Jung-Krieger will als junger und gern zunächst auch im Kollektiv, fremden „Besitz" erobern: Weil ich es kann oder wir es können. Der junge Rebell ist allein oder in der Gruppe bereit, dafür sein Leben zu riskieren. Dem Sieg folgt dann der Rechtsanspruch des Siegers auf Achtung und Beute. Aber er will den erworbene Besitz später dennoch in einer Friedenordnung genießen. Die alten Krieger wiederum wollen das „Eigene" verteidigen. Zwar gibt es in der Gesellschaft rituelle Karrierewege und einigermaßen fairen Wettbewerb. Aber auch rituelle Krieger wissen, dass „Gewalt, List und Treubruch" Mittel zur Ansehen und Macht sind, und zwar in dieser Reihung.

Der Staat legt nicht umsonst Wert auf ein *Gewaltmonopol*, um diese Macht dann im Rahmen ihrer Organisation auf vielen Machtträger zu verteilen. Alle kollektiven Subsysteme, wie Kirchen, Gewerkschaften und Unternehmen agieren nicht nur mit friedlicher Arbeitsteilung, sondern verändern ihr Personal auch mit politischen Machtkämpfen nach außen und nach innen.. Zu Machtkämpfen gehören „Kämpfernaturen" und zum realen Krieg auch viele potentielle Krieger.

Weitere Aspekte beleuchten das Umfeld der Gewaltbereitschaft.

- *Freier als Wehrfähiger*. So stellt das westliche Regel-Strafrecht auch heute noch ein *Freien-Strafrecht* dar, bei dem die verbotene und dennoch *angemaßte Tatherrschaft* eines Einzelnen im Mittelpunkt steht. Darauf reagieren wir mit einem ausgleichenden Gegenakt, der dem Täter die „Ohnmacht" verordnet. Wir achten ihn aber als würdigen Freien. Der „Freie" war früher, auf dem Lande und in der Stadt, immer auch ein *wehrfähiger Mann*. Im Kern geht es beim heutigen Freien-Strafrecht immer noch um Verletzungen von Status- oder Freiheitsrechten.

Die rechtethische Idee der Achtung der Person beschreibt auch *Dworkin* aus der liberalen angloamerikanischen Sicht, indem er den an die archaische Ehre erinnernden Begriff des gleichen Respekts („*Equal Concern and Respect as a right so fundamental…*") einführt.[1192]

---

1191 Aus der Kriminologie: Wilms, Ehre, 2009 , („Ehre, Männlichkeit und Kriminalität"), auch 125 ff. (Zur „Ohnmachtsseite" der vom Kind selbst erfahrenen häuslichen Gewalt).

1192 Dworkin, Rights, 1981, 155 ff.: Sowie: Dworkin, Rights, 1981, XV: „Equal Concern and Respect as a right so fundamental that it is not captured by the general characterization of rights as trumps over collective goals, except as a limit in case,

Der Krieger begreift auf den ersten Blick den Status der anderen männlichen *Nächsten* als eine latente Beleidigung, jene hätten ihn zumindest jetzt nicht mehr *verdient*. Sein krimineller Akt erschien ihm deshalb zunächst als Reaktion gerechtfertigt. Er übt danach -auch- eine Art von *Selbstjustiz* oder *Rache*.

- *Status und die Anomie- und Druck-Theorien.* Der Status-Gesichtspunkt findet sich in Ansätzen auch in der kriminologischen Anomie-Theorie bei *Merton als ökonomische Subkultur* ihre Vertiefung. Gemeint ist dort aber, dass die legale Erreichung von Wohlstandszielen verbaut erscheint.[1193] Das Strafrecht wird auch insofern zum sozio-ökonomischen *Unterschichten-Strafvollzug*.

Nach dem Tier-Modell der Hackordnung wird auf das Mitglied mit dem *niedrigsten Status* von allen anderen und damit auch *am häufigsten* gehackt. Und die *nur etwas ranghöheren* Mitglieder erhalten nur dadurch ihren Status, dass sie auf den niederen „einhacken" (oder ihn wegbeißen oder mit Drohgesten wegdrängen) dürfen oder dass aber bei offenen Rangkämpfen in der Regel dem niederen beistehen und ihre Rolle damit festigen.

Wer auf einem rangniedrigen Status festsitzt, der passt ihm vielfach resignativ sein „Selbstkonzept" an. Aber mit *privaten* Netzwerken von Gleichen und Freunden kann jeder Mensch dem aktiv entgegenwirken. Auch in Herden und in Menschenaffengruppen bilden sich Freundschaften und bei Affen sogar Seilschaften. Weibliche Säugetiere verfügen zudem in jeder Gemeinschaft über das „Säugen" über eine besondere Aufgabe und über einen *Nächsten-Schutz-Status*. Sie entwickeln zu den Säuglingen eine besondere *individuelle Beziehung*. Die Naturstrategien des Gen-Egoismus oder der (engen) Kin-Selection liegen dem zugrunde. Auch vor diesem Hintergrund ist zu vermuten, dass sich die *natürliche Basis* für das Selbstkonzept von Frauen von dem der Männer unterscheidet. Aber auch ihre tierischen Vorfahren kennen Rangordnungen.

Ebenso findet das Statusdenken auch in der *allgemeinen* Stress- und Druck-Theorie (*Agnew*) einen besonderen Ausdruck.[1194] Danach sind es die *sozialen Umstände*, die Kriminalität über *reaktive Emotionen* des Täters zumindest vorrangig auslösen.

---

because it is the source both of the general authority goals and the special limitations on their authority that justify more particular rights.").

1193 Merton, Theory, 1949/1968 , 186 ff, 193 ff. Dazu der Überblick bei Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017, § 7 Rn 8 ff.

1194 Zur Rache siehe etwa Bock, Kriminologie, 2019 , Rn. 197. Agnew, Types, 2001, 319 ff. 319 ("the failure to achieve justice goals"). Brown/Geis, Criminology, 2019, 243.

- *Egoistische Emotionen*. Aber auf den zweiten Blick und aus der Sicht der Evolutionsbiologie lautet die Nachfrage, weshalb denn die Natur diese reaktiven *Emotionen* aufgebaut hat. Würde der Mensch etwa nach dem blinden Schwarmprinzip leben und damit ohne Hackordnung, so könnte er darauf verzichten. Auch sind passive Notstands-Reaktionen nur in einem akuten *Überlebenskampf* geboten. Ansonsten regieren das biologische Wesen Mensch aber der *aktive Ich*- und der Verwandten-Egoismus einerseits und die aktive Frage nach der *Selbstbindung* einer bestimmten kleinen oder auch großen Nächsten-Gruppe mit ihrer Hack- und Werteordnung andererseits.

- *Natürliches Auswandern und Neugründen.* Aber es geht auch um die geschwächte *Bindung* an die Heimat-Gemeinschaft der Eltern. So kann der Mensch, *männlich wie weiblich,* sich grundsätzlich von seiner Gesellschaft lösen und eine neue gründen. Heranwachsende haben diesen Drang nach *Wanderschaft*. Gesamte Familien können auswandern. Migrationsströme kennt jede Staatsgesellschaft.

Jede Gesellschaft versucht zwar, ihre Mitglieder über eine bestimmte Kultur mit Sprache und Riten zu *binden*. Lokal bietet sie eigene Gerüche und eigenen Geschmack. Sie halten sie ihre Mitglieder somit, so gut es geht, über den „Geist“ und den „Bauch“. Aber das *Laufwesen* homo sapiens hat sich trotz allen Heimatgefühls, ähnlich dem der Lachse und Schildkröten, über diese Welt (von Afrika aus nach Australien mit wenigen Müttern und langsam mit statistischen 50 km pro Generation) ausgebreitet und zusätzlich neue Heimaten gefunden. So hat er immer wieder für sich und die Seinen eine eigene (Sub-)Gruppe gebildet und für seine Kinder eine neue Heimat aufgebaut, wobei er dennoch mutmaßlich die *Nähe* zu seiner Ursprungsfamilie aufrechterhalten hat. Lockere Kultur- und Sprach-Stämme konnten sich somit bilden. Zu bedenken ist ohnehin, dass die Inzestgefahr den Menschen stets zu neuen *Kleinfamilien* zwingt. Fremdheiraten stärken zudem durch ihre neuem Gen-Kombinationen die Immunabwehr der Kinder und bieten Wissenstransfers.

- *Erhöhter Binnendruck von Großgesellschaften und Regulation der Wanderbedürfnissen.* Ein weiteres *friedliches Verbreiten* über die Welt ist dem Menschen erst seit ein paar Tausend Jahren nicht mehr möglich. Großgesellschaften mit Städten entstehen und sie müssen den *Binnendruck,* der sich nunmehr aufbaut, regulieren.

*Rein humane Biotope* mit „Raub und Friedwesen“ entwickeln sich. Komplexe systemische *Hackordnungen* sorgen für Zwang und sie fördern die (göttlichen) Zuteilungsidee, dass jede Familie ihren festen Status-Platz hat. Auf den Tausch dagegen setzen die Arbeitsteilige Ökonomie sowie die Kunst und die

Wissensverbreitung, Schrift und Zahlen helfen, Informationen, analog zu den Genen, zu verfestigen.

- *Lokale Hackordnungen*. Status-Menschen können nunmehr nur, aber immerhin die Nächsten-Gruppen wechseln und in *mehreren Nächsten-Gruppen* gleichzeitig leben (Beruf, Familie, Sport). Aber ihre *alte psychische* Grundausstattung nehmen sie mit. Insofern ist jede Großgesellschaft klug beraten, wenn sie zumindest möglichst viele kleine lokale und regionale *Hackordnungen* fördert.

Der Status-Mensch will also einen eigenen kleinen *Ort* mit *Status* für sich und die Seinen. Das ist aus seiner -biologisch begründeten- Sicht gerechtfertigt und auch lange Übung. Handelt er also scheinbar aus Wut oder Ärger oder zur Rache, so treibt ihn eigentlich dieser Beweggrund an, der lautet: „*Ich will (m)einen Platz mit Status!"* „Ich will Herrscher über das Eigene sein". Kann ich nicht auswandern, so ist es am einfachsten ich eigene es mir gegen den Willen eines anderen Eigentümers an. Im Hintergrund drohen dann Kleinkriege und Aufstände.

- *Frustration*. In der Tat übt die bestehende Statusordnung einen auf jedes Mitglied aus, sich an die Regeln zu halten. Jener führt beim Nachwuchs zu *Frustrationen*. Dieser Druck löst sich dann in der Tat, sich ohne Gegenleistung, ohne Erlaubnis fremde Güter zu nehmen. Aber der echte Statustäter sieht sich *selbst im Recht*, sich als Alpha-Herrscher aufzuführen.

Der junge Täter will einen eigenen Status, der alte, der *straft*, will seinen Status verteidigen, indem er auf die Einhaltung der Hackordnung drängt. Beide Gruppen sind Status-Täter in Sinne der einfachen natürlichen *Hackordnung*.

Mit dieser gesteigerten Wut und dem Imponiergehabe des alten Alpha-Herrschers muss jeder niederen Angreifer *rechnen,* was ihn in seinem Streben eindämmt. Unterwerfungsgesten führen dann aber und zumeist auch *unterhalb des staatlichen Strafrechts* mit seinem Täter-Opfer-Ausgleich zu „Beißhemmungen" mit zivilen Geldbußen, Unterlassungserklärungen, Vergleichen etc., alles ein Feld für die *Mediation*.

- *Recht auf Status-Veränderung.* Das Recht auf Verbesserung des sozialen Status (persuit of happiness, Freiheitsrechte, Art. 2 I GG) gehört dabei zu den gesellschaftlich und rechtlich anerkannten westlichen Grundprinzipien.[1195] Die Idee davon, dass jeder Mensch mit der Geburt einen festen Platz in der Gesellschaft „gerecht" zugeteilt erhalten hat, bildet allerdings das passivische

[1195] Kunz/Singelnstein, Kriminologie, 2016, § 9 Rn 12.

Gegenmodell. Es ist eng mit der Rückbindung an eine göttlich-natürliche Sittenlehre verknüpft.

- *Hackmodell des nicht kriminellen Ritualisten*. Die (untere) Mittelschicht, so heißt es, behilft sich dann zum Ausgleich mit „leerer" Ritualisierung[1196] und nimmt deshalb von Kriminalität Abstand. Aber und mit den Worten der Kriminologen *Scheffler* und *Weimer-Hablitzel* formuliert:

*"Der Ritualist unterwirft sich nicht nur selbst den institutionellen Normen, sondern fühlt sich auch dazu berufen, andere ständig an die Einhaltung der Regeln zu gemahnen und sie zu überwachen*."

So stabilisiert die breite untere Mittelschicht zugleich auch das System, indem sie auf rangniedere Mitglieder, wie Obdachlose, „einhackt". Aber auch die Mitglieder diese Schicht sind noch anderen im „Status" überlegen. Es genügt, dass sie einen „Platz zum Leben" gefunden haben. Sie können es auf diese Weise auch sich selbst und den Nächsten beweisen. Schon die Kraft zu „hacken" (mobben), verfestigt den Status oder erschafft gar erst. Ohnehin richten sich der Neid und das Konkurrenzdenken nur auf den *nächsten Nachbarn* mit dem etwas höheren Status.

- *Einordnung in die Straftheorie*. Die *Status-Täterschaft*, bei den Männern vereinfacht das Rebellen- oder Kriegermodell, dominiert also das Strafrecht, so zumindest so wie wir es betreiben. Das Strafen dient danach der *Aufrechterhaltung von Ordnungen* und Hierarchien innerhalb von Gemeinschaften und geht einher mit Daseinsvorsorge dem Schutz nach außen.

Diese Sicht entspricht der *generalpräventiven* Strafidee und verwendet einen wertfreien *soziologischen* Grundansatz. Auch lautet die sinnvolle Folgerung aus ihr, den Tätern ständig Angebote zur Resozialisierung zu unterbreiten, um sie in die Gesellschaft wieder einzugliedern.

- *Fazit*. Die vor allem männlichen Gewaltbereitschaft ergibt sich aus einem *Status-Bedürfnis*. Es ist ebenso wie das reaktive Hack-Bedürfnis des Strafens weitgehend *natürlichen Ursprungs*. Angelegt sind sie in allen Menschen. List und Treubruch ergänzen die Gewalt, die ihrerseits auch die bloße Androhung als Erpressung miteinschließt. Das Status-Empfinden hat sich in der Evolution für nach außen aggressive *Kleingruppen* als nützlich herausgebildet. Diese Grundeigenschaft hat der Mensch zu zivilisieren. Einen bekannten Weg bilden die Sportvereine, ein zweiter die Polizei und die Bundeswehr und einen dritten

[1196] Scheffler/Weimer-Hablitzel, Weg, 2004, 488 ff., 488, aus dem abstract.

bereits kritischen die privaten lokale Sicherheitsdienste. Nur sind sie möglichst auch im Zusammenwirken mit Frauen zu betreiben.

3. Vier weitere Persönlichkeitsfacetten kommen hinzu und lockern diese einfache sozialbiologische Sicht auf.

(2) *Amoralische Spiel-Täter*. Vor allem Täter, die durch *List* und *Treubruch,* also *unfair* im Sinne des Tit-for-Tat-Modells, ihren sozialen Status verbessern oder halten wollen, lassen sich auch als *amoralische* Spiel-Täter bezeichnen und damit von den *Gewaltbereiten* abschichten.

Sie sind auf *allen Ebenen* der Gesellschaft zu finden. Auch sind sie nicht vorrangig auf Männer beschränkte, sondern auf alle „Personen" im liberalen Sinne bezogen. Sie besorgen sich *kurzfristige Vorteile*, und zwar auch solche in privaten Beziehungen und Netzwerken.

Als solche Spieler auf einem *Markt* können größere *Kollektive* auftreten, wie Unternehmen, Verbände Kirchen oder Staaten. Deren aktive menschliche Vertreter gelten dann als die typischen Spielertäter. Im Spiel gelten die *Anderen* entweder als *aktive* Mitspieler (oder deren menschliche Vertreter) oder aber sie gehören zur Masse der bloß passiven Spielfiguren.

Halbfreie Spiele finden im Recht mit dem Abschluss der *zivilen Verträge* statt, die konkrete Spielregeln festlegen, die sich aber innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen bewegen müssen. Sie kann man mit *Erpressung, Betrug oder Untreue* brechen. Die *Marktgerechtigkeit* des „do ut des" oder des „tit for tat" arbeitet an sich mit der Idee von blinden und amoralischen *Spielzügen*. Sie versagt jedoch bei kranken, armen und sonst handlungsunfähigen Mitspielern.

Die *Ökonomie* bedient sich nicht umsonst der *Spieltheorie*. Selbst jede *Verwaltung,* die etwas plant, „spielt Szenarien" durch und muss sich dabei innerhalb des Rahmens des öffentlichen Rechts bewegen, vor allem dem der Verfassung. Sie dürfen die betroffenen Menschen „nicht bloß" zu *Spielfiguren* degradieren.

Spieltäter sind *keine* Rebellen, aber sie agieren ebenfalls und mit anderen Grundhaltungen als *Status-Täter* im Sinne der *Anomie*-Theorie. Die religiösen Rückbindungen haben nachgelassen, es fehlt also an einer göttlich-natürlichen Ordnungskraft. Im Sinne von *Durkheim*[1197] fehlt es der Gesellschaft an echter Arbeitsteilung, an Kooperation oder es herrscht erzwungene ausbeuterische Arbeitsteilung. Danach ist dann die Kriminalität ein Produkt der -ungerechten-

[1197] Vgl. Durkheim (Schmidts), Arbeitsteilung, 1893/1988, 422 ff, 490.

Gesellschaft. Sobald die Täter aber ihr *Recht* daraus ableiten, agieren sie nicht amoralisch, sondern gehorchen ihrer eigenen revolutionären Moral.

Die kindliche *Spielnatur* auch des erwachsenen Menschen bedeutet, dass er fair die *autonomen* Spielregeln *mit anderen* (intersubjektiv) abstimmt. Dazu gehört auch das Vertragsprinzip. Straftäter agieren insofern nach ihren *eigenen Spielregeln*.

Sie *wetten* darauf, nicht entdeckt zu werden, und meinen. ihr Verhalten gehöre mit zum eigentlichen „großen Spiel". Dies führt zum *Spieltäter* (weil ich es kann, kann ich es versuchen).

Es ist evolutionär gewendet der „trial and error-Spieler".

Er zahlt die Strafe aus liberaler Sicht als Preis, den zuvor Sozialvertraglich für den Markt bestimmt ist, ihn hat er miteinkalkuliert. Er willigt zumindest in der Risiko seiner Bestrafung ein, auch wenn er glaubt, unerkannt davonzukommen.

(3) *Gefühls-egoistische Täter*. Vorrangig um die Lustbefriedigung als solcher (Adrenalin-Kick, Dopamin, Hormone), geht es dem Täter, die auch mit einem *Rausch* am Tabubruch verbunden sein kann.[1198] Er genießt vor allem das *kurzfristige Selbstgefühl* bei der *Gefahrenbewältigung*. Die gierige *Marshmallow*-Persönlichkeit gehört dazu. Sie passt im Ansatz auch zur Low-Self-Control-Theorie von *Gottfredson/Hirschi*. Dies sind die *Lust-Täter*.

Zum anderen besteht das Bedürfnis zur *emotionalen Bindung* und zur Bildung von horizontalen Nächsten-Gruppen, von privaten Netzwerken und Partnerschaften. Für sie muss man sich attraktiv machen und halten und auf die Konkurrenz blicken. Man leidet an Neid und Eifersucht, also an *Unlustgefühlen*.

Etliche emotionale Straftaten sind deshalb mit dem natürlichen *Egoismus,* zugespitzt im Sinne von „*Narzissmus, Neid und Eifersucht"* sowie auch *von „Frustration"* verbunden. Auch die Stress- und Frustrations-Drucktheorie bedient diesen Bereich. Dies sind die *Frust-Täter*.

Der Egoismus als „Selbst-Sein" und auch sich selbst zu „fühlen" gehört zum Wesen zumindest aller Säugetiere. Lust und Unlust kennen auch sie. Aber auch

[1198] Sachser, Mensch, 2018, 14 („Bei allen Säugetieren einschließlich des Menschen sind es diegleichen *Hormone,* die es dem Organismus ermöglichen, mit *Stresssituationen* fertigzuwerden, sich an wechselnde *Umweltbedingungen anzupassen* oder sich *fortzupflanzen*…". So ist auch die „Produktion der *Sexualhormone* Testosteron und Östradiol, der *Stresshormone* Adrenalin und Cortisol oder des *Hormons der Liebe*, Oxytocin" identisch.)

das *Mitleid* verschafft ein Selbstgefühl. Es ist deshalb zum Ausgleich kollektiv zu üben und als resozialisierende Therapie anzubieten.

Vereinfacht *fühlen* sich Lust- und Frusttäter als *Opfer* der *Reize,* und sie wollen ihren Gefühlshaushalt mit dem Übertritt in die *Täterschaft* zufriedenstellen. Schon mit der *fantasievollen Planung* beginnen sie in die für sie so besonders lustvolle Täterrolle überzuwechseln. Die meisten Menschen verharren in solchen Gedankenspielen und setzen sie als bloße innere Reinigungsrituale ein. Einige Menschen aber nutzen diese Machtfantasie zur konkreten Planung.

Zwar ist zu bedenken, dass es stets bestimmter *Motive* darf, um den Menschen zu irgendeinem Tun veranlassen, und dass die Taten dann immer auch dazu führen sollen, den Menschen „zu Frieden" zustellen. Im Strafrecht löst auch schon das Erleben *erfolgreichen Tatherrschaft über selbst eroberte Rechtsgüter* das Lustgefühl eines Herrschers aus. Aber wesentlich ist für Gefühlstäter, dass die intendierte Aktion *vorrangig* dazu dient soll, die eigenen Gefühle in egoistischer Weise zu befriedigen.

Dieser *Antriebsgrund* selbst muss dem Lust- oder Frusttäter auch nicht als solcher bewusst sein. Vielmehr wird auch er gern als das „vernünftiges Wesen", als das auch er sich sieht (oder sich zumindest im Westen sehen sollte), seine eigentlich „niederen Beweggründe" mit den scheinrationalen *Neutralisationstechniken* (*Sykes/Matza*)[1199] sittlich veredeln.

Die Soziobiologie wird erklären, dass bei den Gefühlstätern, die vor allem ihre Lust oder ihre Unlust befriedigen, erkennbar das *Instinkthafte* deren Verhalten dominiert. Deren Basis ist zumindest *allen Säugtieren* gemein ist, auch wenn die Menschen ihre Gefühlswelt auf ihre Weise ausprägen konnten und mussten. Da der einzelne Mensch aber seine Gefühle grundsätzlich zu kontrollieren vermag und seine Gemeinschaften sie auch mit Riten zu zivilisieren suchen, können die Emotionen des Menschen sogar noch *kräftiger* und *wilder* ausfallen. So wirkt sich auch auf der Gefühlsebene aus, dass der *Gehlen*-Mensch im Vergleich mit anderen Primaten genetisch teilbefreit und also ein Generalist ist.

Auf die Denkwelt des Schuldstrafrechts übertragen, bedeutet dies, dass wir dennoch davon ausgehen, dass solche Lust- und Frust-Täter auch *hätten anders*

---

[1199] 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. Etwas 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. Kap. E.

*handeln können*, dass sie es aber nicht wollten und dass sie ihren egoistischen Gefühlen *bewusst* „freien Lauf" gelassen hat, um *vorrangig* diese Gefühle zu bedienen.

(4) *Moral-Verteidiger*. *Terroristen* und sonstige *Überzeugungsstäter*, wie bei *Ehrenmorden*, verteidigen nicht nur das Recht, sondern ihre eigene *heilige* oder *ideologische* Moral. Angelehnt an *Agnew* stellt ihr *Glaube*, der über sie gekommen ist, sie unter hohen Druck (strain).[1200] Sie sehen sich selbst nicht als einfache Raub-Krieger, nicht als Spieler und nicht als Lust- oder Frust-Täter. Sie dienen einer höheren Gerechtigkeit.

Junge Terroristen wollen damit zugleich für sich und ihr Selbstgefühl einen höchsten Ich-Rang durch den *Märtyrer-Status* erlangen, indem sie heilige Rache an der alten Gesellschaft üben. Aus ihr Sicht senden sie zugleich eine starke „Ich"-Botschaft, die man zum Teil auch als verdeckten Hilferuf im Sinne der Suizidforschung verstehen kann. Als solche wollen sie für sich und andere selig oder heilig oder auch nur als mächtiger Rächer berühmt werden und als hell leuchtender Stern verglühen.

Ältere Terroristen wollen zugleich im Diesseits *neue religiöse Gemeinschaften* formen und früher vielleicht sinnvolle alte Stammesethiken in eine *neue Zeit* übertragen. In ihnen und ihren Ordnungen erstreben sie bereits Diesseits einen *hohen politischen Status*. Sie verteidigen nicht nur ein heiliges gerechtes System und dessen Recht. Sie üben nicht nur gerechten Widerstand gegen das vorhandene System, sondern sie verfolgen einen neuen *Gründungsmythos*. In ihm übernehmen die neuen Führer die Rolle von halbheiligen *Übereltern*. Dazu gehören nicht nur die Organisationen des islamischen Staates (IS), die Rote Armeefraktion (RAF) oder rechts-extreme Kampfgruppen.

Von einfachen Gewalttätern und deren Clan-Gruppen trennt sie die *Ideologie*.

Dahinter verbirgt sich -umgekehrt und von der Macht her gelesen- vermutlich erneut eine Art von *Neutralisationstechnik*. Wer mit *selbst organisierter Gewalt* einen hohen Rang erlangen will, der kann auch Religionen und Weltanschauungen dazu nutzen. Nach denselben Grundsätzen wurden und werden auch politische Kriege für „Gott und Vaterland" überhöht und die getöteten Soldaten zu gefallenen „Helden" erklärt. In der Regel aber vereinigen sich hierbei höhere Macht und höhere Moral.

Zu den menschenrechtswidrig agierenden *Moral-Verteidigern* zählen auch die Mitglieder eines öffentlichen Dienstes, die Rechtsbrüche (mit Gewalt, List oder

[1200] Agnew, Strain, 2010, 136 ff.

Treubruch) für eine *höhere ideologische Staatsraison* oder im Rahmen eines *ideologischen* Unrechtssystems (Nationalsozialismus, DDR) begehen.

Aber auch wir *Strafenden* können uns als *überzeugte Moral-Verteidiger-Täter* in der Rolle von *Übereltern* begreifen, wenn wir *gerecht*, wenngleich human strafen. Dabei lassen wir die Gerichte „im Namen des Volkes“ handeln und streuen die Verantwortung für die zugrundeliegenden Gesetze breit. Wir sehen das Strafrecht als althergebrachtes Recht und übertragen dessen Bestätigung den Über-Eltern einer mythischen verfassunggebenden Versammlung. Richtig müsste es heißen, Gerichte und die Exekutive straft im Namen eines jeden einzelnen Demokraten. Anderenfalls müsste er politisch tätig werden oder auswandern.

Unser westliche Ideologie unter wirft die heilige Staatsgewalt die Idee der Menschen- und Bürgerrechten und der demokratischen Teilhabe an Staatsgewalt- Kurz; Sie setzt auf die Idee der irdische *Vernunft* und die Eigenverantwortung jedes Einzelnen.

(5) *Gott-Spieler*. Mit dem Begriff des *Gott-Spielers* sollen vor allem solche *Mordtäter* erfasst werden, Es sind Mit-Menschen, die sich über das Leben anderer erheben und Schicksal spielen. Sie handeln nicht im Dienste einer höheren Moral, sondern vorrangig, weil sie es können und wollen.

Dazu zwar gehören ebenfalls die Gewaltbereiten, Der Mord ist deren schwerste Form. Aber spätestens der *Taterfolg* der Tötung verändert *rückwirkend* das Selbstbild des Täters Was zunächst als „Spiel mit dem Leben“ begonnen hat, wird zur Realität. Es handelt sich also *nicht* um eine besondere menschliche Eigenschaft, sondern um Gewalttäter, die wir und die sie sich über den Taterfolg „stigmatisieren“. Beim jedem Nacherleben ihrer Tat spiegeln sie die Opferseite.

Deshalb werden Todesschützen auch versuchen, die Opfer als Zielobjekten zu verfremden. Mordtäter stellen sich fast zwangsläufig die Frage, wer bin ich nun, und sie über-determinieren ihr Selbstkonzept. Sie werden zugleich durch die *Nächsten* und durch die *Gesellschaft* in eine „dämonische“ Sonderrolle des mächtigen *Tabubrechers* gedrängt.

Im Strafvollzug können verurteilte Mordtäter sich aus dieser Sonderrolle der Stigmatisierten entweder aktiv, aber langsam durch *aktive Schuldübernahme*, Fortbildung, aber auch mit der Zeit und dem Altern, herausentwickeln oder aber sie wechseln offen in die Rolle von *Krieger-Soldaten* über. Passiv können Mordtäter zudem regressiv werden und in leeren Ritualen verharren oder sie können sich selbst „totstellen“, etwa indem sie in Traumwelten leben.

Bei *Raubmord* etwa steht nicht mehr der gewaltsame Statusgewinn, also der Raub, im Vordergrund. Vielmehr prägt die schicksalshafte egoistische *Tötung* eines Menschen aus egoistischen Beweggründen den Täter über den Erfolg.

Die strafrechtliche Reaktion auf den Mord passt dazu. Langfristige Strafen von grob 15 Jahren gleichen einem Schicksal. Mit ihnen wird aber vorrangig versucht auf humane Weise nicht nur den *Unrechtserfolg* auszugleichen und dem Täter Gelegenheit zu geben, aus dieser dämonischen Gottspieler-Rolle herauszuwachsen.

*Blick auf den Krieg*. Als Krieger kann der Täter das Töten noch kompensieren, muss dann aber in die *Sonderrollen* eintreten, Menschen auch tatsächlich berufsmäßig oder für seinen Clan zu töten. Aber selbst nahkampferfahrene Frontsoldaten, die für eine gute Sache kämpfen, entwickeln vielfach *posttraumatische Belastungsstörung*. Sie haben zumindest Mühen, nach dem Krieg in die Friedensgesellschaft zurückzufinden. Sie versuchen ihre Erinnerungen vermutlich mit dem Hinweis auf den Krieg zu „neutralisieren". Nicht sie selbst, sondern der Krieg sei schuld. Und sie bauen sich nach und nach ein zweites Friedens-Selbstkonzept auf.

Jedenfalls besteht offenbar zwischen den *allgegenwärtigen* Kriegs*spielen* und dem Erleben der Kriegs*wirklichkeit* ein beachtlicher Unterschied. Die Wirklichkeit prägt uns um.

Der Mensch kann also gut zwischen Spiel und Realität trennen. Wir kennen *Übermacht-Fantasien*, verfolgen sie in dramatischen Schauspielen oder spielen Kriege in Brettspielen, wie dem Schach etc., selbst. Aber ihre reale *Umsetzbarkeit* haben wir *tabuisiert* und verbergen diese realen Möglichkeiten im Frieden mithilfe von Neutralisationstechniken *vor uns* selbst. Beides hat seinen guten Grund. Wir müssen auf Kriege vorbereitet sein, aber jeder reale (Nachbarschafts-) Krieg droht uns selbst als *Individuen* und unsere genetischen Nächsten zu töten und unsere privaten Netzwerke zu zerreißen.

Am Ende steht die einfache Frage: Wie würden wir uns tatsächlich in Kriegslagen und dort bei der Bedrohung unserer Nächsten verhalten? Würden wir nicht selbst nach den ersten eigenen Gewalt-, List- und Treubruchakten auch *verrohen* (können)?

Zum *Umfeld des Mordes* gehören auch alle anderen *Kapitaldelikte*, wie die Brandstiftung mit Todesfolge oder die Vergewaltigung mit Todesfolge. Das Gesetz sieht für solche *außerordentlichen* Taten zu Recht eine gesonderte Schwurgerichtskammer vor, § 74 GVG.

So lässt sich also zwischen rebellischen Gewalttätern, die als *Raubkrieger* auftreten und den *Mördern*, die *tatsächlich* gottgleich gehandelt haben, noch einmal unterscheiden.

4. *Gesamtbetrachtung*. Drei der Ausprägungen lassen sich indirekt schon bei *Platon* finden, der sich wirkungsmächtig und vorchristlich bereits mit der Seele des Menschen beschäftigt hat. So hebt der Athener im Diskurs über die besten *Gesetze* die „*Gottesfürchtigen, die Ehrliebenden und die, deren Liebessehnsucht nicht auf die Leiber, sondern auf die Schönheit des Gemütes gerichtet ist*", hervor.[1201] Negativ gelesen kennt und verachtet jener also die „Gottspieler", die „Status-Kriminellen" und die egoistischen „Glücks (-lust)-Befriediger".

Diese fünf Persönlichkeitsfacetten sind zudem immer auch zusammen zu würdigen und dabei noch einmal zu relativieren.

- So gilt es zunächst zu beachten, dass es *Übergänge* gibt. So wirkt der konkrete *Unrechtserfolg* bei aller Gewaltdelikte, aber auch der Unrechtserfolg von List- und Treubruchdelikten wirkt auf das *Selbstkonzept* des Täters zurück. Dies geschieht nur bei weitem nicht in demselben Maße wie beim Mord oder den sonstigen Kapitaldelikten.

Schon mit dem Gefühl der *erfolgreichen* Tatherrschaft verändert er seine Persönlichkeit und erst recht als Wiederholungstäter. Aber auch den *verursachten Schaden* wird und muss er mit seiner Person und seinem *Selbstbild* verbinden.

Wer in fremde Wohnungen einbricht, empfindet nicht nur das Glücksgefühl seiner Tatherrschaft, sondern muss auch damit leben, dass er Angst verbreitet. Er wird sich dazu zwar der *Neutralisierungstechniken* bedienen, um sein Überich, sein Gewissen oder sein Schamgefühl zur beruhigen. Gerade auch sie zeigen, dass er einen Schutzpanzer um sich legen muss und also verhärtet. Das sozialreale deutsche Strafrecht sanktioniert zu Recht den fehlgeschlagenen Versuch weit milder als die erfolgreiche Tat (§§ 22, 49 StGB).

- Zudem stecken in *jedem* Menschen mutmaßlich *alle* diese fünf Fähigkeiten und Eigenschaften (und vermutlich auch mehr). Jeder kann (nicht muss) auch Straftaten begehen, deshalb richten sich die demokratischen Strafgesetze in der Regel auch an alle Menschen. Vermutlich verstärken der private Machtlust und die Idee: „Ich könnte es eigentlich auch, aber ich verzichtet darauf!“ auch das Strafbedürfnis, das dann seinerseits zu einem die Allgemeinheit (der wehrhaften Männer?) befriedigenden Akt der *demokratischen Machtausübung* führt. In den

[1201] Platon (Susemihl), Nomoi/Die Gesetze, 841 St.2a.

Straftaten zeigen sich diese fünf Eigenschaften (oder auch mehr) dann in *unterschiedlicher* Weise.

- Z*usätzlich* werden die Eigenschaften von den Tätern *auch situativ* erst mit der Tat *ausgeprägt*. Der Täter ist also schon deshalb *nicht* durch seine Persönlichkeitsstruktur *voll determiniert*.

- Schließlich kann jeder Täter, so meint das Schuldstrafrecht, immer doch auch noch *anders* handeln. Der Täter verfügt bis zuletzt über eine Art von „sittlichem Veto-Recht", etwa im Sinne des (straffreien) *Rücktritts* gemäß § 24 StGB. Insofern erweist er sich als ein freier *Spieler*, der auch aus seinem eigenen Spiel noch aussteigen und die Regeln für sich verändern kann.

5. Alle unsere Taten vereinen aber die beiden *Grundelemente* des Angriffs oder der Aggression, und zwar

- *nach außen*: um etwas, und sei es auch nur einen Frei-Raum, zu erobern, also etwas zu nehmen, ohne etwas zu geben, und
- *nach innen*: um sich dabei als „Selbst-Herr der Tat" glücklich zu fühlen.

Das gilt selbst auch für das gerechte und humane Strafen im Hinblick auf den zweiten Teil, für unser Einsteigen in die Strafherrschaft, die uns auch ein „Guter-Herrscher-Lust-Gefühls" verschaffen soll. Wir begreifen uns zur unser Rechtsfertigung dabei als fast gottgleich und als eins mit unseren geistigen Über-Eltern und deren auf uns überkommenen höchsten Moral.

## 5. Kapitel

## Anthropologische Straftheorie (Einzelne Thesen)

### I. Reaktionen: drei Panik-Reaktionen und die Strafe, drei Reaktionsmuster des Strafgefangenen; Vernunft und Befriedigung von Strafbedürfnis

1. Auch Reaktionen sind Aktionen. So ist zunächst ein ähnlicher Blick auf das Strafen zu werfen: auf die drei Panik-Reaktionen und die Strafe, auf die drei Reaktionsmuster des Strafgefangenen sowie auf die Dialektik von der Vernunft des Strafens und der Befriedigung des Strafbedürfnisses.

*Drei Panik-Reaktionen.* Schwere Straftaten im Bereich der Kapitaldelikte und ihrem unmittelbarem Umfeld stellen für alle Nächstengruppen und alle, die mit ihnen fühlen, eine *Krisenlage* dar. Sie rufen eine Art von *Panik* hervor.

Auf den zweiten Blick erscheint diese Annahme einer Art von *Notstand* auch nicht unberechtigt. Denn bei den *schweren Straftaten* droht immerhin eine *latente* Wiederholungsgefahr. Sie ist *zwar gering*, aber dennoch *gewichtig*. Denn erstens kann sich kein Lebenswesen erlauben, auch nur *einziges Mal* in seinem gesamten Leben einer um ein Drittel erhöhten realen Lebensgefährdung, überhaupt oder aber gar durch seinen Nachbarn, ausgesetzt zu sein. Anderenfalls würde eine Drittel der Bevölkerung daran sterben. Außerdem erhöhen sich die Anzahl der Realisierung dieser Todesart gerade in Großgesellschaften. Es gibt regelmäßig solche Prozesse, und die *medialen Berichte* darüber verfügen über einen realen Kern. Und es ist eigentlich die *gegenwärtige Erinnerung*, die wir bekämpfen.

Insofern bleibt eine Art *latentes Notstandsrecht*, das *zusätzlich* mithilft, das Strafen zu begründen. Aber uns sollte bewusst bleiben, dass wir auch in diesem Bereich der Kriminalität nur *selektiv* strafen. Selbst dringender Tatverdacht gegenüber einem Angeklagten reicht uns in dubio pro reo für eine Verurteilung nicht aus. Das gilt zwar insbesondere für Rocker- und Clankriminalität. Aber bei vielen Todesfällen verzichten wir in Deutschland zum Beispiel auf eine gründliche Leichenschau. Verdächtige Todesfälle in Krankenhäusern werden verschwiegen. Alkohol- und sonstige Drogen und Verkehrstote gehören zum sozio-kulturellen Lebensrisiko.

Im Mittelpunkt steht also die Verbindung mit „Gewaltdelikten“, und an sich „natürliche“ Grundmotiven wie Raub und Vergewaltigung, Eifersucht und Rache. Es handelt sich um „Statusdelikte“.

Mit diesem Vorbehalt gilt für das Strafen: Mit drei Arten reagieren wir auf Lebensgefahren. Die drei biologischen *Grundmodelle* der Reaktionen lauten:

- *Gegenangriff*, um den geistigen Angriff auf unser eigenes Status-Recht-System der „elementaren Werte des Gemeinschaftslebens“ oder um die frische konkrete Erinnerung an Tat und Opfer mit aller *Strafverfolgungsmacht* zu bekämpfen. Dazu setzen wir sofort die Kriminalpolizei ein, auch um selbst aus der Opferrolle heraus zu kommen, Wir bedienen uns auch der Untersuchungshaft zu diesem Haupt- oder Nebenzweck, §§ 112 f. StPO.

- *Flucht*, hier auch als kluger Rückzug, um uns zu sammeln, er führt zum Verzicht auf sofortige wilde Reaktionen und die Einleitung und die Achtung eines *rechtsstaatlichen* Strafverfahrens. Vielfach und auch faktisch auch als Abwarten weiterer Taten und die Hoffnung auf eine Festnahme auf frischer Tat, vgl. § 127 StPO.

- *Totstellen*, heißt das Verdrängung von Dunkelziffern. Die Abschottung und Gleichgültigkeit gegenüber den vielen Opfern gehörten zum Alltag.

Auf *akute* Krisen reagieren wir derart privat stets und auf *latente* Wiederholungsgefahren reagieren wir -privat oder auch kollektiv- *selektiv* und *symbolisch*.

2. Aber grundsätzlich ist zu unterscheiden: Für den Staat mit seinem Gewaltmonopol und auch mit seiner Identität als demokratischer Rechtsgewährungsstaat, ist es *real* unabdingbar, *überhaupt, regelmäßig* und auch *gerecht und öffentlich* zu strafen. Eine Gesellschaft entsteht erst durch allgemeine *Kommunikation* und (abgestimmte) Kooperation. Ein heimliches und unbekanntes Strafen würde nicht ausreichen.

Deshalb hilft auch die Beobachtung von Herrscher-Strafen, die immer auch Status-Strafen sind. Denn sie vermitteln die Botschaft, die Rangordnung besteht fort. Weil es in Demokratien vorrangig um Symbole geht, die Signale aussenden, bedarf es für das Strafen entsprechender *Riten.*

Auch jede Gewalttat, eine staatliche wie eine private, beinhaltet einen Kommunikationsteil, nämlich *wider den Willen des Opfers* zu sein.

Die potentiellen Opfer, also wir alle, benötigen zunächst einmal private oder polizeiliche Hilfe zur Abwehr unmittelbar drohender Angriffe. Für *latente Lebensgefahren* geht es uns nicht vorrangig nur um die reale Gefahrenabwehr, sondern um eine besondere Art der Vorbeugung, um *Panik* und deren drei

Folgen einzudämmen. Die Gesellschaft muss auf *kommunikativem Wege* unser *Selbstbild* und unser *Selbstvertrauen bestärken*.

Aber sein Selbst stärkt und erhält der Mensch bei *traumatischen* Ereignissen vorrangig mit *privaten* Netzwerken der Familie und Freunde sowie über ökonomische, medizinische und auch karitativ-religiöse Rückversicherungen.[1202]

Deshalb sind es vorrangig die *mitfühlenden* demokratischen *Dritten* und die Nächsten *im weiten Sinne* und ihre große Zahl, die erfolgreich die Strafe und ihren Ritus vom Staat einfordern (können). Auch insofern handelt es sich beim Bürgerstrafrecht, um ein *empathisches Nächsten-Strafrecht*.

Ansonsten ist es eben auch der Staat selbst, der das gerechte und humane Recht, und mit ihm das zivilisierte Ausgleichen, für sein kollektives *Selbstbild* und sein *kollektives Verfassungsgefühl* benötigt.

Viele einzelne *Beispiele* und große *kollektivierte Traumata* arbeitet der Verfassungsstaat *regelmäßig* mit großem personalen Aufwand und ohne Unterlass mit *rituellen Prozessen* auf.

3. Danach bleibt noch der Blick auf die *Reaktion* des Gefangenen im Vollzug.

Er befindet sich zwar nicht akut in Panik, aber in einer ähnlich stresshaften Dauerlage, in der auch reale Panikattacken als Vollzugskoller immer wieder aufbrechen können.

*Aggression*, *Regression* und *Totstellen* dürften auch hier die drei Arten der von ihm zu erwartenden Reaktion sein.

*Aggression* heißt, dass der Straftäter aktiv einen von zwei Wegen beschreitet, mit denen er im Vollzug aus seiner passiven Strafopferrolle heraustreten und in eine Täterrolle überwechselt kann.

- Er kann die Strafe „als eigene“ annehmen, etwa schon in der Hauptverhandlung mit einem Geständnis. Dann wird auch der Vollzugsplan dementsprechend ausgestaltet werden, Er kann dann Kontakte mit der Außenwelt pflegen und sich fortbilden.

- Aber er kann auch ebenfalls aktiv sich und seine Tat rechtfertigt, indem er sich spätestens jetzt aus der Gesellschaft aus und in eine kriegerische

[1202] Zu „Trauma und Justiz“ im „Handbuch der Psychotraumatologie“: Drenkhahn/Dudeck, Trauma, 2019, 995 ff .

*Stammesgesellschaft* des Vollzugs eingliedert. Er heiligt und *stigmatisiert* sich, und zwar auch mit *Stammeszeichen* ähnlichen Tätowierungen. Er wird im Vollzug eigene *Hackordnungen* aufbauen, und er wird planen, sich an der Gesellschaft mit weiter Taten zu rächen.

*Regression* heißt, er wird sich blind der Gewalt unterwerfen, und zwar der *staatlichen* des Vollzuges ebenso wie der hausinternen *Hackordnung*. Er *verkümmert* seelisch, weil er der Deprivation nichts entgegensetzt. *Verdrängen* kann der Täter seine Lage, indem er regelmäßig Rauschmittel einnimmt.

Auch nach dem Stress-Modell von *Agnew* gibt es generell und in Freiheit zwei Arten der Bewältigung von Drucksituationen, die sich auf die Strafgefangenschaft übertragen lassen. Es ist das „*behavorial coping*" des Menschen, mit er auf Rache oder Verbesserung der wirtschaftlichen Lage abzielt, und sein „*emotional coping",* von Drogenkonsum bis zu Entspannungsübungen.

3. *Vernunft und Strafbedürfnis*. Auf eine Aktion erfolgt eine Reaktion, auf den Druck ein Gegendruck. Aus beidem erwächst ein geänderter „vermittelnder" *Zustand* des neuen Ausgleichs, der alles speichert, (a) den alten Zustand, (b) die Aktion und (c) die Reaktion. In diesem Sinne soll das Strafrecht „etwas Krummes gerade richten".

Es soll dem Täter deshalb vorrangig den illegitimen *Täter-Status*, also das unberechtigte Selbstbild *nehmen*, den er auch nach der Tat noch weiter in sich trägt, und die Strafe soll auf der emotionalen Seite der Erinnerung an das lustvolle Herrschafts-Glückgefühl *entgegenwirken*.

Der Ausgleich bildet die Kernidee jeden *materiellen* Rechts. Über diesen Weg, des konservativen Ausgleichens von unrechtmäßig erlangter *Selbstentfaltung* dient die Strafe auch der Rechtsidee und der alten „Status-Werteordnung" insgesamt. Jedes Ausgleichen befriedigt zugleich das Rechtsgefühl, das mutmaßlich auch Elemente des verdeckten Neides erhält, weil die Antriebe und Ziele selbst von *natürlicher* Art sind.

Außerdem beinhaltet die staatliche Strafe einen staatlichen *Gewaltakt*, mit dem der demokratische Staat seine Herrschaft sichert und ausdrückt. Dies entfaltet bei den *Demokraten* eine Art von (heimlichem oder auch offenem) kollektivem Alpha-Herrscher-Glückgefühl. Bei den mächtigen Exekutiv-Organen, die nicht immer verhindern können, sich auch mit ihren Rollen zu identifizieren, entstehen gelegentlich besondere persönliche Status- und Glücksempfindungen, die auch ein Grund für Machtmissbrauch bis hin zur Folter sein dürften.

Jedenfalls *befriedigt* die Strafe offenbar alle Rechtstreuen, die sich als die Gerechten bezeichnen. Diesem eigentlich verbotenen Gefühl wirken sie gern entgegen. Sie, besser wir, üben Gnade oder mildern die gerechte Strafe, aber wir fühlen auch dabei in seltsamer Weise unsere Macht. Wir versuchen sie mit *überelterlicher Fürsorge* zu verbinden (Humanität und Resozialisierung) und ethisch zu veredeln. Aber die Freiheitstrafe im Strafvollzug stellt dennoch einen massiven Gewaltakt dar. So neigen wir auch *nach* der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung dazu, den realen Vollstreckungsteil des Vollzuges zu verdrängen.

Mehr noch, wir wissen, dass wir eigentlich in jedem einzelnen Falle als Demokraten gnadenweise auf Strafgewalt verzichten könnten. So greifen auch wir am Ende zu den *Neutralisierungstechniken*: Die Strafe sei gerecht und Gesetz, der Täter habe sich Strafe selbst zuzuschreiben und wir seien in der Notlage, nur so neue Taten des Täter oder das Umgreifen von Selbstjustiz verhindern zu können.

Nunmehr können wir auch anfügen: Das Strafen ist offenbar zumindest auch Teil *unser Natur* und vermutlich Teil der universellen *Kooperationsidee*.

Auch der demokratische Staat *unterwirft* sich und sein Gewaltmonopol, dem (eigenem) *Recht* und der (natürlicher) *Gerechtigkeit*. Er nennt sich deshalb stolz einen Rechtsstaat. Die Exekutive lässt sich also von der *Kooperationsidee* der Gerechtigkeit regieren, so dass -auch danach- von Verfassungs wegen dieser Strafidee des gerechten Ausgleichens der Vorrang gebührt.

So können wir idealisierend sagen, es strafen am Ende nicht wir als Demokraten selbst, sondern es straft die harte, aber human abgemilderte „*Vernunft der Gerechtigkeit*“. Sie steckt entweder als eine Art von Über-Eltern-Rolle in jedem von uns. Dieser Vernunft verdanken wir dann unsere Subjektstellung. Oder wir begreifen sie als gute Tradition und Gabe unserer westlichen Grundväter und -mütter an uns.

Aber dennoch sind real wir es, die wie Übereltern strafen. Wer blind herrscht, haftet als Herrscher für sein Tun und seine Gefühle. Wer mit Vernunft herrscht, muss sein Tun und seien Motive gegenüber sich verantworten. Dazu dienen uns zwar die Straftheorien. Aber auch sie geben uns keine ganz klare Antwort darüber, *inwieweit* wir von einem Strafbedürfnis getrieben sind, für das es dann aber immerhin natürliche Gründe gibt.

Die Naturalisten werden jedenfalls anfügen, dass unsere eigentlichen Gründungseltern zum einen die *belebte Natur* (des egoistischen Gens und der kin-selection) und zum anderen die einfache *Physik der energetische Körper* mit

den statischen Prinzipien von *actio und reactio* und der dynamischen Zufalls-Evolution über *trial and error* sind.

## II. Strafe: Hacken und Ausschluss, Statusminderung und Missachtung, gewaltsame Selektion unrichtigen Verhaltens

1. Dem *Status-Werte-Ordnungsprinzip* dient also (auch) das *Strafrecht*, und zwar indem und insofern als es auf Verletzungen mit der Anwendung der beiden Grundmodelle reagiert, dem *Hacken* und dem *Ausschluss* aus der Gemeinschaft. Straftheoretisch betrachtet handelt es sich um die Sicht der „Allgemeinen Generalprävention“[1203] im Sinne des Rechtssystemschutzes und des Schutzes der Rechtsgüterordnung.

Als Strafe, die „auf dem Fuße folgt“, setzen wir in der Regel das bloße „Hacken“ ein, das zwar möglichst sofort beginnt, wir aber als *Prozess* organisieren: Es setzt für den Tatverdächtigen mit der *Beschuldigung* im Ermittlungsverfahren ein, dann folgen Schuldspruch und Geld- oder Bewährungsstrafe (oder aber die Einstellung des Verfahrens oder der Freispruch und eine Entschädigung). Unterhalb des Strafrechts arbeiten wir ähnlich mit den Geldbußen des Ordnungswidrigkeitenrechts.

*Dauerhafter* angewendet führt die Strafe zur *Zwischenstufe* des sozialen „Meidens“, das als Marginalisierung enden kann (mittlere Freiheitstrafe als Straf- und Maßregelvollzug).

Ausnahmsweise kennen wir auch den „Gruppenausschluss“ (lebenslange Freiheitsstrafe als Verbannung nach innen und auch die Sicherungsverwahrung nach der Haftstrafe oder früher das Vogelfrei-Stellen, auch Tötung zur sozialen Verteidigung, Verbannung als Deportation).[1204]

Aber mit Rücksicht auf die Familien und Freunde und heute insbesondere für den *unantastbaren* Alpha-Menschen (zudem mit dem Höchstrang eines Mitdemokraten ausgestattet) wird die Strafe in Deutschland human *abgemildert.*

---

1203 Siehe BVerfG 45, 187 ff., 253 ff.

1204 Dazu aus sozialwissenschaftlicher Sicht: Rehbinder, Verweigerung, 1986, 237 ff., insbes. 238. Aus staatsrechtlicher Sicht: Zippelius, Ausschluss, 1986, 12 ff., 12 f. („Ausschluß und Meidung als rechtliche und gesellschaftliche Sanktionen“ im Sammelband „Ablehnung – Meidung – Ausschluß. Multidisziplinäre Untersuchung über die Kehrseite der Vergemeinschaftung“).

Es reichen Strafen *unterhalb des vollen Ausschlusses* und in der Form von Adels-Ehren-Strafen, also unter Achtung der unantastbaren Menschen-Würde.

2. Das *Strafbedürfnis* des Menschen ergibt sich also aus *Strategien*, die auch die *nichthumane Natur* als *erfolgreich* angesehen hat, dem Denkzettel-Wegbeißen, dem Meiden und dem Ausschluss.

So lässt sich noch einmal zusammenfassend die folgende Analogie zur tierischen Hackordnung aufstellen:

Die *Einstiegstufe* in das Strafensystem besteht im „Wegbeißen", es sichert den Zugriff der eigentlich Berechtigten. Zugleich hält es den Rangniederen in „Schach" und ist mit der Androhung der Wiederholungen und Steigerung verbunden.

Die Steigerung besteht in rituellen *Schaukämpfen* mit *Verletzungen.*

Das Ende bilden die *öffentliche Vertreibung* und das Leben gefährdende Verletzungen. Junge Menschen verlassen ohnehin regemäßig ihre Nächsten-Gruppe und bilden zwischenzeitlich eigene Nächsten-Gruppen.

Auch das Beobachten eines Strafaktes in der Nachbarschaft führt zu einer vermittelten „Sensation", zu der man eine eigene Einstellung gewinnen muss.

Den Ruf nach *abstrahierter* Vergeltung „wegen der Idee der Gerechtigkeit als solcher" ist zwar mit dem *Nützlichkeitsdenken* des konkreten Naturalismus nicht recht vereinbar. (Abstraktionen sind Erfindungen des Menschen, allerdings die Zwischenstufe der Sprach-Symbole verwenden auch Tiere.) Aber diejenigen *Menschen*, denen das *personale Statusdenken* und die *Ehre* besonders wichtig sind, erfahren konkret schon durch eine Beleidigung eine reale und eine psychische Verletzung ihrer sozialen Machtposition und ihres Selbstbildes.

Diese Verwundung kann für sie nur durch einen besonderen Gegenakt der demütigen *Unterwerfung* und der *Freiheitsbeschränkung (*auf Zeit) *geheilt* werden. Das entspricht der *hegelschen* Rechtsidee der Strafe zur Restauration. Ungestraft würde der Täter aus dieser Sicht einen *unverdienten Status* aufbauen. Der in seiner Ehre verletzte befürchtet, dass er bei einem bewussten oder auch nur scheinbaren Verzicht auf Sanktionen den neuen Status *anerkennen* oder dulden würden. Solche Personen, meist Männer, würden auch zur Selbstjustiz und in Gruppen zur Lynchjustiz greifen. Denn auch sie sind grundsätzlich zur Gewaltanwendung fähig und bereit. Der rechtswidrige Angreifer muss also eine „Entehrung" und eine Missachtung erfahren, die seinen rechtswidrigen

*Statusgewinn ausgleicht* und die damit zugleich auch präventiv eine alsbaldige Wiederholung ausschließt.

Für den *exekutiven Staat* gilt Ähnliches. Er selbst achtet sehr auf seinen hohen Status. Angriffe auf einzelne Gemeinschaftswerte sowie auf das Recht überhaupt versteht er, zumindest zugleich auch als solche auf ihn selbst.

Die Exekutive neigt allerdings zum elitären (bei Dynastien und Nepotismus auch direkten gen-) egoistischen *Machtmissbrauch* (Kriminalität der Mächtigen). Deshalb ist sie durch *menschliche Normen* und deren *Kontrolle* einzuhegen, die an die Stelle der *Instinkte* der Tiere treten. Die gesamte *Verfassungsgesellschaft* des Volkes betreibt auf diese Weise ihre Selbstorganisation.

3. Die Frage bleibt aber, weshalb es dann in der *Natur* oder unter *Menschen* überhaupt noch *Normverstöße* gibt. Die Antwort wird lauten: Sie sind für den Einzelnen *nützlich*, weil er -auch- auf diese kriminelle Weise die *Chance* hat, seinen Status zu verbessern, also eine Art von *genegoistisch-natürlicher Eroberung* zu betreiben.

Normverstöße sind auch für die Gruppe sinnvoll, weil sie *unter anderem* Herrschaftssysteme hervorbringen, die nicht nur Gewaltsysteme nach innen pflegen, sondern dieselbe Gewalt (List und Treubruch) auch zur *Verteidigung* und zur *Eroberung nach außen* einsetzen können. Die ständigen politischen Machtspiele spiegeln nach innen das Wesen und den Sinn solcher Dynamik. Die Alternativen bilden starre Ordnungen, die auch die Natur nur auf Zeit duldet.

Gewalt und List dienen der Evolution des gesamten Systems Natur in der Form der blinden *Selektion* und mit dem Ziel der *Emergenz* ins unbekannte *Komplexere*. Insofern handelt es sich auf der Ebene der Natur um eine Art von freiem *Spiel* mit sich selbst, das dann aber langfristig zugleich auch ihrer Selbstorganisation dient.

4. Aber die Natur generell und die Natur des Rechts setzen auch, aber nicht nur auf die „gewalttätige Selektion“ (im Recht als öffentliches Ordnungs- und Strafrecht). Ebenso kennt sie die beiden *friedlichen* Strategien, die der *Kooperation* (Modell des Marktes, geregelt im Zivilrecht) und die der *Solidarität* (vom und für den Einzelnen, im öffentlichen Recht).

Der *Gesetzgeber (oder Herrscher und sein Hofstaat)* wählt innerhalb dieser drei großen Rechtsarten aus, was denn Recht und Unrecht sein soll. Insofern verfügt

er über einen großen „Gestaltungsspielraum“[1205] und vermittelt ihn auch in geordneten Schau-Prozessen auf dem „Forum“.

Aber die beiden -ethischen- Grundprinzipien der liberalen Markt-Fairness (Freiheit) und der sozialen Fürsorge-Sicherheit (Solidarität) beachtet auch er und er muss sie beide zu seinem *Selbstverständnis* erheben. So gibt es vermutlich keine humane Gesellschaft, die nicht -auch- den ständigen Tausch von Waren, Dienstleistungen und Informationen kennt. Ebenso wird auch jede Gesellschaft nach innen eine Art von Sicherheit und Fürsorge bieten. Drittens kann es zwar auch anstelle von westlichen Rechts- östliche Pflichtensysteme geben. Aber der Ruf nach *Gerechtigkeit* (Gleichheit) ist mutmaßlich universell.

Über sich selbst und das Eigene aber „herrscht“ (frei) auch der einzelne Akteur, weil und insoweit auch er sich mit all seinen Ideen und Bedürfnissen immer wieder neu selbst (und mit sich solidarisch) organisieren muss. Insoweit gibt auch er sich analog dazu seine eigenen Regeln, und zwar möglichst „in sich“ gerecht.

5. Die Thesen lauten:

- Kriminalität und auch das Strafen dienen *beide* der Aufgabe der *evolutionären Selektion des unrichtigen Verhaltens* (insofern auch des Rechts), und zwar für die Zukunft.
- Kriminalität befördern die *Stabilisierung* von gemischten Gewalt- und Kooperationssystemen in der jeweiligen Gegenwart.
- Zudem verkörpert die Kriminalität die zu Rechtsnormen und Verhaltensriten geronnenen *Erfahrungsregeln* der Vergangenheit.

Vereinfacht gilt also: Kriminalität und Strafen bilden beide nur, aber immerhin einen Teil eines letztlich evolutionären Gesamtsystems, und sie sorgen dort für die *gewaltsame Selektion*.

Die Auswahl treffen in westlichen Kulturen das herrschende Recht und die herrschenden Rechtsgeber kraft ihrer Fähigkeit zur Selbstorganisation. Zudem aber regieren überall eine sozialreale Mischung von zumindest drei *„Ur-Grundgesetze“* der *evolutionären Natur*: der spielerischen innovativen Kooperation, der hierarchisch-konservativen Herrschaft und dem chaotischen-destruktiven „trial and error“.

Für die *Jugendlichen* (14 bis 18 Jahre) bedarf es zurecht eines gesonderten Jugendstrafrechts. Denn sie befreien sich schon *genetisch getrieben* zunächst mit

[1205] BVerfG 21, 73, 83; 79, 1, 25; 79, 29, 40; 129, 78, 101; 134, 204, 223 f. Rn. 70.

Trotz von der „*Eltern-Kultur"*. Sie bilden dabei auch abgeschottete Jugend-Nächstengruppen mit hoher *Binnen-Moral*. Als Heranwachsende (18 bis 21 Jahre) sind sie, wie früher die die fahrenden Gesellen auf der Suche nach neuen (im alten Wortsinne) „Erfahrungen". So gestärkt kehren sie (real oder zumindest psychisch) entweder in die lokale Heimat-Gesellschaft zurück oder sie wandern aus, regional oder auch national. Zugleich treten sie dann vor Ort in Subgemeinschaften und pflegen eigene Netzwerke, auch egoistische und somit auch erwachsen-kriminelle.

6. Auf das deutsche Strafrecht umgebrochen dient Strafen *für die Gemeinschaft* der nur recht ausgewählten *negativen Selektion* von Verhaltensweisen und Täterpersonen. Es bietet dem *einzelnen egoistischen Mitglied*, hier inzwischen jedem Bürger-Menschen als Grundrechtsträger -positiv- das generelle *Vertrauen* in die nationale Statusordnung und sichert auf diese Weise auch den vertrauensvollen „do ut des"-Markt der Kooperationen. Das Strafrecht gewährleistet in Deutschland zudem jedem Täter die Achtung seiner unantastbaren Status-Würde.

Anderseits lebt jede Gesellschaft mit der Existenz und jedes seiner trotzig-autonomen Mitglieder mit der konkreten Möglichkeit von „trial and error", und zwar auch im Bereich der Kriminalität. Das Strafen erfordert Straftaten, das Recht das Unrecht, der Ausgleich die bipolaren Spannungen.

## III. Resozialisierung: Recht auf Spielen, Fortbildung, Lehr-Assistenz

1. Auch die gegenwärtige Prinzipien des individualpräventiven ausgerichteten *Vollzugs* achtet im Groben diese *anthropologischen* Einsichten.

Viele erwachsene kriminelle Täter dürften ferner in der eigenen Kindheit nicht genügend *Schutzraum* und nicht hinreichend *Zeit* zum Spielen gehaben haben. Die kindliche Entwicklung ist zwar nicht nachzuholen, aber der erwachsene Mensch übt mit dem Spielen aktiv ein *ritualisiertes* Verhalten und erfährt die Achtung als Mit-Spieler. Auch das *gesellige* Spielen, das Nähe zu Anderen schafft, und das das Gewinnen und das Verlieren einübt, gehört zum *Menschsein*.

Vor allem das ständige *gesellige Spielen*, um seiner selbst willen, schafft und übt Nähe und führt zu Vertrauen. Es verlangt nach dem *emotionalen Umgang* mit Gewinn und *Verlust* und fördert mit der Kreativität das *Autonomiebewusstsein*. Es schmiedet auch individuelle Freundschaften und macht glücklich. Das gilt auch für Erwachsene, die damit in einen (halb-)kindlichen Status zurückgehen.

In langen *Mußezeiten* und in *geschützten Räumen* denken und üben auch Erwachsene in *Spielform*. Wir lassen unser *Gehirn* komplexer und damit intelligenter werden. Auch ein Gehirn muss *ständig in Betrieb* gehalten werden und dabei auch noch sich mit jeder neuen Information selbst um- und re-formatieren.

Die Praxis der *Resozialisierungsangebote* im Vollzug dient dieser Aufgabe. Es sollte vor allem im *offenen Strafvollzug* und in der *Bewährungszeit,* das *Spielen* deshalb (noch verstärkter) mit einzusetzen versuchen.

Im geschlossenen Vollzug gilt Ähnliches. Es bietet es sich inzwischen auch an, *digitale* gesellige Spiele mit der *Außenwelt*, und zwar durchaus auch Mannschafts-Kampfspiele, zu erproben.

Auch beliebte Sportspiele, wie Fußball, sind in der Regel an *Normen* gebundene Kampfspiele, die aber mit eigener *Kreativität* ausgefüllt werden und dann sogar einen *herausfordernden Aufstieg* in höhere Spielklassen mit etwa anderen Fähigkeiten und Regeln eröffnen. *Musik, Schauspiel* und bildende *Kunst* gehören aber ebenso dazu.

Die Thesen lautet somit: Der Anspruch auf Resozialisierung im Behandlungsvollzug umfasst, so betrachtet, auch das *Recht zum Spielen.*

2. Auch fehlen vielen Straftätern freie und herausfordernde „*Lehr- und Wanderjahre*“. Die Gesellschaft, die daran immerhin einen Mitanteil trägt, sollte dieses Defizit *auszugleichen* versuchen. *Fortbildungsangebote* und *Gruppenabenteuer* sind deshalb nachzureichen, wie es auch regelmäßig im deutschen *Behandlungsvollzug* geschieht.

Zudem ist das „Spielen“ um einen zweiten „natürlichen“ Gesichtspunkt zu ergänzen. Es sich handelt sich, um das sich selbst mitfühlend Spiegeln in der Rolle von *Mentoren*.

So kennt jedes Säugetier die (schein-) altruistischen *Fürsorgebedürfnisse,* die *Betreuung des Nachwuchses*.[1206] *Altruistisch* ist die Nachwuchspflege tatsächlich für die Eltern. Sie opfern Zeit, Raum und Kraft. Aber für den Gen-Egoismus, dem Lebewesen nur als Informationsträger-Wirte dienen, erweist sich die Nachwuchspflege als unmittelbar *egoistisch*.

[1206] Kargl, Hilfeleistung, GA 1994, 247 ff., 255; Hunt, Rätsel, 1992 („Das Rätsel der Nächstenliebe. Der Mensch zwischen Egoismus und Altruismus“).

Dasselbe gilt für *familiäre Mit-Betreuung* durch Tanten und Onkel (Sinne der *kin-selection* als natürlicher Nepotismus und als eine Grundlage von Korruption).

Persönliche emotionale Partner-Freundschaften eingebunden in die höchstpersönlichen Netzwerke von „Nächsten" eines jeden sozialen Säugetiers treten hinzu. Herdentiere gesellen sich zu Geschwistern und zu Freunden. Sie alle aber müssen zudem mit *Nachwuchs* umgehen.

Jede gesellige Hackordnung, auch die der weniger emotionalen Vögel, duldet den spielenden Nachwuchs. Hier liegt die biologische Grundlage für die Idee der absoluten Nächstenliebe. Emotionale Bindungen entstehen hier. Wer aber als Erwachsener nur spielt, läuft Gefahr, diese Erwachsene-Art der *Eltern-Bindungen* zu vernachlässigen.

Bei Menschenkindern helfen kleinere Geschwister (oder selbst auch Haustiere) dabei, diese emotionalen *Bindungen* einzuüben.

Der Strafvollzug in geschlossenen Anstalten gefährdet bestehende Nächsten-Bindungen und unterstützt die *Deprivation* der Strafgefangen. Sie leben ähnlich wie im Krankenhaus oder in der Kaserne. Deshalb sollten, und wird, den Straftätern, soweit möglich, auch *elterliche* Aufgaben oder solche von Onkeln und Tanten soweit möglich belassen werden. Existente Patenschaften gehören auch dazu. Auch dies beachtet im Grundansatz schon der gegenwärtige Strafvollzog. Clan-Kriminalität darf dabei allerdings nicht unterstützt werden.

Zudem sollten auch *Mentoren-Aufgaben* und die *ehrenamtliche Assistenz* dabei, so weit als möglich, angeboten werden, unter anderem bei etwa bei der Betreuung von gefährdeten Jugendlichen.

Auch ist zu erwägen, „*Marshmallow-Übungen*" noch nachdrücklicher in das Spielen, die Fortbildung und das Fürsorge-Lernen einzubauen. Es gilt, die Frustrationspegel nach und nach zu senken. Auch die Riten des angemessenen *Trauerns* über Verluste und Fehlschläge sind dabei zu üben. Anstaltspsychologen und religiöse Seelsorger sind dafür zu Recht in jedem effektiven Vollzugssystem vorgesehen.

Aus der Erinnerung und der Gegenwart gilt es zudem für jeden Menschen, eigene *„Idole"* im Sinne von *externen* oder *internen* geistigen *Übereltern* zu formen.

Dafür bedarf es, wie bei jeder „Lehrzeit" und jeder Neugründung eines Unternehmens, eines *mittelfristigen* Zeitraums, im Vollzug oder außerhalb. Erst

dann hat ein *Gehirn* sich eingeübt (vgl. § 56 a StGB: Bewährung auf zwei bis fünf Jahre).

3. Dies sind für die *Kriminologie* oder für den deutschen *Behandlungsvollzug* keine grundsätzlich neuen Gedanken. Sie erhalten auf diese Weise nur eine *soziobiologische* Unterlegung. Und umgekehrt bestätigen sie die *Berechtigung* dieser Sichtweise.

## IV. Fazit: Rang-Kriminalität, Selbstorganisation und vorrangig männliches Strafbedürfnis

1. *Rückblickend* sollten wir zunächst anerkennen, dass erst die Rechtsbrüche die *Instinkt-Freiheit* des Menschen bezeugen. Erst sie nötigen zu hoheitlichen Gewalt-, Friedens- und Rechtsordnungen sowie zu Institutionen und Rollenträgern, die sie ausüben.

Subhumane Vorstufen kennen wir in den Hackordnungen und den rituellen Schaukämpfen um einen bestimmten Herrscher-Status. Der Verlierer erweist sich danach als auf Zeit geschwächt, und zwar sozial und psychisch, zum Teil auch körperlich-schmerzhaft.

Für das lebendige Meta-System der biologischen Gesellschaft (Population) sind *egoistische Abweichungen* ebenso notwendig, wie Fehler es für die (sonstige) Natur sind, wenn sie sich mit „trial and error“ und der *Selektion* des jeweils Besten fortwickelt.

In jedem *Biotop* sorgen zudem -vereinfacht- *Raubtiere* nicht nur für die genetische Auslese aus einer Herde, sondern sie bieten mit ihren Fähigkeiten das eine der beiden notwendigen Elemente von Herden: den *kollektiven Schutz* neben der sonstigen Kooperation. Konkurrierende fremde *Raubtieren* werden sie vertreiben.

Ähnliches gilt offenkundig auch für menschliche Gruppen, zumindest aus Gründen der Vernunft. Schutz und Kooperation bieten auch sie. Auch möchten sich der Mensch und seine Lebensgruppen ideell und technisch weiter evolvieren (entfalten). Aber es kann auch jeder einzelne Mensch Gewalt üben und andere gefährden. Er kann zum „freien Raub-Krieger“ werden.[1207]

[1207] Zur hobbessche Idee vom wilden „Krieg aller gegen alle“ Hobbes (Gawlik), Bürger, 1642/1959, 1. Kap., Ziffer 12: Kapitel 1, Sektion 12, als bellum omnium in omnes: „Der Naturzustand der Menschen, bevor man sich zur Gesellschaft vereinigte, war Krieg; und dieser nicht in gewöhnlicher Weise, sondern als Krieg aller gegen alle.“ - Dabei sind

Bekämpft wird er dann durch die lokalen Krieger, den Kriegeradel auf den Burgen. Diese versprechen Schutz gegenüber Ihresgleichen und werden damit zugleich zu Wächtern. Das entspricht im Groben der *hobbesschen* Naturrechts-Idee vom wilden „Krieg aller gegen alle“ und dessen *Zivilisierung*. Fremde kriegerische Kommunikations- und Verteidigungsstrategien fordern dabei auch die Evolution des lokalen Krieger-Adels heraus.

Dies ist die gesellschaftliche Sicht, die menschliche *Lebensgemeinschaften* mit ihrer *rollenartigen* Arbeitsteilung, mit einem Großstaat, also einem *großen Biotop* vergleicht.

Aber der *rechtstreue Einzelne*, der zur Raubbeute wird, kann solche systemisch-vernünftigen Gewaltakte zu Lasten des eigenen Status *nicht* als Vorteil begreifen, und zwar auch dann nicht, wenn er selbst regelmäßig „Beute“ zur Nahrung aus der Natur entnimmt. Denn als Genträger muss er sich zumindest grundsätzlich *am Leben halten* und zudem seinen Status, wenn möglich, *verbessern*.

Der Einzelnen muss bei Kriminalität *innerhalb* einer Gruppe für sich und die Seinen (im Sinne der kin-selection) wenigstens auf *Sanktionen* bestehen, die den *Status* des *rechtswidrig* Angreifenden real *reduzieren* und zugleich als *kommunikative* Drohung für andere wirken. Die *freien* m*enschlichen Räuber* gilt es auch deshalb mit staatlicher Gegengewalt einzuhegen. Denn anderenfalls würde der Einzelne sich kleinere und eigene *Schutzgemeinschaften* suchen oder sie mit gewaltbereiten Personen selbst gründen. Größere Gemeinschaften würden zerfallen (failed states) und ihr hoch arbeitsteiliger Nutzen würde (wie beim römischen Reich) verloren gehen.

Andererseits erweist sich auch die *Grundfähigkeit* eines jeden Menschen zur „Gewalt“ und abgeschwächt auch zu „List und Treubruch“, etwa bei der *Jagd* und im *Nachbarschaftskrieg* zwischen Sippen und zwischen gesamten Staaten, als von unmittelbarem Nutzen.

2. Für die Kooperation im Sinne des Handels gilt auch, dass sie nicht auf die Markt- Fairness der Goldenen Regel des „do ut des“ (ich gebe, damit Du gibst, tit for tat) setzt, sondern dass auch sie die Rechtsbrüche kennt. Die Gewalt, hier etwa als *Erpressung* (oder eben List und Treubruch) sind auch in der heutigen *Ökonomie* zwischen den (clan-ähnlichen) *Unternehmen* nicht unüblich, und zwar immer dann, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung erlangen oder

---

das Worte wie „war“ oder „guerre“ mit dem deutschen Wort „Wirren“ verwandt, und meint also weit weniger die Organisiertheit des staatlicher Kriege.

sonst keine Gleichheit der Markmacht besteht. Wir ahnden sie nur in seltenen Fälle, also nur selektiv.

Den Werte-*Status* von Unternehmen messen wir dabei nicht ethisch, sondern legen ihn fast spielerisch an der Börse fest. Die reale Ökonomie agiert also in der Mitte. Sie bedient sich sowohl der Regeln des *Spiels* (vertragliche Tauschgerechtigkeit) als auch der Strategien von (Markt-) Verteidigungs- und Eroberungs*kriegen*.

Der instinktarme Mensch ist dabei nicht ebenso strikt an genetische *Wettbewerbsriten* gebunden wie alle nichthumanen Lebewesen. Er kann sie mit *eigenen* Normen ändern und neue *Spielregeln* für *neue Sachlagen* aufstellen. Insofern ist er davon befreit, also ein Freier (!). Aber will er als ein soziales Wesen leben, so muss er sich zum Ausgleich, individuell und kollektiv, heute an nationale Verfassungs- und *allgemeine Gerechtigkeits-Regel* zurückbinden.

Es sind diese Grundnormen, die er stets auch mit seiner *eigenen Vernunft* im Konkreten und für sich selbst überprüft. Diese *Grundnormen* erweisen sich aber offenbar -*unter Nächsten*- als die kindlichen *Spielregeln* und als die der sozialen *Straf-Hackordnung*. Es sind zugleich die Strategien der *Evolution.*

Die ständige Frage lautet nur:

*Wie weit* dehnt der von Instinkten (zum Teil) befreite Mensch den Kreis der *Nächsten* -vernünftigerweise- aus? Soll er sich auf den genetische Kleinfamilie beschränken, mit der lockeren Rückbindung an mythische Stämme, wie über die lange Zeit seiner Ausbreitung über die Welt oder soll er jetzt die Arbeitsteilung in kulturellen Großgruppen nutzen? *Kant* spricht zudem schon vom Weltbürgertum. Genetisch jedenfalls ist der Mensch auch mit *allen Menschen* eng verwandt, allerdings wenngleich abgeschwächt auch mit allen anderen Lebewesen.

Soweit den Menschen aber vom Urgrund aus doch auch die biologische Natur mitregiert, zeigt er sich als ein *Wirts-Wesen*, das vom *Informationsgeist* des *Gen-Egoismus* gesteuert wird. Er will auf biologischer Ebene die Erhaltung und die Fortentwicklung der „eigenen“ genetischen *Information*. Demensprechend weit und auch ausgedünnt wird er in einer halbvernetzten Welt, individuell und kollektiv, auch seine konzentrischen *Nächsten-Kreise* ziehen und dort immer auch mit disruptiven Friedensbrüchen rechnen müssen.

3. Die *Strafe* ist im Kern auf *Schmerz* ausgerichtet und soll eine neue (innere) *Selbstorganisation* im Sinne eines *Lernens* bewirken. Deshalb bildet die Kriminalität aus der Sicht der Ur-Idee der Schmerz-Strafe ein Verhalten, das

seinerseits schmerzhaft war. Es muss Opfern ein Leid zugeführt haben. Es muss ein höchstpersönlicher Verlust sein, der *nicht materiell* leicht auszugleichen ist.

Dazu gehört auch der *Verlust am Vertrauen* in den eigenen Status. Er ist verbunden mit einem entsprechenden Gewinn an Status, den der Täter als Tatherrschaft erfahren hat. Ihn tradieren der Täter, die Opfer und die Gesellschaft nach der Tat *als Erinnerung* noch im Groben *unverändert* weiter und auch noch mitten in der Gesellschaft in sich, und zwar bis der Täter bestraft wird. Erst mit diesem Gegenakt, so die Vorstellung der Strafenden, wird die Taterinnerung hinreichend *über- oder fortgeschrieben*.

In einer theatralischen Hauptverhandlung des Erkenntnisprozesses wird die *Erinnerung* an die vergangene Tat aufgefrischt und genauer noch bloß rekonstruiert und zudem der mutmaßliche Täter vorgestellt. *Unmittelbar* am Ende der Rekonstruktion der Tat wird der Täter *aufgrund* des „Inbegriffs" der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) verurteilt, also eigentlich „wegen" der Rekonstruktion der Tat und nur fiktiv zurückdatiert „wegen" der damaligen Tat. Auch im gesonderten Vollstreckungsverfahrens wird die Tat ständig erneut rekonstruiert. An sie wird nach Aktenlage erinnert und diese Akte wird ergänzt um neuen Daten zur Persönlichkeit des Täters. So betrachtet folgt in jeder *Gegenwart* die Strafe auf dem Fuße.

Die Strafe bedient dabei nur einem Teilaspekt von (gesetztem) Recht und (ethischer) Gerechtigkeit. Sie ist an *einzelnen* fühlenden Wesen und nicht unmittelbar an Gesellschaften adressiert. Auch der Verlust der *Fortbewegungsfreiheit* oder die Drohung damit setzt bei der *Körperlichkeit* an.

Dahinter steckt das Prinzip der *Selbstorganisation.* Die universelle systemische Idee der *Selbstorganisation* schützt *einerseits* vor der Tatbegehung und der Schmerz-Strafe. Sie führt Menschen zur *Selbstkontrolle*, und zwar anhand von Regeln, über die er im Einzelnen *nachgedacht* hat oder nachdenken kann oder er überdenkt, was seine Nächsten ihm dazu erklären etc. Aber *andererseits* ist der Mensch auch frei, „sein Glück" auch kriminell und spielerisch zu versuchen. Die Hinweise auf die hohen *Dunkelziffern* belegen, dass er lange bei der Wette darauf, nicht bestraft zu werden, Glück haben kann. Aber auf die Dauer gewinnt er nur selten.

Bei den Grundregeln, für oder gegen die man sich als Einzelner (frei?) entscheidet, handelt es sich

- um die Fairness-Grundregeln eines jeden *Kinderspiels*,
- um das Prinzip der *Hackordnung* unter Erwachsenen auf Zeit und
- um das *rituelle* Auskämpfen von Status-Rollen.

Das humane Strafen wegen des Verstoßes dagegen steckt dann auch nur im bloßen *Drohen*, im *Wegbeißen,* im *Vertreiben* auf Zeit oder auch auf Dauer.

Schuld- und Schamgefühle unterstützen den überführten Täter dabei. Schamgefühle gehen auch schon bei nichthumanen Lebewesen mit Unterwerfungs- oder Demutsgesten einher und führen zum äußeren und inneren *Rückzug auf Zeit.*

Außerdem ist die übergroße Mehrheit der Straftäter *männlich*, weil sie aus *biologischen* Gründen eher *körperlich* und somit zumindest anders um den „Status" (und die Sexualität) kämpfen (müssen) als Frauen.

4. Ebenso ist zu vermuten, dass das *Strafbedürfnis* vor allem von *Männern* und deren *Selbstbild* getragen wird. Sie sind entweder um die Sicherung ihres eigenen Status besorgt oder sie wollen die Gruppen-Moral verteidigen und können damit den Gewinn eines Helden-Status verknüpfen.

Den Anspruch auf beides, auf die reale Gewaltausübung und die metaphysische Rang-Heiligkeit des gerechten Richters, erhebt in jeder strafenden Gesellschaft die *politische Alfa-Herrschergruppe*. Ihre Mitglieder werden deshalb bei Konflikten zwischen „Rangniederen" auch zumeist den *Schwächeren* beistehen und somit die Macht der Stärkeren schwächen, die ihnen selbst gefährlich werden könnten. Auf diese Weise erhalten sie die Rangordnung. Sie werden zudem aber auch auf *Verteidigungs-Solidarität* nach außen und *friedliche Handels-Kooperation* nach innen setzen und beides notfalls mit Strafe, und zwar im eigenen Herrschafts- und auch dem systemischen Gemeinwohl-Interesse, erzwingen.

In der Demokratie der „freien und würdigen Menschen" unterwerfen sich die Einzelnen die Exekutive. Zudem überwölben und veredeln sie die Staatsmacht mit einer neuen Idee einer staatsbürgerlichen *Allgemeinheit,* dem Volk, und sie verwenden dabei unbewusst das natürliche Modell eines sich immer wieder frei und selbstorganisierenden „Bürger-Schwarms".

## 6. Kapitel

## Schluss: Brücke vom Straf-Naturalismus zum Straf-Idealismus

## I. Natürliches und Brücken-Thesen zum Straf-Idealismus

1. Der Mensch lässt sich somit aus biologischer Sicht als „Generalist“ oder auch als „Vielfaltwesen“ verstehen. Genetisch bedurfte nur eines geringen Aufwandes, um einen Ur-Primaten mit dem aufrechten Gang, der die Hände frei gab, zu *verkindlichen* und ihn damit auf den langen Weg zu bringen, sich selbst zu domestizieren. Kinder spielen unbefangen mit Feuer.

Das Lager-Feuer bot dem Vormenschen der plötzliche Überschuss an gut verdaulicher Nahrung, die erhöhten Sicherheit vor Raubtieren und die Muße sich mit sich zu beschäftigen. Derart genetisch regressiv und ent-programmiert konnte der Mensch mit *allen* erfolgreichen *Gesellschaftsformen* seiner Säuge- und seiner Wirbeltier-Ahnen spielen. Aber er kann in seiner neu erworbenen *Freizeit* auch (fast) frei und geistig *mit sich selbst* und den Gegebenheiten der Umwelt „trial and error“ betreiben, und damit die langsame Genetik imitieren und überholen. Ebenso konnte er sich in erheblichen Maße statt der instinkthaften Naturvorprogrammen, selbst *Gesetze* geben. Er trat in Teilbereichen als *Prometheus* an die Stelle der Natur.

Große staatliche Gesellschaften ähneln dabei heute mit ihrer *evolutionären Vielfalt* und ihren *sozialen Rollen* eher den *Biotopen* als den großen Herden.

Die *Hackordnung* der Kleingruppen hat er zu einem territoriales *System* erweitert. Danach hat noch jede Population, vereinfach wie in einem Klassensystem, ihren natürlichen (oder von Gott zugewiesenen) Platz. An der Spitze der Nahrungskette stehen die kriegerischen *Raubtiere,* die systemische gedacht *Selektion* betreiben.

Aber mit „Handel und Wandel“ zwischen den Subsystemen und dem Austausch auch mit Nachbar-Biotopen wächst auch die *Befreiung* von *Ordnungen*. Deshalb verwenden die Soziologien auch den weicheren Begriff des offenen „Systems“, der wiederum eng mit dem der „Kultur“ verwandt ist. Vor allem das Recht bedient sich zwar des Ordnungsbegriffs. So sprechen wir von der Rechtsordnung oder dem hoheitliche Polizei- und Ordnungsrecht. Auch kennen wir im Verfassungsrecht die „Werteordnung“ oder im Strafrecht die „Rechtsgüterordnung“.[1208] Aber die Jurisprudenz weicht die starre Ordnung auf,

[1208] 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 *„zweifellos in*

indem sie Gegenbegriffe verwendet, wie den der Verhältnismäßigkeit oder den der Einzelfallgerechtigkeit und sie bedient sich auch gern des Regel-Ausnahme-Denkens.

Mit der *Demokratie* und auch den großen „staatlichen Biotopen" bedient sich der Mensch schließlich auch der Elemente des *Schwarms* der Gleichen und Nächsten.

In Hackordnungen gibt es zudem bereits einen nichthuman-natürlichen *Willen zur Macht* und zum *Status*. Die Hack-Strafe muss aus Sicht der subhumanen Natur deshalb sein, weil sich *nicht* eine ganz *starre* Statusordnung, sondern eine dynamische *Hackordnung* aus evolutionären Gründen als vernünftig erweisen hat.

Das ordnende *Strafbedürfnis* ist beim Menschen in ganz besonderer Weise ausgeprägt. Offenbar beinhaltet es den Preis für seine relativ große „Instinktfreiheit" im Konkreten. Dafür verfügt er über ein starkes *allgemeines Gerechtigkeitsgefühl*. Dessen Ausformung als Straf- oder auch Rachebedürfnis bildet ein notwendiges psychisches Element der verhältnismäßig großen *Autonomie* des homo sapiens.

Aber wir Menschen sind mit und durch die Beherrschung des Feuers auch *spielerische* und *Glücksgefühle suchende* Wesen. Spieler und Glücksuchende agieren aber *selbstverantwortlich*. Das dazugehörige Modell vom Selbst mag moralisch blind sein, aber es ist existent. Und das *Mitgefühl* gehört auch dazu.

Daraus ließen Konzepte und Thesen für eine weitgehend *naturalistische Kriminalitäts- und Straftheorie* entwickeln.

2. Naheliegt es dennoch soweit möglich dem alten *Dualismus* zu folgen. So ist *zusätzlich* und mit *Aristoteles´* altem Menschenbild davon auszugehen, dass der Mensch sich insofern *vom Tier* unterscheidet, dass er auch über das gute Verhalten mit „Vernunft" *nachzudenken* und sich *auf diese Weise* auch selbst klug zu organisieren vermag. Auch das *gesetzliche* und verfassungskonforme deutsche Schuldstrafrecht beruht auf der Grundlage der Vernunftidee der Willensfreiheit und der Fähigkeit zwischen gerecht und ungerecht unterscheiden und sich danach verhalten zu können. Danach gilt uns der Mensch als „geistig-

---

*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.

sittliches Wesen“, der sich deshalb, allein und auch kollektive demokratisch zu selbst zu beherrschen vermag.

Für dieses Wesen bietet der hier verfolgte naturalistische Ansatz eine Erklärung, und zwar:

- Für die besondere *geistige* Freiheit, etwa des kreativen „trial and error“ einerseits und die besondere *sittlichen* Grundregeln anderseits kann der evolutionäre Naturalismus auf die Fähigkeit der homo ludens zum kurzfristig zweckfreien kindliche „Spielen“ verweisen (Autonomieprinzip). Spieler kennen den Rollenwechsel und üben damit das spiegelnde Einfühlen in den „Anderen“, auch in das Gehirn, ein. (Wechselseitigkeit und Gleichheit).

- Das *staatliche Zweck-Modell* von Zwang nach innen und Schutz nach außen beruht auf der tierischen Hackordnung (Ordnungs- und Statusprinzip); es beinhaltet aber auch die ständige *Rebellion* der Jugend.

- Anfügen könnte man auch das ideale *Schwarmmodel*, das ohne ein eigenes Zentrum auskommt. Deren *sozialliberales* Grundkonzept lautet: „*Achte auf Deinen, wie auch er die achtet, und passe Dich ihm an*.“. So fußt jede, vor allem jede sesshafte, kollektiven menschliche Volks- oder Stammesgesellschaften auf einer vage kommunikativen und kooperative Art von *Allgemeinheit der Gleichen*, die eine gemeinsame *Identität* fühlt und die sich auch in aufkochenden Stimmungen konkretisiert.

Sie ergibt sich unter anderem daraus, das fast jeder Mensch über eine höchstpersönliches kleines „*Netzwerk von emphatischen Nächsten*“ verfügt, die wiederum alle auch *personell* mit einander verbunden sind. So baut sich auch die Idee der mitfühlenden Solidarität von unten auf.

Allerdings setzen zumindest die Säugetier-Herde für *Wanderungen* innerhalb eines Biotopes oder auch *darüber hinaus*, immer auch noch auf *kleinere Familien-Einheiten* mit einen Leithammel oder eine Leitkuh. Der Säugertier-Mensch muss also auch seine eigenes Leittier sein oder für eines sorgen, (Modell des guten Hirten).

3. Insgesamt lassen sich etliche ethische Vollstellungen naturalistisch (mit-) begründen. Umgekehrt und von der Metaphysik des Sittlichkeit her gelesen ist von „moralanalogen“ Verhalten zu sprechen. In Thesenform:

(1) *Grundwerte*. Aus der nichthumanen Status- und Hackordnung ergibt sich die humane Werteordnung. Sachliche Güter, über die eine Rollenperson als Herr verfügt, und die Freiheitsrolle des Herrn überhaupt bilden den

Kern der verfassungs- und menschenrechtlichen *Grundwerte* und auch der strafrechtlichen Rechtsgüter. Die beiden h*öchsten Grundwerte* sind die Würde des Menschen und das Leben als seine Grundlage und der demokratische Staat und dessen reale Existenz.

(2) *Ideen.* Jedes Spiel *symbolisiert* und verfremdet. Wiederholungen führen zu Ritualen. Körpersprachliche Gesten werden dabei durch Laute ergänzt. Laute werden zu Begriffen. Als „Meme" treten dann die Ideen auf.

(3) *Freiheit*. Das Spiel, allein oder gesellig, erschafft und bildet zugleich die höchst Form der Freiheit und des *Ich-Selbst*, indem es scheinbar *zweckfrei*(!) vorrangig dazu dient, das eigene *Gehirn* zu entwickeln, es komplexer und anpassungsfähiger auszubauen und damit auch dazu, sich *selbst als Selbst* zu *fühlen.*

(4) *Transzendenz*. Das Überschreiten der empirischen Welt, die Suche nach den allerhöchsten oder auch *letztbegründenden* Ideen von säkular-religiöser Art, passt zum Gedanken der *Emergenz*. Sie strebt immer noch komplexere Höchst-Systeme (lies: Ideen-Modelle) an und eröffnet uns die Tür zur Idee von dem einen Universum hin zu Multiversen. Dieser Ansatz beinhaltet eine *Art von Freiheit*, hier des Denkens. Es handelt sich um eine Form der *Vernunft*, die die physische *Erfahrungswelt* übersteigt, die immer nur auf die *weniger komplexe* Vergangenheit hin ausgerichtet ist.

(5) *Ethik*. Aus dem geselligen Spiel ergibt sich die Verankerung der Anerkennungs-Ethik im Gehirn. Der Rollentausch führt zur Achtung des Anderen und zur Empathie. Die Nähe schafft den gefühligen Umgang mit Nähe und Nächsten (bis hin zur Idee der Nächstenliebe).

(6) *Willensfreiheit als Gedankenfreiheit*. Die Willensfreiheit ist am stärksten im *fantasievollen* Spiel mit und „*in sich selbst*" und in bloßen mit *erdachten Rolle*n ausgeprägt. Das eigene *Gedankenspiel* „im Gehirn" bildet den Ausgangspunkt der Willensfreiheit „*Cogito ergo sum*" (ich denke und zweifele ständig, also bin ich) bewahrheitet sich.

(7) *Willensfreiheit als Handlungsfreiheit*. Nach *außen* und in Bezug auf das *Handeln* als dem Bewegen ist diese Art der *willkürlichen Handlungsfreiheit* bereits durch den impulshaften „Willen" zu etwas, also durch *Beweggründe* eingeengt. Deshalb meint Willensfreiheit für das Handeln vorrangig nur die *negative* Freiheit, als die Freiheit „vom Willen", als dem inneren *Beweggrund,* etwas Bestimmtes *zwanghaft* tun zu müssen.

(8) *Entscheidungsfreiheit*. Sie verlangt den *Rückzug* „vom blinden Impuls“ hin in die *Muße* und hin zum *stressfreien Schutzraum*, um dort dann *zuvor* etwas gedanklich allein oder gesellig mit anderen „durchzuspielen“.

(9) *Selbst-Seele* Aber auch eine Handlung, die auf einem solchen *Gedankenspiel* beruht, bedarf wiederum bestimmter Beweggründe. Dazu gehört als weiteres Motiv nunmehr auch die (ethische) *Rück*- und *Selbstbindung* an den eigenen „guten“ Plan oder an die „gute“ Meinung andere Menschen. Sie ist am Ich-Glücksgefühl ausgerichtet, sich als f*reier Herr* seiner Handlungen und mit sich selbst *identisch* fühlen zu können oder aber auch daran, wie ein Oberherr, anderen etwas geben zu können, ihnen und sich zu *imponieren* und damit seine eigene soziale Rolle und sein Selbstgefühl zu verbessern..

(10) *Sittliche Grundhaltung.* Derart dauerhaft betrieben hat der Mensch die *Spielethik* und auch die des *Schwarms* generell verinnerlicht. (natürliche Sittlichkeit). Im Einzelnen und für bestimmte Standart-Handlungstypen automatisiert sein Gehirn diese Art der *Selbstkontrolle* schlicht anhand von nach und nach selbst angepassten „Spielregeln“, die er als Automatismen, wie Rituale, verinnerlicht hat. Insofern geht es dem autonomen Straftäter dann auch wieder um die Freiheit *„von“* derartigen Routinen und die Aufstellung neuer und eigener. Bei bewussten Verstößen gegen die Grundregeln wird er sich aber vor „sich“, lies: seinem *Selbstkonzept*, und auch vor den Nächsten seines privaten Netzwerkes *rechtfertigen* oder er muss beides ändern. Dazu verwenden wir gern die sogenannten Neutralisationstechniken.

(11) *Autonomie*. Selbstorganisation betreibt jedes Lebewesen, jede physikalisch-körperlich-energetische Einheit. Es übt damit zugleich Widerstand gegen seine Auflösung im großen Ganzen. Daraus ergibt sich zudem die *Individualität* aller Einheiten.

(12) *Technik.* Der Kind-Mensch schafft sich gleichsam spielend eine eigene technische Welt. Aber Nester bauen Vögel und Fische. Bestimmte Jagd- und Abwehrtechniken entwickeln alle Arten von Lebewesen.

(13) *Kriege*. Auch Ameisenarten führen organisierte Feldzüge und bekämpfen Nachbarstämme. Bienenvölker bilden nicht nur feste Staaten, sondern schwärmen aus und kolonisieren ihre Umwelt. Dasselbe gilt für Schwärme von Zugvögeln. Aber in der Frühzeit konnten die wenigen Menschen sich untereinander relativ friedlich über die Welt verbreiten.

(14) *Geist.* Gene etwa speichern Informationen und Bakterien und Viren tauschen die ihren untereinander aus. Alle Lebewesen sind miteinander genetisch verwandt, Zugvögel und Wasserströmungen verteilen örtliche Geninformationen von Bakterien und Viren über die gesamte Welt. die Physik kennt zudem die Geist der Gesetze.

(15) *Gesetzgebung.* Autonom erschaffene physikalische Gesetze kennt auch die Natur (nach dem Urknall-Modell). Jede Specie hat zudem eigene genetische Gesetze entwickelt. Die goldene Spiel-Ethikregel des „Tit for Tat“ (do ut des) steuert dabei *nach außen* jede Kooperation.

(16) *Politik.* Alle komplexen Gebilde verfügen zudem über innere Bewegungsenergie (Freiheit) und über eine innere Ordnung (Solidarität), die sie innerlich ausbalancieren (Gleichheit).

(17) *Staatskultur*. Die halbgeschlossenen *Biotope* (Inseln, Täler, Seen), in denen verschiedene Species zusammenleben, ähneln menschlichen Hoch-Kulturen und auch sie entwickeln eine Art von innerer Verfasstheit. Sie betreiben Selbstorganisation nach innen. Damit verlangen sie *Solidarität* und bieten ein System, das ihren Mitgliedern bestimmte *Rollenräume* nach dem Marktprinzip sichert. Mit der Schaffung von Binnen-Biotopen nach dem Bienenstaatsmodell trennt sich auch der Mensch organisatorisch von der Außenwelt.

(18) *Normbrüche.* Aus Autonomie, Individualität und Widerstand gegen die Auflösung ergibt sich schon einmal abweichendes Verhalten. „Trial and error“ betreiben zudem zumindest alle Lebewesen. Die „Selektion“ des Richtigen ergibt sich für sie aus dem Nutzen und folgt dem Prinzip des „survival of the fittest“.

(19) *Straftaten.* Der Doppelkern der Straftaten besteht also im Verstoß gegen die *Spielregeln* (Gewaltverzicht, Wechselseitigkeit, Aufbau von Nähe) und in der Verletzung der jeweils hohen *Statuswerte*. Der natürliche Antrieb dazu liegt in der Idee der Evolution, also der Veränderung und dem komplexer Werden aller Systeme und auch im Prinzip der egoistischen Individualität.

(20) *Rechtsstaat*. Von beidem leben dann aber auch die *höheren Systeme*. So bezieht der Rechtstaat sein Wesen aus dem vom regelmäßigen Rechtsbruch, den er in seinen Gesetzen auch im Einzelnen zu benennen vermag. Sein Gewaltmonopol macht nur Sinn, wenn es dennoch private Gewalt gibt.

(21) *Tatherrschaft.* Mit jedem Akt, und erst recht auch mit jedem abweichenden Verhalten wirkt ein Akteur, und jede energetische Einheit, als Täter auf seine Umwelt ein. Er *kolonisiert* sie als ein Nutz-Herr über ihr Schicksal. Ebenso wird er selbst von seiner Umwelt, der er sich anpasst, als Diener kolonisiert. Jede aktive Tat geschieht aus den egoistisch-evolutionären Gründen der *Selbstentwicklung*. Jede Tat ist deshalb und insofern die eigene. Zur Abwendung von *unmittelbaren Lebensgefahren* ist es zudem für jeden Bedrohten zwingend, den *Angreifer* derart als den *Verursacher* zu ermitteln.

(22) *Tatschuld.* Gesellige Säugetiere kennen immerhin die *Scham*, weil ihnen vom Ranghöheren verdeutlicht wird, dass sie gegen die Tabu- und Rangordnung verstoßen haben. Auch die *Unterwerfungsgesten* haben zumindest ähnliche Rückwirkung auf die Psyche der Tiere. Sie müssen sich neu organisieren und ziehen sich dazu zurück. Es ist davon auszugehen, dass Scham und Demutsgesten ein *Unlustgefühl* auslösen. Je komplexer die innere Selbstorganisation ist, desto weiter entfernt es sich *von seiner Umwelt*, desto stärker wird das Einzelwesen einer Specie auch die einfachen biologischen Motive beherrschen und ausformen können, wie der Mensch.

(23) *Ethische Strafe.* Der Doppelkern der Sanktionen lautet -danach- recht einfach: *Ausschluss vom Mitspielen*, einmal oder regelmäßig, (tit for tat) und der Entzug von *Status-Werten*. Es handelt sich um die Spielvariante des *Marktmodells*. Aber diese Spiel-Strafe ist mit dem ständigen Angebot verbunden, wieder (einmal) mitzuspielen und seinen vollen *Spielerstatus* zurück zu erlangen. Der dauerhafte Ausschluss und die Tötung bilden seltene Ausnahmen. Deshalb muss der Täter selbst wieder das *freie Spielen* mit seinem *Gehirn* üben: mit Gewaltverzicht, Wechselseitigkeit, Aufbau von Nähe um ihrer selbst willen.

(24) *Staatliche Strafe*. Durchgesetzt wird diese Sanktion im Rahmen der hoheitlichen „Hackrechte“ des Alpha-Kollektivs, vertreten durch gewählte Alpha-Oberherren. Diese bekräftigen und rechtfertigen unter anderem mit dieser *Aufgabe* auch ihren Herren-Status. Gestraft wird dabei -auch- auf kommunikativ-spielerisch Art, und zwar durch ein Rollen-Prozess, der Tat, Täter und Strafende öffentlich verfremdet. Aber Täter und Strafende sind nicht nur Rollenträger, sondern sie sind zumindest zugleich auch reale Nächste und Mit-Menschen. Und der körperliche Kern der Strafe besteht im Schmerz.

## II. Zur Besonderheit des Menschen

1. Auf diese Weise lässt sich eine *Brücke* zwischen dem Naturwesen und dem Vernunftwesen Mensch schlagen. Man kann, aber muss sie nicht begehen. Man kann im Sinne von *Aristoteles* erklären, dass der Mensch sich mit der *Vernunft* zumindest in *erheblichem Maße* von den natürlichen Grundlagen entfernt habe und es für das Menschsein gerade darauf ankomme.

In der Tat, verfügt schon jede Specie immer auch über etwas Eigenes, mit dem sie sich erheblich von anderen unterscheidet. Mit seiner Vernunft hat der Menschen sich zudem und jedenfalls mit Erfindung des Feuers eine eigene *hochenergetische Sonderwelt* geschaffen, die mit der Entwicklung seines *speziellen Gehirns* einhergeht. Wenn Menschenaffen wie die Bonobos fast 99 Prozent der Gene mit uns teilen, so belegt dies auch die Bedeutung der verbleibenden rein menschlichen Gene.

Dennoch verfügen *Vögel* über Flügel und auch *Flugzeuge* bauen wir mit Flügeln, *ohne* dass sie genetisch verwandt sind. Aber auf den zweiten Blick erfüllen sie die gleiche Aufgabe (Funktion). *Dieselbe physikalische Umwelt* nötigt sie offenbar zu dieser Form. Flügel sind also sowohl biologisch als auch technisch „vernünftig". Auch die Kooperation mit anderen Menschen erweist sich als vernünftig. Der kluge Mensch wird sie also erproben und verinnerlichen, und zwar auch *ohne in die Natur* zu blicken.

So *kann* der Mensch auch die Idee der Kooperation und die ethische goldene Regel „Wie Du mir so ich Dir" (tit for tat, do ut des) als seine *höchsteigene* und selbst erdachte Nutzen-Strategie und als *seine eigene* metaphysische Idee von der strengen Gerechtigkeit betrachten. Denn er kann offenbar auch anders, als gerecht und kooperativ auftreten. So betrachtet regieren den schöpferischen und genetisch teilbefreiten Menschen seine eigenen Ideen. Deshalb heiligt er sich mit den Ideen von *Freiheit* und *Menschenwürde* zu Recht selbst. Und er ist für auch für sein Taten und Schöpfungen selbst verantwortlich.

Aber seine natürliche Umwelt kennt und nutzt dieselbe *spielerische Evolution* von Neuem. Die Natur bedient sich dazu der Analogie, die die Individualität von allem Konkreten beinhaltet, auch die eines jeden Menschen und auch die der Species Mensch. Das Etwas-Besonderes-Sein ist also auch ein Wesenszug der Natur. Nicht umsonst haben die Menschen also immer auch entweder die Natur oder deren Schöpfergott geheiligt oder sie glauben als Naturwissenschaftler zumindest fest an deren Gesetze und daran, auch ihnen unterworfen zu sein.

2. Mit dem *Dualismus* von subjektiver eigener Vernunft und objektiven natürlichen Gesetzen müssen alle Menschen leben, die in aufgeklärter Weise beides trennen. Gemeinsam ist dem Menschen und der Natur jedenfalls der „Geist" des Schöpferischen. Ebenso zeichnen sich auch alle sich selbstorganisierenden Subsysteme in der Natur vereinfacht und nach unseren Modellen dadurch aus, dass sie alle *halbautonom* sind.

Aber gerade dadurch tragen sie alle den Dualismus von selbstbestimmten *Innen* (Freiheit), und fremdbestimmten *Außen* (Unterwerfung) mit sich. Hinzu tritt drittens die *Wechselwirkung* (Ausgleich).

Jedes dieser *drei* Elemente kann und darf man zwar absolut setzen. Aber „im Zweifel" sollte man tolerant *allen dreien*, soweit irgend möglich ihre *eigene Welt* belassen. Man hat ihnen auch sozialreal eigene Subsystem reserviert, also Orte, Normen und Denkschulen entwickelt, in denen sie und auch ihren eigenen bunten Unterformen *vorherrschen*.

Die *bewusste* Selbst- und Fremderkenntnis und die vielen Wissenschaften, die soziale Informations-Meme wie natürliche Gene tradieren, fehlen offenbar der sogenannten subhumanen Natur. Die *Erkenntnisfähigkeit* ist schon nach der Bibel insbesondere dem einzelnen Menschen eigen. Die *aristotelische* Vernunftidee und der Satz von *Descartes*: „Ich denke, also bin ich" regieren die westliche Aufklärung. Das Ich-Prinzip wiederum steckt wenngleich kleinfamiliär abgeschwächt auch im Modell des *Genegoismus,* und mit dem Naturwesen Mensch denkt die *Natur* auch über sich selbst nach.

Zumindest ist der Mensch, der homo sapiens, mit seiner humanen Vernunft fähig, *spielerisch* frei über *sich,* seine *Gesellschaft* und die *Natur*, individuell und kollektiv, bewusst nachzudenken und auch *schöpferisch* gesamte technische Welten zu gestalten. Er kann damit auch über sein Verhalten in und infolge dieser eigenen technischen Welt reflektieren. Dazu hat er sprachliche Begriffssymbole entwickelt und er tradiert gesamte Ideen-Meme. Dafür schult und bildet er sich und sein Selbst. Das kollektive Selbst nennen wir Kultur, das psychische Selbst bildet demzufolge die innere (bunt-kreative und spannungsreiche) Kultur des einzelnen Menschen.

Insofern verfügt der vernünftige Mensch dann zumindest über eine besondere und *zusätzliche* Art der *Selbstkontrolle.* Dazu bedarf er eigener Regeln und der ständigen Überprüfung derselben. Diese Regeln formt er mithilfe von *Gedankenspielen*, individuell und auch kollektiv.

Zur Vorbereitung dienen ihm private oder auch öffentliche *Abwägungen*, die er in der Art von rollenhaften „Diskussions-Spielen" betreibt. Individuell heißt es,

ich will eigentlich gern aus naheliegenden egoistischen Beweggründen etwas „nehmen ohne zu geben“ oder aus plötzlichen Impulsen von dieser Tit for Tat-Grundnorm der Kooperation abweichen, aber halt, (a) was wäre die Reaktion, (b) was würden meine Nächsten dazu sagen und (c) wer wäre ich dann?

3. So ausgestattet kann der Mensch in utilitaristischer Weise über den *langfristigen Nutzen* oder auch die Folgen seines Tuns nachdenken. Aber er kann auch er sein eigenes Tun im Geiste, und dann im Sinne von *Kants* kategorischem Imperativ, schlicht *verallgemeinern*. Auf dieser kernethischen *Grundlage* erschafft er sich und halbkonkrete eigene Gesetze, individuelle und kollektive.

Kollektiv gilt, dass das Sozialnützliche gefördert, das Sozialschädliche gemieden werden muss, auch auf dem Wege über ein *präventives* Strafrecht. Individuell lebt der Mensch zwar nach seinen eigenen *Nutzen-Regeln*. Aber sobald er Kooperation mit anderen will, muss er die sogenannte „Goldene Regel“ und Marktmoral des Tit for Tat als *Prinzip* verinnerlichen. Er kann auch davon abweichen, aber er muss dann das *Risiko* einer Straf-Reaktion als Verstoß gegen die *eigene Moral-Prinzipien*, nämlich die als Markteilnehmern, akzeptieren.

Der *idealistische* Mensch kann aber auch -vorrangig oder zusätzlich- höchste *absolute Werte*, als Vernunft-Ideen des Guten (oder des von Gott gegebenen) heiligen und sich ihnen schon in seinem Inneren demutsvoll-fromm *unterwerfen*, weil sie vernünftig sind. Nachgefragt zählt als vernünftiger Grund der letztlich teleologisch-systemische Blickwinkel der *Verallgemeinerbarkeit* (der allgemeinen Gerechtigkeit und des kategorischen Imperativs).

Aber auch die Wärme und Vertrautheit der *Tradition* (der westlichen Welt) ist mit zu bedenken. Der Kind-Mensch erschafft sich erst und unterwirft sich dann dem *verinnerlichten Geist* seiner großen *Übereltern-Ahnen*. Zudem gilt, was geschichtlich *erprobt* ist und was sich zudem als ein einigermaßen *ausgeglichenes* gesamtkulturelles *Rahmen-System an Ideen* entwickelt hat, sollte „im Zweifel“ bleiben. Es sollte nur evolutionär durch Reformen angepasst und durch individuelle Menschen gelebt und nicht revolutionär durch einen Systemwechsel umgestoßen werden. Systemerhalt schafft Vertrauen, wenn zugleich rituell verankert auch Raum für neue Ideen und Generationen eröffnet wird.

So kann man *im Alltag* schon die (gegenwärtige Form der) Tradition selbst heiligen und sich in Ruhe und *in der Regel* blind und fromm an sie zurückbinden. Die *Abweichungen* sind dann aber zu *rechtfertigen*.

4. Das deutsche gerechte Schuldstrafrecht beruht auf der idealistischen *Unterstellung* von Willensfreiheit und Vernunft. Beides sind *metaphysische* Begriffe. Ohne sie gäbe es aber keine Freiheitsrechte und keine Demokratie.

Nach dem Schuldstrafrecht hat sich auch der (angeblich?) mit Vernunft begabte Straftäter *vor sich* und vor dem demokratischen Gericht zu verantworten. Er muss(!) als Vernünftiger dann die Tat-Folge Strafe als eigene wollen(!). Auch insofern beruht seine gerechte Schuldstrafe auf einer Fiktion.

Aber die *abstrakte* (aber auch konkrete) *Alternative* lautet nicht Straflosigkeit. Anderenfalls drohen ihm bestenfalls die *Maßregeln der Besserung und Sicherung,* oder aber ein harter Verwahrvollzug oder ein Erziehungslager mit zumindest psychischer Folter oder die *Körper- und Todesstrafe*.

Deshalb wird er, sobald er denn überhaupt einmal darüber nachdenkt, dazu seine eigene praktische Vernunft einsetzen und wenigstens nach der *Nützlichkeit* einer solchen Fiktion entscheiden. Dies wird ihn dazu bringen, sich „besser“ selbst (fiktiv?) für vernünftig zu erachten und sich dann von den anderen auch demgemäß behandeln zu lassen. Er wird die Behandlung nach den Regeln und dem großen Rahmen eines humanen Tatschuldstrafrechts vorziehen und auch damit seine Vernunft beweisen.

Im Kern geht es dem kriminellen Täter, wie auch dem Straf- und Verfassungsrecht, um das „*existentielle Selbst*“, etwa auch als Selbsterhalt, und zwar zunächst des eigenen würdigen Selbst (Art. 1 I G, §§ 211 ff. StGB) und dann auch um die Existenz und Identität des kollektiven *Lebenssystems* seiner jeweiligen Nächsten (souverän demokratisch: Art. 20 GG, §§ 81 ff. StGB). Von diesen beiden -an sich auch soziobiologischen- *Höchstwerten* kann er viele Zwischenwerte, als Grundwerte, Menschenrechte oder auch Rechtsgüter, ableiten. Das „Eigene“ steht dabei im Mittelpunkt. Das Recht darauf aber ist nur etwas wert, wenn nach Angriffen darauf „Gerechtigkeit“ geübt wird.

Die Verletzung dieser Werte wird zumindest jeder Mensch, der sich an diese Höchstwerte semi-religiös zurückbindet, dann „automatisch“ als unwertig verstehen oder aber er wird sich vor sich (und danach auch vor anderen) mit Ausnahmen rechtfertigen. Ansonsten muss er sich selbst schuldig fühlen und sich auch schuldig wissen. Empathisch und vernünftig fühlt und weiß der Mensch dann auch um die Schuld der Anderen. So kann er für sich, für die Anderen und auch kollektiv ein *gerechtes, nützliches und humanes Tatschuldstrafrecht* entwickeln.

# Namensverzeichnis


Achenbach, Grundlagen, 1974 132, 423
Achenbach, Zurechnung, 1984, 135 ff. 169
Agnew, Strain, 2010, 136 ff. 809
Agnew, Types, 2001, 319 ff. 802
Albert, Traktat, 1980 591
Albert, Wissenschaft, 1982 591
Albrecht, Freiheit, 2011 585
Albrecht, Weg, 2010 387
Alexander/Staub, Verbrecher, 1929/1971, 203 ff. 345
Alexy, Grundrechte, 1985 78
Alexy, Theorie, 2012 117
Alexy, Verteidigung, 1993, 85 ff. 57
Allwart, Recht, 1987 145
ALR 1794 55, 533
Alternativ-Entwurf StGB AT, 1969 308
Amelung, Rechtsgüterschutz, 1972 266
Amelung, Rechtsgutverletzung, 1991, 269 ff. 198
Ancel, Sozialverteidigung 114
Andrissek, Vergeltung, 2017 303
Anscombe, Causality, 1971 146, 603, 771
Apel, Letztbegründung, 1976, 55 ff. 591
Appel, Verfassung, 1998 29, 107, 214
Aquin (Pieper), Matthäus, 1270/2011 497
Aquin, Summa theologica, 1273/1953 530, 558, 781
Aristoteles (Rolfes), Nikomachische Ethik, 1911 241, 259, 558
Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999 71, 443, 497, 558, 578, 596, 681, 696
Aristoteles, Politik (Gigon), 2003 596, 741
Arzt, Ruf, 1976 266, 267, 372
Asholt, Verjährung, 2016 21
Augustinus (Schmaus), De trinitate, 418/1935 598
Axelrod, Evolution, 1984/2005 241, 394, 742
Bäcker, Gerechtigkeit, 2015 400
Badura, Generalprävention, JZ 1964, 337 ff. 376
Ball/Lilly, delinquency, 1971, 69 ff. 417, 699, 808
Bar, Probleme, 1864 381
Baratta, Integration, KrimJ 1984, 132 ff. 347
Baratta, Resozialisierung, 2001, 1 ff. 309, 333
Basedow, Rechtsdurchsetzung, JZ 2018, 1 ff 119
Baumann/Maetze/Mey, Rückfälligkeit, Mschr Krim 1984, 193 ff. 332
Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016 43, 90, 103, 105, 153, 206, 208, 214, 261, 266
Baurmann, Dogmatik, 1980, 196 ff. 629
Beccaria, Verbrechen, 1766/1966 372, 540
Becker, Wahrheit, 1988 679
Bednarik, Condition, 2011 759
Beling, Lehre, 1906 139, 152
Beling, Vergeltungsidee, 1908 46, 50
Benda, Rechtsstaat, 1983, 477 ff. 58
Bens/Zenker, Gerechtigkeitsgefühle, 2017, 11 ff. 202
Bentham, Grundsätze, 1786/1830 539
Bentham, Introduction, 1780/1948 243, 253
Berna/Goldberg/Horwitz/Brink/Holt/Bamford/Chazan, evidence, 2012, 109 ff. 754
Berndt, Bewährungsauflage, 1994 86
Besson, Justification, 2018, 22 ff. 102
Beulke, Strafprozessrecht, 2016 151
Bielefeldt, Gerechtigkeit, GA 1990, 108 ff. 514
Bieri, Handwerk, 2003 578, 676
Bieri, Regie, 2006, 35 ff. 667, 668
Binding, Normen II, 1914 46, 238
Binding, Problem, 1915 50
Bindokat, Rückfallstrafe, ZStW 1959, 218 ff. 332
Blei, Strafrecht AT, 1983 142, 143, 498
Bloy, Handlungsbegriff, ZStW 1978, 609 ff. 140, 146
Bock, Ideen, ZStW 103 1991, 636 ff. 97
Bock, Kriminologie, 2019 49, 743, 802

Bockelmann, Kritik, 1976, 1 ff. 601
Bockelmann, Studien, 1940 637
Bockelmann, Willensfreiheit, ZStW 1963, 372 ff. 601
Böckenförde, Staat, 1976 115
Bohnert, C., Straftheorie, 1992 46, 50
Bohnert, J., Abschlussentscheidung, 1992 129
Bohnert, J., Feuerbach, 1982 65
Bollnow, Sittlichkeit, 1945 271
Börner, Legitimation, 2014 117
Bröckers, Verantwortung, 2015 234, 578, 631, 632
Brown/Geis, Criminology, 2019 802
Brunhöber, Unrechtsahndung, 2015, 3 ff 113
Bruns, Grundfragen, 1974 80
Bruns, Recht, 1985 80
Bruns, Reflexionen, 1988 169
Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974 136, 179, 355
Bung, Concepts, ZIS 2018, 65 ff. 122
Buri, Causalität, 1873 139
Buri, Kausalität, ZStW 1882, 232 ff. 46
Burkhardt, Möglichkeit, 1983, 51 ff. 539, 602
Burkhardt, Überlegungen, ZfS 1981, 155 ff. 602
Burkhardt, Zweckmoment, GA 1976, 321 135
Bydlinski, System, 1986, 21 ff. 490
Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008 84, 85
Cassirer, Versuch, 1944/2007 678, 697
Cerny, Bedeutung, 2019, 177 ff.. 280
Chaiken, Varieties, 1982 372
Chisholm, Freedom, 1982, 24 ff. 577
Chun/Brass/Heinze/Haynes, determinants, 2008, 543 ff. 643
Coing, Grundzüge, 1993 24, 241, 296, 418
Coser, Funktionen, 1979, 21 ff. 545
Crespo, Kompatibilismus, GA 2013, 15 ff. 642
Czeguhn, Strafgesetzbuch 2014, 227 ff. 65
Czupryniak, Berücksichtigung, 2010. 280
Danner, Willen, 1974 600
Darwall, Second-Person, 2006 631, 647
Dawkins, Gene, 1978. 791
Deacon, Brain, 1988, 363 ff. 757, 758
Dedié, Kraft, 2014 662, 749, 763
Deimling, Kriminalprävention, 1986, 51 ff.. 452, 541
Demmerling, Scham, 2014, 115 ff. 629
Dennett (Wuketits), Philosophie, 1991/1994, 2009 644
Dennett, Freedom, 2003 676
Dennett, Mechanism, 1982, 150 ff. 639, 741
Dershowitz, Rights 2004 53
Descartes (Buchenau), Prinzipien, 1641/1992 598
Di Fabio, Recht, 1998 45, 452
Di Fabio, Sicherheit, NJW 2008, 421 ff. 248
Dölling, Strafaussetzung, NJW 1987, 1041 ff. 171
Dreher, Vereinheitlichung, ZStW 1953, 448 ff. 351
Dreher, Willensfreiheit, 1987 398, 599, 600, 628
Dreier, R., Rechtsbegriff, 1986 57
Drenkhahn, Research, 2014, 9 ff. 96
Drenkhahn/Dudeck, Trauma, 2019, 995 ff. 235, 816
Drenkhahn/Morgenstern, 2018, 25 ff. 314
Dubber, Penal State, 2018 115
Dubber, State, 2018 115
Dünkel, Forschung, 1996, 61 ff. 334, 798
Dünkel, Kriterien, Mschr Krim 1981, 279 ff. 332
Dünkel, Strafaussetzung, ZStW 1983, 1039 ff. 171
Dürig, Grundrechtssatz, 1956, 117 ff. 50
Durkheim (König), Kriminalität, 1895/1968, 3 ff. 545
Durkheim (König), Regeln, 1895/1961 545
Durkheim (Schmidts), Arbeitsteilung, 1893/1988 110, 257, 544, 743, 806
Dux, Täter, 1988 636
Dworkin, Rights, 1981 801
Ebbinghaus, Strafen, 1968 466, 514
Ebert, Talion, 1991, 249 ff. 58
Edmaier, Schulderfahrung, 1975, 162 ff. 398
Eisele-Schönke/Schröder, 2019 79, 81, 590, 593, 654
Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017 31, 39, 95, 110, 113, 148, 175, 273, 300,

303, 304, 320, 322, 323, 369, 374, 743, 802
Ellscheid/Hassemer, Strafe, 1970, 27 ff. 409, 570
Enderlein, Begründung, 1985, 303 ff. 51
Engisch, Idee, 1968 490
Engisch, Willensfreiheit, 1965 570, 602
Engländer, Revitalisierung, ZStW 2015, 616 ff. 76, 213
Erber-Schropp, Schuld, 2016 65
Erhard, Strafzumessung, 1992 332
Eser/Eisele-Schönke/Schröder, 2019 253
Exner, Sicherungsmittel, 1914 69, 351
Eysenck, Kriminalität, 1964/1977 798
Fabricius, Generalprävention, 2006, 280 ff. 303
Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011 624, 628, 642
Feeley, Process, 1992 338
Feinberg, Function, 1965, 397 ff 232
Feltes, Strafanspruch, 2007 40, 191, 197, 249
Fernandes Godinho, Erkenntnistheorie, Rechtsphilosophie 2017, 266 ff. 642
Feuerbach, Grundsätze, 1842 402
Feuerbach, Lehrbuch, 1801 20, 67
Feuerbach, Revision, 1799 65, 67, 279
Feuerbach, Revisionen, 1801, Sp. 255 f. 65, 279
Feuerbach, Strafe, 1800 65
Fichte, Grundlage, 1796/1971, 1 ff. 43, 552
Figal, Unscheinbarkeit, 2015 268
Figueiredo Dias, Schuld, ZStW 1983, 220 ff. 637
Fischer, Natur, 2017, 33 ff. 148, 653
Fischer, StGB-Kommentar, 2019 22, 80, 132, 133, 321, 414, 423, 479, 652, 653
Flechtheim, Hegel, 1936/1975 466
Foucault, Strafgesellschaft, 1972–1973/2015 25
Foucault, Überwachen, 1977 533
Frehsee, Schadenswiedergutmachung, 1987 119
Freund, Strafrecht AT, 2008 104, 345
Freund., Legitimationsfunktion, 1996, 43 ff. 345, 536
Frisch, Marburger Programm, ZStW 1982, 565 ff. 69
Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff. 69, 71, 252, 351, 352, 353, 354, 355
Frisch, Schuldgrundsatz, NStZ, 2013, 249 ff. 359
Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff. 505
Frisch, Straftheorie, 2019, 307 ff. 103
Frisch, Straftheorie, GA 2019, 185 ff 125
Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, 349 ff. 71, 172
Frisch, Verhältnis, GA 2014, 489 ff 423
Frisch, Voraussetzungen, NStZ 2016, 16 ff... 209
Frisch, Zukunft, 2014, 187 ff.. 642
Frisch, Zweck, 2015, 55 ff. 71
Frister, Schuldprinzip, 1988 129, 420
Frister, Strafrecht AT, 2019 19, 27, 91, 104, 167, 259, 612
Frister, Struktur, 1993 601
Fritsche, Entschuldigen, 2003 417, 699, 808
Frommel, Mauerschützenprozesse, 1993, 81 ff. 58
Frommel, Präventionsmodelle, 1987 65
Gaede, Sanktion, ZStW 2017, 911 ff. 337
Gallas, Stand, ZStW 1955, 1 ff. 176
Gärditz, Demokratizität, JZ, 2016, 641 ff. 191
Gärditz, Schuld, 2017, 269 ff. 75
Gärditz, Staat, 2015 28
Garland, Culture, 2001 114
Garland, Punishment, 1990 545
Gautschi/Berger, Verhalten, MoKrim 2018, 200 ff 257
Geerds, Einzelner, 1969 176
Gehlen, Mensch, 1950 698
Gehlen, Mensch, 1966 368, 599
Gehlen, Theorie, 1965 602, 771
Giehring, Forschung, KrimJ 1987, 2 ff. 371
Gimbernat Ordeig, Nichtbeweisbarkeit, 1973, 151 ff. 349
Goeckenjan, Revision, 2017 142
Gogorza, Grundsatz, GA 2015, 694 ff. 114
Goschke, Willen, 2004, 55 ff. 667, 669
Gosepath, Eigeninteresse, 1992 22
Gössel, Rezension, JA 1975, 321 ff. 602
Gössel, Wesen, 1988, 3 ff. 178, 179, 180, 184, 412
Gössel, Zurechnung, GA 2015, 18 ff 145

Gramatica, Principi, 1961. 114
Grasnick, Schuld, 1987 491, 575
Graßberger, Versuch, ÖZföR 1956, 281 ff. 177
Greenwood/Abrahamse, Incapacitation, 1982 372
Griffel, Determination, ARSP 1994, 96 ff. 368, 599, 751
Grimm, J. und W., Wörterbuch, 1956 138, 398
Grommes, Sühnebegriff, 2006 411, 534
Gropp, Strafrecht AT, 2015 89, 167
Grotius, De Jure, 1631/1950 177, 536, 537
Gründel, Umgang, 1993, 423 ff. 412
Günther, K., Bedeutung, 2002, 205 ff. 232
Günther, K., Freiheit, 1998, 153 ff. 454
Günther, K., Schuld, 2005 618, 671
Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff. 470
Günther, L., Wiedervergeltung, 1966 531
Günther/Prittwitz, Verantwortung, 2010, 331 ff. 144
Gutmann, C., Freiwilligkeit, 1993 319
Habermas, Bewußtsein 2007, 47 ff. 156
Habermas, Diskursethik, 1983, 555
Habermas, Universalpragmatik, 1976/1984 228
Habermas, Wahrheitstheorien, 1973, 127 ff. 556
Haeffner, Anthropologie, 2000 577, 579
Hallmann, Freiheit, 2017 667, 668, 669, 671
Hamel, Strafen, 2009 232
Hamilton, Motivation, 1964, 856 ff. 790
Hammacher, Verhalten, 2011 441
Hart, Concept, 1961 57
Hartmann, Ethik, 1925 252, 589
Hartmann, Möglichkeit, 1966 179
Hassemer AK-StGB, 1989 224, 264, 545, 546
Hassemer, Alternativen, 1983, 89 ff.. 490
Hassemer, Einführung, 1990 114
Hassemer, Generalprävention, 1979, 29 ff. 371
Hassemer, Resozialisierung, KrimJ 1982, 161 ff. 319
Hassemer, Schicksal, StV 1990, 328 ff. 691
Hassemer, Strafe, 2009 521
Hassemer, Theorie, 1973 266
Hassemer/Neumann NK StGB, 2017 23, 29, 89, 119, 175, 249, 401, 524
Hattenhauer, Buße, 1983 529
Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004 529
Hauptmann, Psychologie, 1993 303
Hauptmann, Strafrecht, Rth 1984, 153 ff. 570
Hecker-Schönke/Schröder, 2019 29, 206
Heepe, Strafrecht, Rechtsphilosophie, 2019, 288 ff. 525
Hegel, Bemerkung, in Rosenkranz, 1844, 85 ff. 60
Hegel, Enzyklopädie, 1817 552, 553
Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 59, 60, 61, 63, 66, 279, 378, 396, 402, 443, 499, 502, 553, 559, 680
Hegel, Phänomenologie (Glockner), 1807/1964 552
Hegel, Propädeutik, Einleitung, 1808 126
Heinrich, Strafrecht AT, 2019 89, 167
Heinze, Sozialforschung, 2001 661, 751
Henke, Recht, 1988 398
Henkel, Rechtsphilosophie, 1977 135
Henkel, Strafe, 1969 85, 177
Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo 1990, 76 ff. 332
Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo, 1990, 76 ff. 332
Hermann, Kompatibilität, GA 1992, 516 ff. 67, 257
Hermann/Kerner, Eigendynamik, KZfSS 1988, 485 ff. 332
Herzberg, Schuldbegriff, GA 2015, 250 ff. 130
Herzberg, Willensunfreiheit, 2010 629, 630, 652
Herzog, F., Prävention, 1987 97
Heussen, Libet, Rechtsphilosophie 2017, 275 ff. 642
Hilgendorf, Grundlagen, Handbuch 2019 43
Hilgendorf, Strafrecht, Handbuch 2019 21, 53, 439
Hilgendorf, Strafrechtsdogmatik, Handbuch 2019 20
Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2015 89, 167
Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff. 653
Hippel, Strafrecht, 1925-1930 65

Hirsch, A. v., Past, 1986 372
Hirsch, A. v., Strafrechtstheorie, 2005, 257 ff. 114
Hirsch, H. J., Bilanz, 1986, 133 ff. 171
His, Strafrecht, 1920/1964 529
Hobbes (Gawlik), Bürger, 1642/1959 305, 538, 539, 826
Hobbes (Mayer), Leviathan, 1681/1986 538
Hobbes (Willms), Dialog, 1681/1992 538
Hobbes, lat. Leviathan, 1688 68, 299, 434
Hobbes, Leviathan, 1651/1955 538
Höffe, Gerechtigkeit, 1987 241
Höffe, Grundlegung, 1989 56
Höffe, Kant, 1982, 335 ff. 514
Höffe, Kritik, 2012 604
Höffe, Lexikon, 2008 579
Höffe, Rechtsprinzipien, 1990 53, 56, 243, 488, 497
Höffler, Rolle, 2019, 91 ff. 291
Höffler/Kaspar, Plädoyer, GA 2015, 453 ff. 357
Hoffmann, P., Strafzwecke, 1992 80, 537, 538
Hoffmann-Holland, Ethics, 2009, 1 ff. 53
Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2015 89
Hoffmann-Holland, Versprechen, 2018, 85 ff. 109, 110
Hoffmann-Holland/Koranyi, Rechtsgüterschutz. ZStW 2015, 913 ff. 209
Hofmann, H., Recht, JZ 2003, 377 ff. 156
Holzhauer, Willensfreiheit, 1970 46
Hommel, Beccaria, 1966 372, 540
Honenberger, Introduction, 2015, 1 ff. 740
Honneth, Aristoteles, 2000/2005, 171 ff. 552
Hood, Self, 2012 644
Hoppe/Elger, Neuro-Philosophie, 2012, 259 ff. 645
Horn, E. Schwärme, 2009, 7 ff. 670, 772
Horn, N., Metaphysik, Rechtsphilosophie, 2017, 332 ff. 19
Horn/Wolters-SK-StGB, 2017 132
Hörnle, Kriminalstrafe, 2013 631, 632, 647, 747
Hörnle, Straftheorien, 2011 78, 232, 233, 404, 452, 454
Hörnle, Straftheorien, 2017 19, 101, 559
Hörnle, Straftheorien, Handbuch 2019 19, 43
Hörnle, Verhalten, 2005 230, 441
Hörnle/Hirsch, Generalprävention, GA 1995, 261 ff. 101, 559
Hotz, Schopenhauer, ZStW 2019, 156 ff. 577
Hoven, Schuld 2017, 329 ff. 397
Hoven/Weigend, Strafzumessung, 2019, 263 ff. 290, 300
Hoyer, Ansprechbarkeit, 2011, 723 ff. 92, 349
Hoyer, SK-StGB 2017 406
Hruschka, Kant, 1993, 129 ff. 55
Hruschka, Konkurrenz, JZ 1987, 941 ff. 55
Hruschka, Strukturen, 1976 142
Huizinga, Homo, 1938/2011 759
Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff. 536, 539
Hunt, Rätsel, 1992 824
Hupperschwiller, Gewissen, 1970 135
Inwagen, Incompatibility, 1982, 46 ff. 577
Jäger, C., Willensfreiheit, GA 2013, 3 ff. 642, 654
Jäger, H., Kriminalpolitik, 1993, 229 ff. 293
Jäger-SK-StGB, 2017 79, 203, 357
Jakl, Recht, 2009 456
Jakobs, Bürgerstrafrecht, 2004, 88 ff. 54, 105, 112, 113, 281, 308, 539
Jakobs, Handlungsbegriff, 1992 145, 227
Jakobs, Norm, 1997 112, 203, 283, 284, 528, 610, 611
Jakobs, Schuld, 1976 202, 284, 487, 609
Jakobs, Schuldprinzip, 1993 97, 283
Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff. 203, 283, 284
Jakobs, Strafe, 2004 51, 71, 105, 524, 536
Jakobs, Strafrecht AT, 1991 24, 103, 104, 105, 107, 144, 155, 168, 284, 296, 353, 418, 583, 637
Jakobs, Strafrecht, ZStW 1995, 843 ff. 611
Jakobs, System, 2012 228
Jakobs, Theorie, 2010, 167 ff. 112, 283
Jakobs, Theorie, 2014 144, 610, 623
Jantsch, Selbstorganisation, 1986 592
Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal, Legalbewährung. 2016 329, 330

Jelinek, Bedeutung, 1908 238
Jescheck LK, 1994 82
Jescheck, Freiheitsstrafe, 1984, 193 ff. 69
Jescheck, Handlungsbegriff, 1961, 139 ff. 146
Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 1996 65, 71, 82, 114, 132, 136, 140, 141, 152, 176, 177, 178, 206, 271, 368, 423, 489, 531, 536, 599, 601, 637
Joecks-MK StGB, 2017 90, 259
Joisten (Hrsg,), Ethik, 2007 529
Jung, Garland, NK 2001, 16 ff. 114
Jung, Sanktionssysteme, 1992 545
Jung, Strafe, GA 2018, 573 ff. 108
Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff. 93, 357
Kahneman, Thinking, 2011 795
Kaiser, G., Einführung, 1997 367
Kaiser, G., Kriminologie, 1996 291, 352
Kaiser, H., Widerspruch, 1999 51, 528
Kant (Weischedel), Metaphysik, 1797/1982 53
Kant, Anfang 1786, AA 698, 742
Kant, Anthropologie, 1798, AA 235, 573, 742
Kant, Denken, 1786, AA 598, 604
Kant, Frieden, 1796, AA 54
Kant, Grundlegung, 1785, AA 53, 144, 272, 396, 435, 436, 443, 455, 456, 466, 501, 558, 572
Kant, Metaphysik, 1797, AA 24, 50, 51, 52, 53, 144, 207, 296, 393, 418, 453, 456, 488, 550, 577
Kant, Nachlass, Moralphilosophie, AA 54
Kant, p. Vernunft, 1788, AA 456
Kant, r. Vernunft, 1781, AA 488, 572, 577
Kant, r. Vernunft, 1787, AA 596, 597, 661, 663, 676, 742
Kant, Religion, 1793, AA 534, 551
Kargl, Friedenssicherung, ARSP 1996, 485 ff. 536
Kargl, Handlung, 1991 138, 152, 582, 628
Kargl, Hilfeleistung, GA 1994, 247 ff. 824
Kargl, Kritik, 1982 629
Kargl, Wahrheit, ARSP 2019, 171 ff. 420
Kaspar, Aspekte, 2019, 61 ff. 288
Kaspar, Guidelines, Juristentag, 2018 288
Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014 93, 114, 357, 360
Kaufmann, Armin, Aufgabe, 1983 56, 177
Kaufmann, Arthur, Analogie, 1982 490
Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff. 169, 570, 595
Kaufmann, Arthur, Parallelwertung, 1982 136
Kaufmann, Arthur, Schuld, 1985, 889 ff. 570
Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976 81, 136, 412, 600
Kaufmann, Arthur, Strafe, 1986, 425 ff. 169
Kaufmann, Hilde, System, 1982, 518 ff. 114
Keil, Skizze, (EWE), 2007 665, 666
Keil, Willensfreiheit, 2017 666
Keller, W., Philosophie, 1954 603, 771
Kelsen, Rechtslehre, 1960 68, 299, 434, 538, 671
Kerner, Kriminalitätseinschätzung, 1980 267
Kett-Straub, Opferschutz, ZIS 2017, 341 ff. 30
Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017 169, 369, 371, 375
Kieser, Freiheit, 2012 581, 600, 642
Kim, Supervenience, 1993 649
Kindhäuser, Grundfragen, 2001 145, 227
Kindhäuser, Handlung, 1980 142, 143, 145
Kindhäuser, Kausalanalyse, GA 1982, 477 ff. 142
Kindhäuser, LPK-StGB 2017 406, 450, 479
Kindhäuser, Personalität, GA 1989, 493 ff. 216, 228
Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2017 61, 89, 167, 206, 524
Kindhäuser, Strafrechtsgut, 1990, 29 ff. 260
Kinzig-Schönke/Schröder, 2019 84, 91, 191, 281, 323, 423
Klar, Moral, 2007 393
Klemme, Erkennen, 2014, 79 ff. 235
Klimke, Wandel, 2017, 43 ff. 135
Knoepffler, Würde, 2018 550, 605, 643
Knöpfel, Kausalität, Rth 1989, 342 ff. 602, 603, 771
Koch, A. F., Unbewusstes, 2007, 57 ff. 583
Koch, A., Entwicklung, 2014, 39 ff 20

Koch, H.-J., Entscheidungsbegründung, 2003, 39 ff. 23
Koch-Arzberger/Kerner, Mehrfach- und Intensivtäter, 2008 481
Kodalle, Thomas Hobbes, 1972 538
Köhler, Fahrlässigkeit, 1982 97, 398
Köhler, Rezension Primoratz, ARSP 1989, 265 ff. 59
Köhler, Strafe, 1986 97, 352, 416
Köhler, Strafrecht AT, 1997 207, 402
Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983 173, 376
Kohlrausch, Sollen, 1910, 1 ff. 584
Kölbel, Taterklärung, 2016, 201 96
Koller, Rechtfertigung, 1987, 4 ff. 58
Koriath, Grundlagen, 1994 143, 144
Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 2019 173
Kornwachs/Wehrt, Einleitung, 1984, 8 ff. 603, 771
Krehl, Schuld, 2017, 123 ff. 399
Kremkus, Strafe, 1999 538
Kreß, Einführung, 2019, 1 ff. 103
Kreß, Schuldbegriff 2017, 75 ff. 126
Krey/Esser, Strafrecht AT, 2016 89, 92, 167
Krüger, Hirn, 2007, 61 ff. 649, 762
Krümpelmann, Beurteilung, 1993, 18 ff. 490
Krümpelmann, Motivation, 1974, 327 ff. 599
Krümpelmann, Neugestaltung, ZStW 1976, 6 ff. 601
Krümpelmann, Probleme, GA 1983, 337 ff. 418
Kube, Kriminalprävention, 1987 291
Kubiciel, Concepts, ZIS 2018, 60 ff. 121
Kubiciel, Dunkel, 2014, 1 ff. 20, 209
Kubiciel, Flexibilisierung, 2018 209
Kublink, Strafen, 2002 69, 74, 75
Kühl, Strafrechtsphilosophen, Hegel, 2013 59
Kuhlen, Typuskonzeptionen, 1977 490
Kuhlmann, Letztbegründung, 1985 591, 679
Kühne, Strafrechtsstrukturen, 2000, 9 ff. 367
Kunz, Kulturgebundenheit, 2012, 145 ff. 23
Kunz, Strafe, 2004, 71 ff. 110, 114, 545, 743
Kunz, Vorbeugen, 1987 356
Kunz/Singelnstein, Kriminologie, 2016 273, 743
Kupke/Vogeley, Zeitlichkeit, 2006, 77 ff. 668
Küpper, Grenzen, 1990 167, 172, 174, 374
Küpper, Strafen, 2003, 53 ff. 45, 531, 572, 611
Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990 138, 143, 146, 279
Lackner, Prävention, 1985, 245 ff. 135
Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2018 76, 85, 170, 232, 256, 411, 423
Ladeur, Rechtstheorie, 1992 118, 546
Ladeur, Staat, 2006 271, 543
Lampe, Gleichstellung, ZStW 1967, 476 ff. 141
Lampe, Strafphilosophie, 1999 18, 119, 135, 242, 243, 246, 742
Larenz, Methodenlehre, 1972 490
Larenz, Recht, 1979 539, 602
Laubenthal, Strafvollzug, 2019 319
Laun, Satz, 1956 179
Lecheler, Unrecht, 1994 57
Leder, Person, 1999 630
Leenen, Typus, 1971 490
Leisner, Volk, 2005 544
Lenckner, Strafe, 1972, 3 ff. 176
Lenckner/Schnittenhelm, Gründe, 1989, 17 ff. 266
Lenckner-Schönke/Schröder, 1997 81, 590
Lenk, Vielfachwesen, 2010 678, 761
Lersch, Aufbau, 1970 599
Lesch, Verbrechensbegriff, 1999 611
Libet, Mind, 2004/2007 643
Lipp, Stigma, 1985/2010, 147
Liszt (Schmidt), Lehrbuch, 1927. 70
Liszt, Aufgaben, 1905 505
Liszt, Einfluss, 1905, 75 ff. 34, 68, 69
Liszt, Lehrbuch, 1919 46, 153
Liszt, Zurechnungsfähigkeit, 214 ff. 351
Liszt, Zweckgedanke, ZStW 1883, 1 ff. 34, 68, 69
Locke (Euchner/Hoffmann, H.), Abhandlungen, 1690/1967 539
Locke (Laslet), Second Treatise, 1690/1993 539
Locke (Meiner), Versuch, 1690/2006 646
Löffler, Schuldformen, 1895 132

Loos, Grenzen, 1980, 261 ff. 490
Lorenz, Verhalten, 1954 763, 770
Lotter, Scham, 2012 629
Lucas, Philosophy, PhQu Vol. 13, 1963, 79 ff. 489
Lüderssen, Abschaffen, 1995 119
Lüderssen, Irrationale,1998, 325 ff. 293, 294
Lüderssen, Kriminologie, 1984 266
Lüderssen, Notwehrelemente, 468 ff 352
Lüderssen, Wege, 1998, 25 ff. 61, 167, 301
Lüderssen, Zustand, 159 ff. 352
Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff. 52, 53, 572
Luhmann, Gesellschaft, 1997 546
Luhmann, Positivität, 1988, 11 ff. 118
Luhmann, Recht, 1995 545
Luhmann, Rechtsoziologie, 1972/2008 612
Luhmann, Rechtssoziologie, 1987 661
Luhmann, Systeme, 1994 118
Luhmann, Vertrauen, 2000 103, 263, 545
MacLean, Dimensionen, 1983, 111 ff. 764
MacLean, Mind, 1978, 308 ff. 764
Mahlmann, EuR 2011, 469 ff. 102
Mahlmann, Rechtsphilosophie, 2019 604
Mährlein, Volksgeist, 2000 543
Maihofer, Handlungsbegriff, 1953 140
Maihofer, Naturrecht, 1963 55
Maihofer, Rechtsdenken, 1982, 579 ff. 55
Maihofer, Sinn, 1956 55
Maihofer, Sozialer Handlungsbegriff, 1961, 156 ff. 140, 146
Maihold, Sündenstrafe, 2008 530
Maiwald, Einwilligung, 1991, 165 ff. 224
Maiwald, Schuldbegriff, 1987, 147 ff. 130, 134
Markowitsch/Siefer, Tatort, 2007 643
Martins, Strafrecht, ZIS 2014, 514 ff. 99
Maruna/Copes, Decades, 2005, 221 ff. 417, 699, 808
Marx, M., Definition, 1972 224
Marxen, Kampf, 1975 286
Marxen, Verhältnis, 2002, 77 ff. 286
Mathiesen, Gefängnislogik, 1989 372, 373
Maurach, Wesen, 1960, 26 ff. 176, 411
Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Bd. 2, 2014 171
Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992 140, 206, 210
Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff. 169, 253, 254, 279, 378, 418, 466
Mayer, H., Strafrecht AT, 1967 259
Mayer, H., Strafrechtsreform, 153 ff. 351
Mayer, M. E., Strafrecht, 1915 184
Mayer-Maly, Gedanken, 1985 570
Mayer-Tasch, Verfassungen, 1975 533
Mayr, Biologie, 2000 791
Meier, B.- D., Nachtatverhalten, GA 2015, 443 ff. 424
Meier, B.-D., Kriminologie, 2016 743, 797, 798
Meier, B.-D., Sanktionen, 2014 24, 89, 104, 329, 369, 375
Meinen, Strafvollstreckung, 2007, XII 339
Mergen, Kriminologie, 1966 635
Merkel, Feindstrafrecht, 2019, 327 ff. 111
Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff. 345, 576, 602, 613, 676
Merle, Strafen, 2007 57, 98
Mertens, Wollen, 2014, 227 ff. 543
Merton, Theory, 1949/1968 802
Metzinger, Ego-Tunnel, 2009 644
Meyer, F., Strafe, ZIS 2018, 68 ff. 121, 122
Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 2018 26
Mezger, Straftat, ZStW 1945, 675 ff. 637
Milgram, Milgram-Experiment, 1974/1997 290, 771
Mill, Liberty, 1859 431
Mir, Schuldbegriff, ZStW 1996, 9 ff. 598
Mischel/Shoda/Peake, nature, 1988, 687 ff. 597
Mitsch, Opfer, 2017, 303 ff. 30
Moll, Tension, 2016, 65 ff. 749
Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899/1961 132
Momsen, Überlegungen, 2007, 569 ff. 345
Momsen, U-Haft, StraFo 2019, 89 ff. 337
Momsen/Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff. 78, 90
Montenbruck, Abwägung, 1989 179, 469
Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff. 406, 458
Montenbruck, In dubio, 1985 129, 136, 327, 335
Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2016 36, 95, 535

Montenbruck, Mittelwelt, Zivilreligion IV, 2014/2018 166, 229, 417, 474, 475, 637, 641, 676
Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015 167, 242, 394, 452, 532, 556, 642, 661, 676, 742, 764
Montenbruck, Strafgründe, 2018, 235 ff. 426
Montenbruck, Strafrechtsphilosophie, 2010 158
Montenbruck, Thesen, 1983 455
Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976 136, 271, 539
Montenbruck, Weltliche Zivilreligion, Zivilreligion III, 2016 76, 102
Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff. 171, 458
Montenbruck, Zivile Versöhnung, Zivilreligion II, 2016 27, 94, 95, 114, 116, 118, 119, 144, 182, 300, 395, 413, 416, 607, 686
Montenbruck, Zivilisation, 2010 543, 544, 764
Montesquieu (Forsthoff), Geist 1748/1951 372, 543
Morgenstern, Makel, ZStW 2019, 625 ff 328
Morgenstern, Strafen, 2016, 103 ff. 96, 367
Morgenstern, Untersuchungshaft 2018 335
Mosbacher, Straftheorie, ARSP 2004, 210 ff. 56, 404
Müller / Christensen, Methodik II, 2007 33
Müller, A., Verhältnis, 1996 577
Müller, H. E./Schmoll, Deliktsschwereforschung, 2019, 117 ff. 468
Müller, H., Generalprävention, 1984 65
Müller-Dietz, Absehen, 1976, 303 ff. 85
Müller-Dietz, Integrationsprävention, 1985, 813 ff. 169, 347
Müller-Dietz, Marburger Programm, ZStW 1982, 599 69
Müller-Dietz, Mord, 1997 303
Müller-Dietz, Strafbegriff, 1986 80, 176
Müller-Dietz, Verbrechensschaden, GA 1983, 481 ff. 266
Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1985 62, 349
Müller-Tuckfeld, Straftheorie, 2000, 263 ff. 101, 559
Murmann, Grundkurs, 2019 37, 66, 69, 79, 89, 90, 167, 190, 248, 333, 376, 381, 398, 412, 506, 571
Murray, Euripides, 1913 524
Mußig, Summum ius, 2013, 23 ff 58, 224
Nagel, View, 1986 638
Naucke, Generalprävention. 1979, 9 ff. 256
Naucke, Kant, 1962 65
Naucke, Kriminalpolitik, ZStW 1982, 525 ff. 69
Naucke, Kriminalpolitik, ZStW 1982, 525 ff. 293
Naucke, Notizen, 1998, 361 ff. 68, 299, 434, 538
Naucke, Rezension, GA 1989, 524 ff. 356
Naucke, Strafrecht, 1995 114
Nestler, Schuld, 2017, 351 ff. 397
Nettesheim, Verfassungsrecht, 2018 29, 108
Neubacher, Kriminologie, 2017 290, 341, 417, 699, 743, 771, 808
Neufelder, Schuldbegriff, GA 1974, 289 ff. 81
Neumann 2007, 435 ff. 454
Neumann, Aufgabe, 2019, 257 ff. 103
Neumann, Entwicklungen, ZStW 1987, 567 ff. 130
Neumann, Kritik, 1998, 147 ff. 404
Neumann, Methodendualismus, 2015, 25 ff. 167
Neumann, Objektformel, 2013, 334 ff. 73
Neumann, Prinzip, 2014, 569 ff. 41
Neumann/Schroth, Theorien, 1980 65
Neuß, Strafzweck, 2001 304
Nida-Rümelin, Freiheit, 2012, 371 ff. 604
Nida-Rümelin, Reasons Account, ARSP 2019, 3 ff. 578
Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff. 22, 578, 624, 677
Nietzsche (Colli), Morgenröte, 1881/1971 74
Nietzsche (Schlechta), Genealogie, 1887/1977, 761 ff. 497
Nietzsche, Wissenschaft, 1887/1999 304
Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff. 387, 388
Niggli, Strafrecht, plädoyer 2/14 387

Nipperdey, Würde, 1968, 1 ff. 80
Noll, Begründung, 1962 177
Noll, Schuld, 1966, 219 ff. 347, 349
Nowakowski, Maßnahmenkomponente, 193 ff. 351
Nowakowski, Rechtsstaatlichkeit, 98 ff. 353
Nussbaum, Emotionen, 2013/014 749
Oberer, Begründungsaspekte, 1982, 399 ff.. 514
Oelmüller, Schwierigkeiten, 1983, 9 ff. 398
Oeser/Seitelberger, Gehirn, 1988 368, 599, 751
Otto, Generalprävention, 1982 372
Otto, Grundkurs, 2004 176, 198
Otto, Kausaldiagnose, 1972, 91 ff. 142
Otto, Rechtsgutsbegriff, 1971, 1 ff. 224
Otto, Unrecht, ZStW 1975, 540 ff. 103
Paeffgen, Rechtsgut, 2013, 125 ff. 209
Paliero, Selbstverständnis, 2000, 75 ff. 146, 147
Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff. 576, 577, 638, 639, 640, 741
Pauen/Roth, Freiheit, 2008 631, 646, 647, 752
Pawlik, Hassemer, 2009, 1 f. 521
Pawlik, Person, 2004 99, 454
Pawlik, Strafrecht, 2019, 217 ff. 103
Pawlik, Unrecht, 2012 76, 99
Pfordten, Kohärenz, 2012, 111 ff. 591
Pfordten, Rechtsethik, 2011 58, 208, 224
Piaget, Urteil, 1983 637
Pitz, Verfassungslehre, 2006 543
Plack, Plädoyer, 1974 119
Platon (Schleiermacher), Gorgias, 1856 524
Platon (Susemihl), Nomoi/Die Gesetze 525, 526, 812
Platon, Politeia (Eigler), 1990 665
Platon, Protagoras (Eigler), 1990 71, 301, 495, 524
Pollähne, Alternativen, 2012 120
Pothast, Freiheit, 2011 570, 667
Pothast, Rechtfertigungselement, 1998, 135 ff. 570
Pothast, Unzulänglichkeit, 1987 130, 570
Preußisches ALR 1794 29
Prigogine, Sein, 1988 592, 603, 771
Primoratz, Banquo, 1986 59
Prinz, Freiheit, 1996, 86 ff. 643
Prinz, Mensch, 2003, 18 ff. 643
Prinz, Wille, 2008, 642 ff. 650, 651
Prittwitz, Schutz, 1995, 19 ff. 333, 352, 353
Prittwitz, Strafrecht, ZStW 2017, 390 ff. 249
Pröpper, Anthropologie, 2016 781
Pufendorf (Böhling), De jure naturae, 1672/1998 532
Pufendorf, jure naturae, 1672 243
Puppe, Erfolg, ZStW 1980, 863 ff. 142
Puppe, System, GA 2015, 203 ff. 145
Radbruch, Handlungsbegriff, 1904 139
Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932/2003 167, 497, 676
Radbruch, Unrecht, 1946, 105 ff. 58
Radbruch/Gewinner, Geschichte, 1991 413, 530
Radtke-MK StGB, 2017 84, 132, 281, 323, 423
Raiser, Recht, 1999 545
Rakoczy, Selbstkonzept, 2019, 1 ff. 798
Rappaport, Ritual, 1999 192, 754
Rath, Rechtfertigungselement, 2002 577, 579
Rauch, Schuldfähigkeit, 1993, 200 ff. 490
Rauhut, Handeln, Mokrim, 2018, 272 ff 241, 751
Regge, Kriminalstrafe, 1989 65, 243, 530, 531
Rehbinder, Verweigerung, 1986, 237 ff. 819
Reinhold/Sanguinetti-Scheck1et/Hartmann/Brecht, correlates, Science 2019, 1180 ff. 763
Rengier, Strafrecht AT, 2019 22, 89, 167
Renzikowski, Akteurskausalität, 2019, 379 ff. 154
Renzikowski, Dimensionen, 2015, 210 ff. 93
Renzikowski, Notstandslehre, 2012, 339 ff. 44
Renzmann, Wertordnung, 2007 250
Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff. 259, 577, 578, 599, 603, 696
Rizzolatti/Sinigaglia, Empathie, 2006/2008 761
Rodríguez Horcajo, Verhalten GA 2018, 609 ff. 368, 394, 750

Rogall, Justizmord, 2002, 45 ff. 95
Rogall, Strafe, 1997, 236 ff. 264
Röhl, Rechtslehre, 1995 207, 571
Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008 624, 679
Rönnau, Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, 209 ff 209
Rosenau, Rechtspolitik, ZIS 2006, 338 ff. 95
Roskies, Neuroscience, 2010, 109 ff. 643
Rössner HK-GS, 2017 104, 245, 507, 508, 548, 613, 660, 664, 696, 698, 743
Roth, Gehirn, 1992, 277 ff. 663, 752, 762
Roth, Gewaltstraftäter, 2012, 89 ff. 643
Roth, Mensch, 1993, 55 ff. 648, 663, 752, 757, 759
Roth, Wille, 2012, 526 ff. 667, 668
Rothacker, Schichten, 1952 599
Rousseau, Gesellschaftsvertrag (Brockard), 1762/1996 543
Rousseau, Ursprung, 1762 112, 610
Roxin, Ansprechbarkeit GA 2015, 489 ff. 92, 349
Roxin, Bestrafungsnotwendigkeit, 2017, 467 ff. 200
Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff. 347, 348, 349
Roxin, Entwicklung, JA 1980, 545 ff. 171, 310
Roxin, Gedanken, 1970, 133 ff. 141, 142
Roxin, Prävention, GA 2015, 185 ff. 82
Roxin, Schuld, 1974, 171 ff. 349
Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff. 81, 585, 595
Roxin, Schuldstrafrecht, ZStW 1984, 641 ff. 80, 637
Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff. 24, 184, 200, 296, 418
Roxin, Strafrecht AT I, 2006 43, 50, 140, 155, 198, 201, 204, 208, 220, 349, 412, 422, 450, 832
Roxin, Strafrecht AT II, 2003 609, 613
Roxin, Tatbestände, 1959 136
Roxin, Überlegungen, MoKrim, 1973, 316 ff 201
Rudolphi, Aspekte, 1970, 151 ff. 224
Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, 1969 135, 570
Rudolphi/Stein - SK-StGB, 2017 155
Sachs, C., Moral, 2015 95, 101, 233, 559
Sachser, Mensch, 2018 752, 759, 761, 770, 791, 807
Samson, Kausalverläufe, 1972 142
Sander, Grenzen, 2007 56
Satzger SSW-StGB, 2017 206
Sauer, Gerechtigkeit, 1959 497
Sauter, Willensfreiheit, 2013 593, 658
Sayers/Raghanti/Lovejoy, Evolution, 2012, 119 ff. 749
Schäfer, Grundlagen, 1989 497
Schall, Suche, 1990, 339 ff. 171
Scheffler, Dauer, 1991 94, 197, 295
Scheffler, Grundlegung, 1987 300, 409, 635, 636
Scheffler, Kritik, 1985 635
Scheffler, Prolegomena, 1995, 375 ff. 96
Scheffler/Weimer-Hablitzel, Weg, 2004, 488 ff. 805
Scheler, Formalismus, 1913/16 252, 589
Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff. 609, 630, 652
Schild AK-StGB, 1989 97
Schild, G., Bürgerrechte, Der Staat 2003, 329 ff. 114
Schild, W., Aktualität, 1979, 199 ff. 56
Schild, W., Ende, ARSP 1984, 71 ff. 56, 57, 178
Schild, W., Gerichtsbarkeit, 1985 528
Schild, W., Hegel, 1997, 179 ff. 62
Schild, W., Hirnforschung, 2017, 11 ff. 642
Schild, W., Strafbegriff, 1997, 101 ff. 73
Schild, W., Strafmaßnahme, 1989, 429 ff. 52, 53, 577
Schlüchter, Mittlerfunktionen, 1986 490
Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff. 600, 601
Schmidhäuser, Sinn, 1971 24, 176, 296, 418, 531
Schmidhäuser, Strafrecht AT, Lb, 1975 224
Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984 198, 498
Schmidt, E., Probleme, _ZStW 1957, 359 ff. 352
Schmidt, E., Strafrechtskommission 351
Schmidt, R. Strafrechtsreform, 1978 46
Schmidtchen, Prävention 2003, 245 ff. 454
Schmitt, Schuld, 2017, 251 ff. 32

Schmitz, Legitimität, 2001 55, 59, 301, 528, 581, 604
Schmoller, Argumentation, öJbl 1990, 631 ff. 272, 490, 608
Schmoller, Bedeutung, 1988 490
Schneider, F., Philosophie, 1964 146
Schneider, H.-J., Kriminologie, 2013 273
Schneider, Hartmut, Grund, 1990 256, 470, 505
Schneider, Hendrik., Bellum, ZStW 2001, 499 ff. 283
Schneider/Schmalt, Motivation, 2000 790, 795
Schneider-MK StGB 311
Schöch, Grundlagen, 1985, 1081 ff. 332
Schöch, Rechtswirklichkeit, 1996, 293 ff. 332
Schockenhoff, Willensfreiheit, 2004 659
Schopenhauer, Preisschrift, 1839/1988 577
Schopenhauer, Wurzel, 1891 179
Schott, Strafrahmen, 2004 303
Schramme, Empathie, 2013, 621 ff. 235
Schreiber, Gesetz, 1976 65
Schreiber, Schuld, 1983, 73 ff. 130, 135
Schreiber, Schuld, Der Nervenarzt 1977, 242 ff. 602
Schreiber, Strafkonzeptionen, ZStW 1982, 279 ff. 531
Schreiber, Strafkonzeptionen, ZStW 1982, 279 ff. 169
Schroeder, Carolina, 1986 531
Schüler-Springorum, Resozialisierung, 1982, 503 ff. 488
Schulz, Hansjürgen, Alternativen, JA 1982, 518 ff. 114
Schumann, Beweisbarkeit, 1998, 17 ff. 371
Schumann, Generalprävention, 1989 348, 349, 371
Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff. 609
Schünemann, Sinn, 2017, 501 ff. 609
Schünemann, Stellung, 2000, 1 ff. 86
Schünemann, Strafrechtswissenschaft, GA 1986, 293 ff. 570
Schünemann, Tendenzen, JA 1975, 575 ff. 490
Schünemann, Unterschichtsstrafrecht, 2000, 15 ff. 334, 798
Schwind, Kriminologie, 2016 291
Seelmann, Anerkennungsverlust, 1995 98
Seelmann, Hegel, JuS 1979, 687 ff. 56
Seelmann, Hegels Straftheorien, 2011, 79 ff. 59
Seelmann, Räume, 2014, 389 ff. 63, 246
Seelmann, Vertragsmetaphern, 1991, 441 ff. 452
Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, 2014 98
Seher, Bestimmung, 2013, 207 ff. 142
Seher, Liberalismus, 2000 95
Seher, Roles, 2014, 257 ff. 76
Seher, Strafrecht, 2015, 1 ff. 76
Seher, Verantwortlichkeit, 2015, 35 ff. 397
Seitelberger, Aspekte, 1980 627
Seitelberger, Grundlagen, 1981, 35 ff. 627
Seneca, De ira, 1999 301, 528
Siep, Naturgesetz, 1993 393
Simson, Grotius, 1985, 651 ff. 177, 536
Singelnstein/Ostermeier, Diskursanalyse, 2013, 481 ff. 113
Singer, brain, 2009, 321 ff. 663, 752
Singer, Problem, 2009, 233 ff. 643
Sinn, Freistellung, 2007 54, 147, 151, 170
Spendel, Grundfragen, 1957, 39 ff. 179
Spohn, Kern, 2012, 71 ff. 676
Stadler, Lebensleistung, 2019 137
Statistisches 799
Statistisches Bundesamt, Bestand, 2018 129, 336
Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, 2019 799
Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, 2019 18
Statistisches Bundesamt, Strafvollzug, 2018 34, 336, 363
Stemmler/Hagemann/Amelang/Spinath, Fragen, 2018 800
Stemmler/Hagemann/Amelang/Spinath, Psychologie, 2016 800
Sternberg-Lieben, Rechtsgut, 2003, 65 ff. 537
Stoß, Vorentwurf, 1893 69
Stratenwerth, Anfragen, 1998, 495 ff. 577
Stratenwerth, Tatschuld, 1972 355
Stratenwerth, Zukunft, 1971 570
Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011 198, 224, 412, 418, 495, 524

Strawson, G., Consciousness, Inquiry 1989, 3 ff. 577
Strawson, G., Consciousness, Inquiry 1989, 3ff. 638
Strawson, P., Einzelding, 1972 639, 741
Strawson, P., Freedom, 1974 631
Streng, Praktikabilität, 2001, 875 ff. 467
Streng, Sanktionen, 2012 303
Streng, Sanktionenrecht, 2012 84, 329, 367, 510
Streng, Schuld, 2017, 221 ff. 406
Streng, Schuld, ZStW 1980, 637 ff. 303, 345
Streng, Schuldausgleich, 2015, 827 ff. 201
Streng, Strafzumessung GA 2017, 80 ff. 150
Streng, Studien, 2019, 131 ff. 290, 300
Streng, Theorie, 2012, 677 ff. 72
Stübinger, Schuld, 2000 127
Stübinger, Strafe, 2016, 183 ff. 128
Stübinger, Strafrecht, 2008 393, 585, 680
Stuckenberg, GA 2016, 689 ff. 419
Stuckenberg, Rechtsgüterschutz, ZStW 2017, 349 ff 213
Suppa, Mensch, 2003 140
Swoboda, Lehre, ZStW 2010, 24 ff 209
Sykes/Matza, Techniken, 1979, 360 ff. 417, 699, 808
Telp, Ausmerzung, 1999 286
Teubner, Standards, 1971 490
Thurmann, Deviance, 1984, 291 ff. 417, 699, 808
Tiedemann, K., Verfassungsrecht, 1991 204, 832
Tiedemann, P., Tatbestandsfunktionen, 1996 224
Tiemeyer, Möglichkeit, ZStW 1988, 527 ff. 131, 135
Tomasello, Becoming Human, 2018 745, 750
Tomasello, Cooperate, 2009 744
Tomasello, evolution, 2018, 72 ff. 745, 747, 748
Tomasello, History, 2014 745, 763
Tomasello, Origins, 2008. 748
Tomasello/Melis/Tennie/Wyman/Herrman n, Key Steps, Current Anthropology, 2012, 673 ff. 745, 746, 748
Tomiak, Verhältnismäßigkeit, ZStW 2019, 804 ff 358
Topitsch, Probleme, 1980, 15 ff. 490
Triffterer, Strafrecht, 1985 184
Trotha, Distanz, 1987 267
Trübner, Deutsches Wörterbuch, 1955 398
Tschentscher, Konsensbegriff, 2002, 43 ff. 556
Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff. 578, 604, 639
Vogel, B., Rechtsgüterschutz, ZStW 2017, 629 ff 207
Voland, Soziobiologie, 2009 763
Volk, Strafe, ZStW 1971, 405 ff. 80
Vöneky, Vorwort, 2013, V ff 76
Vormbaum, Einleitung, 2009, VII ff. 111
Vormbaum, Einführung, 2015 20, 46, 74, 310
Voßkuhle, Verfassung, 2016. 38
Wadle, Landfrieden, 1995, 71 ff. 529
Wagner, H. Verbrechen, 1966 411
Wagner, H., Bedeutung, GA 1972, 32 ff. 85
Waldstein, Willensfreiheit, 1978, 329 ff. 598
Walter, H., Neurophilosophie, 1998 577, 649, 667
Walter, M., Angebote, 1987, 256 ff. 171
Walter, T., Grundlagen, 2019, 45 ff. 291
Walter, T., Kern, 2006 131, 429
Walter, T., Strafe, 2016 428
Walter, T., Vergeltung, ZIS 2011, 636 ff. 428
Walther, Rechtsbruch, 2000 51, 55
Warwitz/Rudolf, Sinn, 2016 768
Weber, H.-M., Abschaffung, 1999 488
Weigend, Deliktsopfer, 28 ff. 356
Weigend, LK, Einleitung, 2007 404
Weigend, Strafe, RW 2010, 39 ff. 83, 94, 197
Weinberger, Norm, 1988 144
Weißer, Konzept, GA 2013, 26 ff. 642
Weitzel, Strafgedanke, 2007, 21 ff. 529
Welzel, Gedanken, 1969, 91 ff. 598
Welzel, Naturalismus, 1935 139
Welzel, Naturrecht, 1960, 1980 135
Welzel, Persönlichkeit, ZStW 1948, 428 ff. 637
Welzel, Strafrecht, 1969 140, 598
Wesche, Gegenseitigkeit, 2001 57
Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2019 89, 140, 142, 167, 206, 232

Wiener, Persönlichkeit, ZfL 1987, 92 ff. 398
Wilfert, Strafe, 2017 93
Willoweit, Rache, 2007, 37 ff. 413, 530
Wilms, Ehre, 2009 801
Wilson, J. Q., Thinking, 1983 372
Winkel, Behavior, 1997, 65 ff. 417, 699, 808
Wischmeyer, Identität, AöR 2015, 415 ff. 38
Wohlers, Deliktstypen, 2000 50
Wohlers, Günther Jakobs, 2019, 307 ff. 106
Wohlers, Vergeltungsstrafe, GA 2019, 425 ff. 110
Wohlers/Went, Bedeutung, 2011, 173 ff 98
Wolf, Strafe, 2003, 199 ff 99
Wolf, Willensfreiheit, Rechtsphilosophie 2017, 237 ff., 654
Wolf/Haaz, Strafe, 2011, 69 ff. 101
Wolff, Kausalität, 1965 577
Wolff, Verständnis, ZStW 1985, 786 ff. 97
Wolter, Zurechnung, 1981 142
Wrangham, fire, 2009. 756
Wright, Erklären, 1984 146
Wulf, Performanz, 2006, 226 ff. 785
Zabel, Affekt, 2002, 23 ff. 373
Zabel, Dogmatik, 2014, 340 ff. 337, 338
Zabel, Ordnung, 2017 100
Zabel, Recht, 2014, 153 ff. 63
Zabel, Schuld, 2017, 201 ff 148
Zabel, Schuldtypisierung, 2007 100, 127, 236
Zabel, Strafrechtspolitik, 2018, 9 ff. 267
Zaczyk, Fiat iustitia, 2006, 649 ff. 496
Zaczyk, Notwendigkeit, ZStW 2011, 701 ff. 213
Zaczyk, Unrecht, 1989 97
Ziemke, Selbstorganisation, 1991, 25 ff. 592
Zieschang, Sanktionensystem, 1992, 448 ff. 171
Zimbardo/Ruch, Psychologie, 1978 771
Zimmermann, F., Unrechtsbewusstsein, NJW 1954, 908 ff. 136
Zipf, Behandlung, 1989, 439 ff. 332
Zippelius, Ausschluss, 1986, 12 ff. 819
Zippelius, Recht, 1996 589, 627
Zippelius, Verwendung, 1996, 224 ff. 490
Zürcher, Legitimation, 2014 232

# Literaturverzeichnis


**Achenbach, Grundlagen, 1974** Achenbach, Hans,
Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre; Abhandlungen zur rechtwissenschaftlichen Grundlagenforschung, 1974

**Achenbach, Zurechnung, 1984, 135 ff.** Achenbach, Hans,
Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Schünemann, Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 135 ff.

**Agnew, Strain, 2010, 136 ff.** Agnew, Robert,
A General Strain Theory Of Terrorism, in: Theoretical Criminology, Volume 14 Issue 2010, 136 ff.

**Agnew, Types, 2001, 319 ff.** Agnew, Robert,
Specifying the Types of Strain Most Likely To Lead To Crime And Delinquency in: Journal Of Research, in Crime And Delinquency, Vol. 38 No. 4, 2001, 319 ff.

**AK-StGB, Bearbeiter, 1989** Wassermann, Rudolf (Hrsg.),
Kommentar zur Strafprozeßordnung in drei Bänden. Reihe Alternativkommentare, 1996

**Albert, Traktat, 1980** Albert, Hans,
Traktat über kritische Vernunft, 4. Aufl. 1980

**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

**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.

**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.

**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

**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

**Ambos, Beccaria ZStW 2010, 506 ff.** Ambos, Kai,
Cesare Beccaria und die Folter. Cesare Beccaria und die Folter

– Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht, ZStW 2010, 506 ff.

**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

**Anderson, Physics, 1995, 6653 ff.** Anderson, Philip W.,
Physics: The opening to complexity, Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 1995, 6653 ff.

**Andrissek, Vergeltung, 2017** Andrissek, Tobias R.,
Vergeltung als Strafzweck. Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen, 2017

**Anscombe, Causality, 1971** Anscombe, Gertrude E. M.,
Causality and Determination, 1971

**Apel, Gründung, 1976, 55 ff.** Apel, Karl–Otto,
Das Problem der philosophischen Letztbegründung im Lichte einer transzendentalen Sprachpragmatik. Versuch einer Metakritik des „kritischen Rationalismus“, in: Kanitscheider, Bernulf (Hrsg.), Sprache und Erkenntnis. Festschrift für Gerhard Frey zum 60. Geburtstag, 1976, 55 ff.

**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 (Dirlmeier), Nikomachische Ethik, 1999** Aristoteles,
Nikomachische Ethik, Dirlmeier, Franz (Übrs.), 1999

**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, Politik (Gigon), 2003** Aristoteles,
Politik, Gigon, Olof (Hrsg., Übrs.), 2003

**Arzt, Ruf, 1976** Arzt, Gunther,
Der Ruf nach Recht und Ordnung, Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland, 1976

**Asholt, Verjährung, 2016** Asholt, Martin:
Verjährung im Strafrecht – Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB, 2016

**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

**Axelrod, Evolution, 1984/2005** Axelrod, Robert
Die Evolution der Kooperation (englische Ausgabe 1984), 2005

**Badura, Generalprävention, JZ 1964, 337 ff.** Badura, Peter,
Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, 337 ff.

**Bäcker, Gerechtigkeit, 2015** Bäcker, Carsten,
Gerechtigkeit im Rechtsstaat: Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes, 2015

**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, Integration, KrimJ 1984, 132 ff.** Baratta, Alessandro,
Integration-Prävention: eine systemtheoretische Neu-begründung der Strafe, KrimJ 1984, 132 ff.

**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.

**Basedow, Rechtsdurchsetzung, JZ 2018, 1 ff.** Basedow, Jürgen,
Rechtsdurchsetzung und Streitbeilegung, JZ 2018, 1 ff.

**Baumann / Maetze / Mey, Rückfälligkeit, Mschr Krim 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, Strafrecht AT, 2016** Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang / Eisele, Jörg,
Strafrecht. Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016

**Baurmann, Dogmatik, 1980, 196 ff.** 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), Alff, Wilhelm Josef (Übrs.), 1966

**Becker, Wahrheit, 1988** Becker, Wolfgang,
Wahrheit und sprachliche Handlung. Untersuchungen zu sprachphilosophischen Wahrheitstheorien, 1988

**Beckermann, Selbstbewusst-sein, 2004, 171 ff.** Beckermann, Ansgar,
Selbstbewusstsein, in: Peschl, Markus F. (Hrsg.), Die Rolle

der Seele in der Kognitionswissenschaft und der Neurowissenschaft. Auf der Suche nach dem Substrat der Seele, 2004, 171 ff.

**Bednarik, Condition, 2011** Bednarik, Robert G.,
The Human Condition, 2011

**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

**Berna/Goldberg/Horwitz/Brink/Holt/Bamford/Chazan, evidence, 2012, 109 ff.** Berna, Francesco / Goldberg, Paul / Horwitz, Liora Kolska / Brink, James / Holt, Sharon / Bamford, Marion / Chazan, Michael,
Microstratigraphic evidence of in situ fire in the Acheulean strata of Wonderwerk Cave, Northern Cape province, South Africa, PNAS 2012 109 (20) E1215-E1220; https://doi.org/10.1073/pnas.1117620109

**Berndt, Bewährungsauflage, 1994** Berndt, Sabine Veronika,
Bewährungsauflage und Freiheitsstrafe, 1994

**Besson, Justification, 2018, 22 ff.** Besson, Samantha:
Justification, in: Moeckli; Daniel / Shah, Sangeeta / Sivakumaran, Sandesh (Eds.); International Human Rights, Third Edition, 2018, 22 ff.

**Beulke, Strafprozessrecht, 2016** Beulke, 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

**Bieri, Regie, 2006, 35 ff.** Bieri, Peter,
Untergräbt die Regie des Gehirns die Freiheit des Willens? in: Heinze, Martin / Fuchs, Thomas / Reischies, Friedel M. (Hrsg.), Willensfreiheit - eine Illusion? Naturalismus und Psychiatrie, 2006, 35 ff.

**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 1959, 218 ff.

**Blei, Strafrecht AT, 1983** Blei, Hermann,
Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 1983

**Bloy, Handlungsbegriff, ZStW 1978, 609 ff.** Bloy, René,
Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 1978, 609 ff.

**Bock, Ideen, ZStW 1991, 636 ff.** Bock, Michael,
Ideen und Chimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 1991, 636 ff.

**Bock, Kriminologie, 2019** Bock, Michael ,
Kriminologie, 5. Aufl., 2019

**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 1963, 372 ff.

**Bohnert, C., Straftheorie, 1992** Bohnert, Cornelia,
Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, 1992 (zugl. Diss. Freiburg (Breisgau)

**Bohnert, J., Abschluss-entscheidung, 1992** Bohnert, Joachim,
Die Abschlußentscheidung des Staatsanwaltes, 1992

**Bohnert, J., Feuerbach, 1982** Bohnert, Joachim,
Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982

**Bolle, Emotionen, 1995, 155 ff.** Bolle, Friedel,
Emotionen und Vernunft – keine Gegensätze. Antrittsvorlesung an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) am 14. Juni 1994, in: Weiler, Hans N. (Hrsg.), Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) Universitätsschriften, Band 7: Antrittsvorlesungen I (Sommersemester 1994), 1995, 155 ff.

**Bollnow, Sittlichkeit, 1945** Bollnow, Otto Friedrich,
Einfache Sittlichkeit, 1945

**Börner, Legitimation, 2014** Börner, René,
Legitimation durch Strafverfahren: Die normative Kraft des Misstrauens, 2014

**Brandt, Identity, 2006, 45 ff.** Brandt, Reinhard,
„Personal Identity“ bei Locke, in: Byrd, B. Sharon/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Philosophia Practica Universialis, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2006, 45 ff.

**Bröckers, Verantwortung, 2015** Bröckers, Boris,
Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015

**Brown/Geis, Criminology, 2019** Brown, Stephen / Geis, Gilbert,

Criminology, 10. Aufl., 2019

**Bruckmann, Sinn, KriPoZ, 2019/03/25** Bruckmann, Philipp, Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien – überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation staatlicher Strafe?, KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift. 2019/03/25/ PDF-Version.

**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

**Bung, Concepts, ZIS 2018, 65 ff.** Bung, Jochen, Future Concepts of Law: Konturen eines Privatstrafrechts der Antidiskriminierung, ZIS 2018, 65 ff.

**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, 321** Burkhardt, Björn, Das Zweckmoment im Strafrecht, GA 1976, 321 ff.

**Bydlinski, System, 1986, 21 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.

**Cerny, Bedeutung, 2019, 177 ff.** Cerny, Lukas,
Bedeutung des Unrechtsbewusstseins für Gerechtigkeitsintentionen und die Strafbedürfnisse der Bevölkerung, in: Kaspar, Johannes / Walter, Tonio (Hrsg.), Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, 177 ff.

**Czupryniak, Berücksichtigung, 2010** Czupryniak, Radoslaw,
Berücksichtigung generalpräventiver Gründe bei der Strafzumessung in Deutschland und Polen. Diskussion der Grundsätze und Erörterung von Fallgruppen anhand der Rechtsprechung, 2010

**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

**Dawkins, Gene, 1978** Dawkins, Richard,
The Selfish Gene, 1978

**Dawkins, Geschichten, 2008** Dawkins, Richard,
Geschichten vom Ursprung des Lebens: Eine Zeitreise auf Darwins Spuren, Yan Wong (Mitarbeiter), Vogel, Sebastian (Übersetzer,) 2008

**Deacon, Brain, 1988, 363 ff.** Deacon, Terrence William,
Human Brain Evolution: I. Evolution of Language Circuits, in: Jerison, Harry J. (Hrsg.), Intelligence and Evolutionary Biology, 1988, 363 ff.

**Dedié, Kraft, 2014** Dedié, Günter,
Die Kraft der Naturgesetze. Emergenz und kollektive Fähigkeiten von den Elementarteilchen bis zur menschlichen Gesellschaft, 2014

**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 Leben zwischen Glück, Vertrauen, Leid und Angst, 2014, 115 ff.

**Dennett (Wuketits), Philosophie, 1991/1994** Dennett, Daniel C,
Philosophie des menschlichen Bewußtseins (Consciousness Explained, 1991), Wuketits, Franz M. (Übers.), 1994

**Dennett, Freedom, 2003** Dennett, Daniel C.,
Freedom Evolves, 2003

**Dennett, Mechanism, 1982, 150 ff.** Dennett, Daniel C.,
Mechanism and Responsibility, in: Watson, Gary (Hrsg.), Free Will, 1982, 150 ff.

**Dershowitz, Rights, 2004** Dershowitz, Alan M.,
Rights from Wrongs – A Secular Theory of the Origins of Rights, 2004

**Descartes (Buchenau), Prinzipien, 1641/1992** Descartes, René,
Die Prinzipien der Philosophie (1641), Buchenau, Artur (Übers.), 1992

**Detlefsen, Grenzen, 2007** Detlefsen, Grischa,
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, 1O41 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.

**Drenkhahn/Dudeck, Trauma, 2019, 995 ff.** Drenkhahn, Kirstin / Dudeck, Manuela,
Trauma und Justiz. in: Seidler, Günter H / Freyberger, Harald J. / Glaesmer, Heide / Gahleitner, Silke Brigitta (Hrsg.), Handbuch der Psychotraumatologie, 3. Aufl., 2019, 995 ff.

**Drenkhahn/Morgenstern, 2018, 25 ff** Drenkhahn, Kirstin / Morgenstern, Christine,
Sicherungsverwahrung in Deutschland und Europa, in: Dünkel, Frieder / Fahl, Christian / Hardtke, Frank / Harrendorf, Stefan / Regge, Jürgen / Sowada, Christoph (Hrsg.), Strafrecht Wirtschaftsstrafrecht Steuerrecht –

Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks, 2018, 25 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 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 1983, 1039 ff.

**Dürig, Grundrechtssatz, 1956, 117 ff.** Dürig, Günter,
Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts 81, 1956, 117 ff.

**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

**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

**Dux, Täter, 1988** Dux, Günter,
Der Täter hinter dem Tun. Zur soziologischen Kritik der Schuld, 1988

**Dworkin, Rights, 1981** Dworkin, Ronald,
Taking Rights Seriously, 1981

**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, Schulderfahrung, 1975, 162 ff.** Edmaier, Alois,
Schulderfahrung und Sollensbegriff, Philosophisches Jahrbuch 1975, 162 ff.

**Ehrlich, Protonorms, 1990, 83 ff.** Ehrlich, Stanislaw,
Protonorms. On the Biological Roots of Social Norms, ARSP 1990, 83 ff.

**Eierle, Verteidigung, 2019, 163 ff.** Eierle, Philipp,

"Verteidigung der Rechtsordnung" und "öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe mit empirischen Gehalt?, in: Kaspar, Johannes / Walter, Tonio (Hrsg.), Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, 163 ff.

**Eisenberg, JGG, 2018** Eisenberg, Ulrich,
Jugendgerichtsgesetz, 20. Aufl., 2018

**Eisenberg, Kriminologie, 2005** Eisenberg, Ulrich,
Kriminologie, 6. Aufl. 2005

**Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 2017** Eisenberg, Ulrich / Kölbel, Ralf,
Kriminologie, 7. Aufl., 2017

**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.

**Engelen, Anger, 2009, 1 ff.** Engelen, Eva-Maria,
Anger, Shame, and Justice: Regulative and Evaluative Function of Emotions in the Ancient and Modern Worlds. in: Röttger-Rössler, Birgitt / Markowitsch, Hans Jürgen (Eds.), Emotions as Bio-cultural Processes, 2009, 1 ff.

**Engelen, Intentionalität, 2012, 91 ff.** Engelen, Eva-Maria,
Intentionalität und Kontrolle, in: Sturma, Dieter (Hrsg.), Vernunft und Freiheit. Zur praktischen Philosophie von Julian Nida-Rümelin (Humanprojekt), 2012, 91 ff

**Engert/Moos (Hrsg.), Umgang, 2016** Engert, Stefan / Moos, Thorsten (Hrsg.),
Vom Umgang mit Schuld: Eine multidisziplinäre Annäherung, 2016

**Engisch, Charakterschuld, MSchrKrim 1967, 108 ff.** Engisch, Karl,
Um die Charakterschuld, MSchKrim 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

**Erikson (Eckhardt-Jaffe), Kindheit, 1950/1999** Erikson, Erik H.,
Childhood and Society (1950), Eckhardt-Jaffe, Marianne

(Übers.), Kindheit und Gesellschaft, 1999

**Exner, Sicherungsmittel, 1914** Exner, Franz,
Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914

**Eysenck, Kriminalität 1964/ 1977** Eysenck, Hans Jürgen,
Kriminalität und Persönlichkeit, Erstveröffentlichung 1964, 1977

**Fabricius, Generalprävention, 2006, 280 ff.** Fabricius, Dirk,
Generalprävention oder: Die beste Kriminalpolitik ist eine gute Rechtspolitik. Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, in: Feltes, Thomas/Pfeiffer, Christian/Steinhilper, Gernot (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, 280 ff.

**Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011** Fabricius, Dirk,
Kriminalwissenschaften: Grundlagen und Grundfragen I, 2011

**Fahrenberg/Hampel/Selg, Persönlichkeitsinventar, 2010** Fahrenberg, Jochen / Hampel, Rainer / Selg, Herbert, Freiburger Persönlichkeitsinventar, 8. Aufl., 2010

**Feeley, Process, 1992** Feeley, Malcolm M.,
The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court, 1992

**Feinberg, Function, 1965, 397 ff.** Feinberg, Joel,
The Expressive Function of Punishment, The Monist, Volume 49, 1965, pp. 397

**Feltes, Strafanspruch, 2007** Feltes, Thomas,
Der staatliche Strafanspruch. Überlegungen zur Struktur, Begründung und Realisierung staatlichen Strafens, 2007

**Fernandes Godinho, Erkenntnis-theorie, Rechtsphilosophie 2017, 266 ff.** Wissenschaftliche Erkenntnistheorie und strafrechtliche Methodologie: Beziehungen und Grenzen zwischen moderner Hirnforschung und strafrechtlicher (Willens)freiheit?, Rechtsphilosophie (RphZ) 2017, 266 ff.

**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, Revisionen, 1801, Sp. 255 f.** Feuerbach, Paul Johann Anselm von,
Revisionen der Fortschritte des Criminalrechts, Ergänzungsblätter zur Jenaischen Allgemeinen Literatur-Zeitung, JALZ, 1. Jahrgang, Band 1, 1801, Sp. 255 f.

**Feuerbach, Strafe, 1800** Feuerbach, Paul Johann Anselm 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

**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 1983, 220 ff.

**Fischer, Natur, 2017, 33 ff.** Fischer, Thomas,
Natur, Moral, Stigma – Bemerkungen zur Frage, wie Schuld in die Welt kam, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 33 ff.

**Fischer, StGB-Kommentar, 2019** Fischer, Thomas,
Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen. Kommentar, 66. Aufl. 2019

**Flechtheim, Hegel, 1936/1975** Flechtheim, Ossip Kurt,
Hegels Strafrechtstheorie, 1936 (Nachdruck 1975)

**Foucault, Strafgesellschaft, 1972–1973/2015** Foucault, Michel,
Die Strafgesellschaft. Vorlesungen am Collège de France 1972–1973. Hartcourt, Bernard E, (Hrsg), Hemminger, Andrea (Übers.), 2015

**Foucault, Überwachen, 1977** Foucault, Michel,
Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, Seitter, Walter, (Übers.), 1977

**Frankena, Fehlschluß, 1974, 83 ff.** Frankena, William K.,
Der naturalistische Fehlschluß, in: Grewendorf, Günther/Meggle, Georg (Hrsg.), Seminar: Sprache und Ethik, 1974, 83 ff.

**Frehsee, Schadenswiedergutmachung, 1987** Frehsee, Detlev,
Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987

**Freud, Totem, 1913** Freud, Siegmund,
Totem und Tabu. Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker (1913) in: Studienausgabe Band IX, Fragen der Gesellschaft, Ursprünge der Religion, Frankfurt, 1982

**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 - Strafrechtszweck - Strafausschluß - Strafverzicht - Strafklageverzicht, 1996, 43 ff.

**Freund, Strafrecht AT, 2008** Freund, Georg,
Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2008

**Frey, Einleitung, 2018, 2 ff.** Frey, Dieter,
Einleitung: Psychologie der Rituale und Bräuche, in: Frey, Dieter (Hrsg,), Psychologie der Rituale und Bräuche. 30 Riten und Gebräuche wissenschaftlich analysiert und erklärt, 2018, 2 ff.

**Frisch, Marburger Programm, ZStW 1982, 565 ff.** Frisch, Wolfgang,
Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 1982, 565 ff.

**Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff.** Frisch, Wolfgang,
Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im

strafrechtlichen Rechtsfolgensystem. Straftheoretische Einordnung, inhaltliche Ausgestaltung und rechtsstaatliche Anforderungen, ZStW 1990, 343 ff.

**Frisch, Schuldgrundsatz, NStZ, 2013, 249 ff.** Frisch, Wolfgang,
Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2013, 249 ff.

**Frisch, Strafe, 2015, 64 ff.** Frisch, Wolfgang,
Strafe, Straftat und Strafensystem im Wandel, GA 2015, 64 ff.

**Frisch, Straftheorie, 2015, 103 ff.** Frisch, Wolfgang,
Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat, in: Fahl, Christian / Müller, Eckhart / Satzger, Helmut / Swoboda, Sabine (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, 103 ff.

**Frisch, Straftheorie, GA 2019, 185 ff.** Frisch, Wolfgang,
Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch, GA 2019, 185 ff.

**Frisch, Straftheorie, 2019, 307 ff.** Frisch, Wolfgang,
Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs, in: Kindhäuser, Urs / Kreß, Claus / Pawlik, Michael, Stuckenberg / Carl-Friedrich (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft: Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, 307 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 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.

**Frisch, Voraussetzungen, NStZ 2016** Frisch, Wolfgang,
Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NStZ 2016, 16 ff.

**Frisch, Zukunft, 2014, 187 ff.** Frisch, Wolfgang,
Zur Zukunft des Schuldstrafrechts – Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften, in: Heger; Martin / Kelker, Brigitte / Schramm, Edward (Hrsg), Festschrift für Kristian zum 70. Geburtstag, 2014, 187 ff.

**Frisch, Zweck, 2014, 55 ff.** Frisch, Zweck, 2014, 55 ff.
Frisch, Wolfgang, Zum Zweck der Strafandrohung. Ein Beitrag zur positiven Generalprävention, in: Hefendehl, Roland / Hörnle, Tatjana / Greco, Luis (Hrsg.), Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014: Streitbare Strafrechtswissenschaft, 2014, 55 ff.

**Frister, Schuldprinzip, 1988** Frister, Helmut
Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988

**Frister, Strafrecht AT, 2019** Frister, Helmut,
Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 8. Aufl., 2018

**Frister, Struktur, 1993** Frister, Helmut
Die Struktur des voluntativen Schuldelements. 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

**Gallas, Stand, ZStW 1955, 1 ff.** Gallas, Wilhelm,
Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 1955, 1 ff.

**Gaede, Sanktion, ZStW 2017, 911 ff.** Gaede, Karsten,
Sanktion durch Verfahren– Grenzen der Justizpflicht des Beschuldigten insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren, ZStW 2017, 911 ff.

**Gärditz, Demokratizität, JZ 2016, 641 ff.** Gärditz, Klaus Ferdinand,
Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, JZ 2016, 641 ff.

**Gärditz, Schuld, 2017, 269 ff.** Gärditz, Klaus Ferdinand,
Schuld und Postmoderne, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 269 ff.

**Gärditz, Staat, 2015** Gärditz, Klaus Ferdinand,
Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?, 2015

**Garland, Culture, 2001** Garland, David,
The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society, 2001

**Gautschi/Berger, Verhalten, MoKrim 2018, 200 ff.** Gautschi, Thomas/Berger, Roger,
Abweichendes Verhalten als rationale Wahl, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 2018, 200 ff.

**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

**Gerhardt, Humanismus, 2012, 205 ff.** Gerhardt, Volker,
Humanismus als Naturalismus, Zur Kritik an Julian Nida-Rümelins Entgegensetzung von Freiheit und Natur, in: Sturma, Dieter, unter Mitarbeit v. Spaeth, Alexandra / Tambornino, Lisa / Löschke, Jörg (Hrsg), Vernunft und Freiheit. Zur praktischen Philosophie von Julian Nida-Rümelin, 2012, 205 ff.

**Gesquiere/Learn/Simao/** Gesquiere, Laurence R. / Learn, Niki H. / Simao, M. Carolina

**Onyango/Alberts/Altmann, Life, Science 2011, 357 ff.** M. / Onyango1, Patrick O. / Alberts, Susan C. / Altmann, Jeanne,
Life at the Top: Rank and Stress in Wild Male Baboons, Science 2011, 357 ff.

**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.

**Goeckenjan, Revision, 2017** Goeckenjan, Ingke,
Revision der Lehre von der objektiven
Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt, 2017

**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: Gamm, Otto Friedrich von / 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

**Grasnick, Schuld, 1987** Grasnick, 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, 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 Betrachtung, 2006

**Gropp, Strafrecht AT, 2015** Gropp, Walter,
Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015

**Grosenick/Clement/Fernad, Fish, Nature 2007, 429 ff.** Grosenick, Logan / Clement, TS / Fernald, RD.,
Fish can infer social rank by observation alone, Nature 2007, 429 ff.

**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

**Gruber, Normativität, 2007, 111 ff.** Gruber, Malte–Christian,
Neuronale Normativität und Rechtskritik, in: Bung, Jochen / Valerius, Brian / Zieman, Sascha (Hrsg.), Normativität und Rechtskritik, 2007, 111 ff.

**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., Bedeutung, 2002, 205 ff.** Günther, Klaus,
Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe - Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?,
in: Prittwitz, Cornelius / Baurmann, Michael / Günther, Klaus / Kuhlen, Lothar / Merkel, Reinhard / Nestler, Cornelius / Schulz, Lorenz (Hrsg.), 2002, 205 ff.

**Günther, K., Freiheit, 1998, 153 ff.** Günther, Klaus,
Freiheit und Schuld in den Theorien der positiven Generalprävention. Ein Beitrag zur normativen Kritik, in: Schünemann, Bernd / Hirsch, Andreas von / Jareborg, Nils (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, 153 ff.

**Günther, K., Schuld, 2005** Günther, Klaus,
Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat, 2005

**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 Symposion 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, Bewußtsein 2007, 47 ff.** Habermas, Jürgen,
Ein Bewußtsein von dem, was fehlt. Über Glauben und Wissen und den Defätismus der modernen Vernunft, in: Wenzel, Knut, (Hrsg,), Die Religionen und die Vernunft. Die Debatte um die Regensburger Vorlesung des Papstes, 2007, 47 ff.

**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

**Hallmann, Freiheit, 2017** Hallmann Amina,
Gebundene Freiheit und strafrechtliche Schuld: Zur Reformbedürftigkeit des Schuldbegriffs vor dem Hintergrund neurowissenschaftlicher Erkenntnisse, 2017

**Hamel, Strafen, 2009** Hamel, Roman,
Strafen als Sprechakt: Die Bedeutung der Strafe für das Opfer, 2009

**Hamilton, Motivation, 1964, 856 ff.** Hamilton, J. Ogden,
Motivation and risk-taking behaviour: A test of Atkinson's theory, Journal of Personality and Social Psychology 1964, 856 ff.

**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: Hassemer,

Winfried / Lüderssen, Klaus / Naucke, Wolfgang (Hrsg.), Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, 29 ff.

**Hassemer, Resozialisierung, KrimJ 14 (1982), 161 ff.** Hassemer, Winfried, Resozialisierung und Rechtsstaat, Kriminologisches Journal 14 (1982), 161 ff.

**Hassemer, Schicksal, StV 1990, 328 ff.** Hassemer, Winfried, Das Schicksal der Bürgerrechte im "effizienten" Strafrecht, StV 1990, 328 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 ff.** Hattenhauer, Hans, Über Buße und Strafe im Mittelalter, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZRG), Germanische Abteilung 100, 1983, 16 ff.

**Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004** Hattenhauer, Hans, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl., 2004

**Hauptmann, Psychologie, 1993** Hauptmann, Walter, Psychologie für Juristen. Kriminologie für Psychologen. Einführung in die Sozialpsychologie des Strafrechts, 2. Aufl., 1993

**Hauptmann, Strafrecht, Rth 1984, 153 ff. 245** Hauptmann, Walter, Strafrecht und Willensfreiheit, Rechtstheorie 1984, 153 ff.

**Hegel, Bemerkung, in: Rosenkranz, 1844, 85 ff.** Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Bemerkung, in: Rosenkranz, Johann Carl Friedrich Hegel's Leben, Supplement zu Hegel's Werken, Erstes Buch, Studien, 1844, 85 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 (Hoff-meister), 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

**Hegel, Propädeutik, 1808** Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Philosophische Propädeutik, 1808-1811. https://www.marxists.org/deutsch/philosophie/hegel/propaed/k1-erlaeut.htm

**Heinrich, Strafrecht AT, 2019** Heinrich, Bernd, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2019

**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; 2. Aufl., 1977

**Henkel, Strafe, 1969** Henkel, Heinrich,
Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung, 1969

**Heepe, Strafrecht, Rechtsphilosophie, 2019, 288 ff.** Heepe, Moritz,
Strafrecht als Heilkunst. Zur platonischen Strafgerechtigkeit, RphZ, Rechtsphilosophie, 2019, 288 ff.

**Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo 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.

**Herrmann/Misch/Tomasello, self-control, 2015, 979 ff.** Herrmann, E. / Misch, A. / Tomasello, M.,
Uniquely human self-control begins at school age. Developmental Science, 2015, 979 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

**Heussen, Libet, Rechtsphilosophie 2017, 275 ff.** Heussen, Benno
Libet, Rizzolatti, Haidt - Der Anteil des Unbewussten an rechtlichen Entscheidungen, Rechtsphilosophie (RphZ) 2017, 275 ff.

**Hilgendorf, Grundlagen, Handbuch 2019** Hilgendorf, Eric,
Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Strafrechts in der Aufklärung, in: Hilgendorf, Eric / Kudlich, Hans / Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts in 3 Bänden, Band 1: Grundlagen des Strafrechts, 2019, § 6

**Hilgendorf, Strafrecht, Handbuch 2019** Hilgendorf, Eric,
Strafrecht im Kontext der Normenordnung, in: Hilgendorf, Eric / Kudlich, Hans / Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts in 3 Bänden, Band 1: Grundlagen des Strafrechts, 2019, § 1.

**Hilgendorf, Strafrechtsdog- matik, Handbuch 2019** Hilgendorf, Eric,
Die deutsche Strafrechtsdogmatik der Gegenwart, in: Hilgendorf, Eric / Kudlich, Hans / Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts in 3 Bänden, Band 1: Grundlagen des Strafrechts, 2019, § 18.

**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** Hillenkamp, Thomas,

**2015, 12 ff.** 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., Strafrechts- theorie, 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- Bearbeiter, 2017** Dölling, Dieter / Duttge, Gunnar / König, Stefan / Rössner, Dieter (Hrsg.), (HK-GS- Bearbeiter), Gesamtes Strafrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2017

**Hobbes (Gawlik), Bürger, 1642/1959** Hobbes, Thomas,
Vom Menschen. Vom Bürger – De homine (1658), De Cive (1642), Gawlick, Günter (Hrsg.), 1959

**Hobbes (Mayer), Leviathan, 1681/1986** Hobbes, Thomas,
Leviathan, 1681, Erster und zweiter Teil. Mayer, Jacob Peter. (Übers.), Nachw.: Dießelhorst, Malte, 1986.

**Hobbes (Willms), Dialog, 1681/1992** Hobbes, Thomas,
Dialog zwischen einem Philosophen und einem Juristen über das englische Recht, engl. posthum veröffentlich, 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

**Hoerster, Wirklichkeit, ARSP 1989, 145 ff-** Hoerster, Detlef,
Die Wirklichkeit der Freiheit, ARSP 1989, 145 ff

**Höffe, Aristoteles-Lexikon, 2005** Höffe, Otfried,
Aristoteles-Lexikon, 2005

**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, Kritik, 2012** Höffe, Ottfried,

Kants Kritik der praktischen Vernunft: Eine Philosophie der Freiheit, 2012

**Höffe, Lexikon, 2008** Höffe, Otfried,
Lexikon der Ethik, 7. Aufl., 2008

**Höffe, Rechtsprinzipien, 1990** Höffe, Otfried,
Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990

**Höffler, Rolle, 2019, 91 ff.** Höffler, Katrin,
Die Rolle der Spezialprävention aus der Sicht der Bevölkerung, in: Kaspar, Johannes / Walter, Tonio (Hrsg.), Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, 91 ff.

**Höffler/Kaspar, Plädoyer, GA 2015, 453 ff.** Höffler, Katrin / Kaspar, Johannes,
Plädoyer für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, GA 2015, 453 ff.

**Hofmann, H., Recht, JZ 2003, 377 ff.** Hofmann, Hasso,
Recht, Politik und Religion, JZ 2003, 377 ff.

**Hoffmann, P., Strafzwecke, 1992** Hoffmann, Peter,
Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht, 1992

**Hoffmann-Holland/Koranyi, Rechtsgüterschutz, ZStW 2015, 913 ff.** Hoffmann-Holland, Klaus / Koranyi, Johannes,
Rechtsgüterschutz durch Strafrechtsvereinfachung – Zu den Auswirkungen einer Streichung der §§ 113f. StGB, ZStW 2015, 913 ff

**Hoffmann-Holland, Ethics, 2009, 1 ff.** Hoffmann-Holland, Klaus,
Ethics and Human Rights in a Globalized World. An interdisciplinary Approach, in: Hoffmann-Holland, Ethics and Human Rights in a Globalized World, 2009, 1 ff.

**Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2015** Hoffmann-Holland, Klaus,
Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2015

**Hoffmann-Holland, Versprechen, 2018, 85 ff.** Hoffmann-Holland, Klaus,
Unerfüllte Versprechen im (Jungend-) Strafrecht- Essay in vier Punkten, in: Stein, Ulrich / Greco, Luís / Jäger, Christian / Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, 2018, 85 ff.

**Holzhauer, Willensfreiheit, 1970** Holzhauer, 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 / Griebe, Walter (Hrsg.), 1966

**Honenberger, Introduction, 2015, 1 ff.** Honenberger, Phillip,
Introduction, in: Honenberger, Phillip, (Hrsg.), Naturalism and Philosophical Anthropology. Nature, Life and the Human between Transcendental and Empirical Perspectives, 2015, 1 ff.

**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 Identität, 2012

**Hoppe/Elger, Neuro-Philo-sophie, 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, 2012, 259 ff.

**Horn, E., Schwärme, 2009, 7 ff.** Horn, Eva,
Schwärme - Kollektive ohne Zentrum. Einleitung, in: Horn, Eva / Gisi, Lucas Marco (Hrsg.), Schwärme - Kollektive ohne Zentrum: Eine Wissensgeschichte zwischen Leben und Information, 2009, 7 ff.,

**Horn, N., Metaphysik, Rechtsphilosophie, 2017, 332 ff.** Horn, Norbert,
Metaphysik in der Rechtswissenschaft. Das neue Interesse an einem alten Begriff, Rechtsphilosophie (RphZ) 2017, 332 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, Straftheorien, Hand- buch 2019** Hörnle, Tatjana,
Straftheorien, in: Hilgendorf, Eric / Kudlich, Hans / Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts in 3 Bänden, Band 1: Grundlagen des Strafrechts, 2019, § 12.

**Hörnle, Verhalten, 2005** Hörnle, Tatjana,
Grob anstössiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von. Moral, Gefühlen und Tabus, 2005

**Hörnle/Hirsch, Generalprävention, GA 1995, 261 ff.** Hörnle, Tatjana / Hirsch, Andreas von
Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, 261 ff.

**Hotz, Schopenhauer, ZStW 2019, 156 ff.** Hotz, Dominik,
Arthur Schopenhauers Strafrechtsphilosophie, ZStW 2019, 156 ff.

**Hoven/Weigend, Strafzumessung, 2019, 263 ff.** Hoven, Elisa / Weigend, Thomas,
Strafzumessung in den Augen der Bevölkerung, Empirische Forschung und rechtspolitische Überlegungen., in: Kaspar, Johannes / Walter, Tonio (Hrsg.), Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, 263 ff.

**Hoyer, Ansprechbarkeit, 2011, 723 ff. 62** Hoyer, Andreas,
Normative Ansprechbarkeit als Schuldelement, 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

**Huizinga, Homo, 1938/2011** Huizinga, Johan,
Homo Ludens: Vom Ursprung der Kultur im Spiel, 1938, 22. Aufl., 2011, Flitner. Andreas (Nachwort, 1956), Nachod, H. (Übersetzer)

**Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff.** Hüning, Dieter,
Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Peters, Martin/ Schröder, Peter (Hrsg.), Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert, 2001, 85 ff.

**Hunt, Rätsel, 1992** Hunt, Morton,
Das Rätsel der Nächstenliebe. Der Mensch zwischen Egoismus und Altruismus, 1992

**Hupperschwiller, Gewissen, 1970** Hupperschwiller, Lutz,
Gewissen und Gewissensbildung 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.

**Jäger, C., Willensfreiheit, GA 2013, 3 ff.** Jäger, Christian,
Willensfreiheit, Kausalität und Determination – Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung?, GA 2013, 3 ff.

**Jäger, H., Kriminalpolitik, 1993, 229 ff** Jäger, Herbert.
Irrationale Kriminalpolitik, in: Peter A Albrecht / Alexander P. Ehlers / Franziska Lamott / Christian Pfeiffer / Hans D Schwind / Michael Walter (Hrsg.), Festschrift für Horst Schüler-Springorum: Zum 65. Geburtstag, 1993, 229 ff.

**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), 2009

**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, Günter,
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, 2004, 88 ff.** Jakobs, Günther,
Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (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, Recht, 2017, 111 ff.** Jakobs, Günther.
„Recht des Willens“ – „Schuld des Willens“. Schuldzurechnung bei Hegel, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 111 ff.

**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 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 / Kim, Sangyun (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerechtigkeit, 2010, 167 ff.

**Jakobs, Theorie, 2014** Jakobs, Günther,
Theorie der Beteiligung, 2014

**Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal, Legalbewährung, 2016** Jehle, Jörg-Martin / Albrecht, Hans-Jörg / Hohmann-Fricke, Sabine / Tetal, Carina,
Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013, Bundesministerium der Justiz, 2016

**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 / Warda, Günter (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag, 1985, 425 ff.

**Jescheck, Freiheitsstrafe, 1984, 193 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; 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, NK 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, Strafe, JZ 2004, 1155 ff.** Jung, Heike.
Was ist eine gerechte Strafe?, JZ 2004, 1155 ff.

**Jung, Strafe, GA 2018, 573 ff.** Jung, Heike,
Strafe und Recht, GA 2018, 573 ff.

**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, G., Kriminologie, 1996** Kaiser, Günther,
Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996

**Kaiser, H., Widerspruch, 1999** Kaiser, Hanno,
Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999

**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, 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, Frieden, 1796** Kant, Immanuel,
Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, 1796, 2. Aufl., in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VIII, 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, Nachlass, Moral-philosophie, 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, ARSP 1996,485 ff.

**Kargl, Handlung, 1991** Kargl, Walter,
Handlung und Ordnung im Strafrecht. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie, Schriften zum Strafrecht, 1991

**Kargl, Hilfeleistung, GA 1994, 247 ff.** Kargl, Walter,
Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB). Zum Verhältnis von Recht und Moral, GA 1994, 247 ff.

**Kargl, Kritik, 1982** Kargl, Walter,
Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, 1982

**Kargl, Wahrheit, ARSP 2019, 171 ff.** Kargl, Walter,
Wahrheit, Überzeugung und Wissen im Strafverfahren. Über die Voraussetzungen der Erkenntnis im Schatten des Zweifels, ARSP 2019, 171 ff.

**Kaspar, Aspekte, 2019, 61 ff.** Kaspar, Johannes,
Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention, in: Kaspar, Johannes / Walter, Tonio (Hrsg, ), Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, 61 ff.

**Kaspar, Guidelines, Juristentag 2018, 20 ff** Kaspar, Johannes
Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? in: 72. Deutscher Juristentag Leipzig 2018, Thesen der Gutachter und Referenten, 2018, 20 ff

**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 Typus, 2. Aufl., 1982

**Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff.** 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, 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

**Keil, Willensfreiheit, 2017** Keil, Geert,
Willensfreiheit, Grundthemen Philosophie, 3. Aufl., 2017

**Keller, W., Philosophie, 1954** Keller, Wilhelm,
Psychologie und Philosophie des Wollens, 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, Strafrestaussetzung und besondere Schwere der Schuld, 2011

**Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017** Kett-Straub, Gabriele / Kudlich, Hans,
Sanktionenrecht, 2017

**Kim, Supervenience, 1993** Kim, Chae-gwon,
Supervenience and mind. Selected philosophical essays, 1993

**Kieser, Freiheit, 2012** Kieser, Daniel,
Freiheit, Verantwortung und Schuld: Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das deutsche Strafrecht, 2012

**Kindhäuser, Grundfragen, 2001, 627 ff.** Kindhäuser, Urs,
Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, in: Bohnert, Joachim / Gramm, Christof/ Kindhäuser, Urs / Rinken, Alfred / Robbers, Gerhard (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 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, LPK-StGB, 2017** Kindhäuser, Urs,
Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl. 2017

**Kindhäuser, Personalität, GA 1989, 493 ff. 132** Kindhäuser, Urs,
Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477 ff.

**Kindhäuser, Strafrecht AT, 2015** Kindhäuser, Urs,
Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 8. Aufl., 2017

**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.

**Klimke, Wandel, 2017, 43 ff.** Klimke, Daniela,
Der Wandel gesellschaftlicher Konstruktionen von Schuld, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 43 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, 1989, 342 ff.

**Knoepffler, Würde, 2018** Knoepffler, Nikolaus,
Würde und Freiheit: Vier Konzeptionen im Vergleich, 2018

**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.

**Koch-Arzberger/Kerner, Mehrfach- und Intensivtäter, 2008** Koch-Arzberger, Claudia / Kerner, Hans-Jürgen,
Mehrfach- und Intensivtäter in Hessen - Basisbericht -, Kriminalistisch-Kriminologische Schriften der hessischen Polizei, Band 1, 2008

**Kodalle, Thomas Hobbes, 1972** Kodalle, Klaus Michael,
Thomas Hobbes – Logik der Herrschaft und Vernunft des Friedens, 1972

**Kohlberg, Psychologie, 1997** Kohlberg, Lawrence,
Die Psychologie der Moralentwicklung, 2. Aufl. 1997

**Köhler, Strafrecht AT, 1997** Köhler, Michael,
Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997

**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, Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe, 1986, ARSP 1989, 265 ff.

**Köhler, Strafe, 1986** Köhler, Michael,
Der Begriff der Strafe, 1986

**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.

**Kölbel, Taterklärung, 2016, 201 ff.** Kölbel, Ralf,
Taterklärung und Schuld: Eine Rekonstruktion von Implikationen kriminologischen Denkens, in: Engert, Stefan / Moos, Thorsten (Hrsg.), Vom Umgang mit Schuld: Eine multidisziplinäre Annäherung, 2016

**Koller, Rechtfertigung, 1987, 4 ff.** Koller, Peter,
Die Rechtfertigung und Kritik sozialer Ungleichheit, Österreichische Zeitschrift für Soziologie, 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: 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, 49 ff.

**Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 2019** Körner, Harald Hans / Patzak, Jörn / Volkmer, Mathias, Fabricius, Jochen,
Betäubungsmittelgesetz: BtMG, Kommentar, 9. Aufl., 2019

**Kornwachs/ Wehrt, Einleitung, 1984, 8 ff.** Kornwachs, Klaus / Wehrt, Hartmut,
Einleitung, in: Kornwachs, Klaus (Hrsg.), Offenheit - Zeitlichkeit - Komplexität, 1984, 8 ff.

**Koslowski, Kultur, 1988** Koslowski, Peter,
Die postmoderne Kultur, gesellschaftlich–kulturelle Konsequenzen der technischen Entwicklung, 2. Aufl., 1988

**Krehl, Schuld, 2017, 123 ff.** Krehl, Christoph,
Schuld und Verfassung, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 123 ff.

**Kremkus, Strafe, 1999** Kremkus, Andreas,
Die Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes, 1999)

**Kreß, Einführung, 2019, 1 ff.** Kreß, Claus,
Einführung, in: Kindhäuser, Urs / Kreß, Claus / Pawlik, Michael, Stuckenberg / Carl-Friedrich (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft: Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, 1 ff.

**Kreß, Schuldbegriff, 2017, 75 ff.** Kreß, Hartmut,
Der Schuldbegriff zwischen Moralität und Legalität. Heutiger Klärungsbedarf in der Rechtsordnung und im Strafrecht, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 75 ff.

**Krey/Esser, Strafrecht AT, 2016** Krey, Volker / Esser, Robert,
Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016

**Kröber, Befähigung, 2017, 137 ff.** Kröber, Hans-Ludwig, Die Befähigung zur Schuld, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 137 ff.

**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: Stratenwerth, 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 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

**Kubiciel, Concepts, ZIS 2018, 60 ff.** Kubiciel, Michael, Future Concepts of Law: Strafe ohne Staat, ZIS 2018, 60 ff.

**Kubiciel, Flexibilisierung, 2018** Kubiciel, Michael, Die Flexibilisierung des Strafrechts, in: Hilgendorf / Kudlich / Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2018

**Kublink, Strafen, 2002** Kublink, Michael, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, 2002

**Kühl, Strafrechtsphilosophen, Hegel, 2013** Kühl, Kristian, Große Strafrechtsphilosophen, 2013

**Kuhlen, Typuskonzeptionen, 1977** Kuhlen, Lothar, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977

**Kuhlmann, Letztbegründung, 1985** Kuhlmann, Wolfgang, Reflexive Letztbegründung. Untersuchung zur Transzendentalpragmatik, 1985

**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.

**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

**Kunz/Singelnstein, Kriminologie, 2016** Kunz, Karl-Ludwig / Singelnstein, Tobias, Kriminologie: Eine Grundlegung, 7. Aufl., 2016

**Kupke/Vogele, Zeitlichkeit, 2006, 77 ff.** Kupke, Christian / Vogeley, Kai, Die Zeitlichkeit der Freiheit, in: Heinze, Martin / Fuchs, Thomas / Reischies, Friedel M. (Hrsg.), Willensfreiheit - eine Illusion? Naturalismus und Psychiatrie, 2006, 77 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 Law and Ethics, Vol. 11, Themenschwerpunkt: Strafrecht und Rechtsphilosophie / Criminal Law and Legal Philosophy, 2003, 53 ff.

**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/Heger, StGB, 2018** Lackner, Karl / Kühl, Kristian / Heger, Martin,
Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar, 29. Aufl., 2018

**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 1967, 476 ff.

**Lampe, Menschenbild, 1985, 9 ff.** Lampe, Ernst J.,
Das Menschenbild im Recht – Abbild oder Vorbild?, in: Lampe, Ernst J. (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsanthropologie, ARSP Beiheft 22 (1985), 9 ff.

**Lampe, Strafphilosophie, 1999** Lampe, Ernst Joachim,
Strafphilosophie. 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 / Rössner, 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, 2019** Laubenthal, Klaus,
Strafvollzug, 8. Aufl., 2019

**Laun, Satz, 1956** Laun, Rudolf,
Der Satz vom Grunde, 2. Aufl., 1956

**Lecheler, Unrecht, 1994** 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/Schnittenhelm, Gründe, 1989, 17 ff.** Lenckner, Theodor / Schittenhelm, 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

**Lipp, Stigma, 1985/2010** Lipp, Wolfgang,
Stigma und Charisma. Über soziales Grenzverhalten, 1985, Zingerle, Arnold (Hrsg.), 2010, uhttps://d-nb.info/1000447251/04

**Liszt (Schmidt), Lehrbuch, 1927** Liszt, Franz von,
Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band 1. Einleitung und Allgemeiner Teil, Schmidt, Eberhard (Hrsg), 25. Aufl. 1927

**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, 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.), Abhandlungen, 1690/1967** Locke, John,
Zwei Abhandlungen über die Regierung, Euchner, Walter (Hrsg.), Hoffmann, Hans J. (Übrs.), 1967

**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

**Locke (Meiner), Versuch, 1690/2006** Locke, John,
Ein Versuch über den menschlichen Verstand. (An essay concerning human understanding, 1690), Meiner Verlag, 2006

**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.

**Lorenz, Verhalten, 1954** Lorenz, Konrad,
Moral-analoges Verhalten geselliger Tiere, 1954, ehttp://klha.at/papers/1954-MoralAnalog.pdf

**Lotter, Scham, 2012** Lotter, Maria-Sibylla, "
Scham, Schuld, Verantwortung - Über die kulturellen Grundlagen der Moral, 2012

**Lucas, Philosophy, PhQu 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, Irrationale, 1998, 325 ff.** Lüderssen, Klaus,
Über das Irrationale im Strafrecht, in: Zaczyk, Rainer / Köhler, Michael / Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998, 1998, 325 ff.

**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, Legitimation, 1983** Luhmann, Niklas,
Legitimation durch Verfahren, 1983

**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, Rechtsoziologie, 1972/2008** Luhmann, Niklas,
Rechtsoziologie (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

**MacLean, Dimensionen, 1983, 111 ff.** MacLean, Paul D.,
Die drei Dimensionen der Entwicklung des Gehirns und des Rechts, in: Gruter, Margaret / Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik;

Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 54, 1983, 111 ff.

**MacLean, Mind, 1978, 308 ff.** MacLean, Paul D.,
A Mind of Three Minds: Educating the triune Brain, Yearbook of the National Society for the Study of Education, 1978, 308 ff.

**Mahlmann, Grundrechtstheorien, EuR 2011, 469 ff.** Mahlmann, Matthias,
Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt, EuR 2011, 469 ff.

**Mahlmann, Rechtsphilosophie, 2019** Mahlmann, Matthias,
Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 5. Aufl., 2019

**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, Emotions, 2009, 95 ff.** Markowitsch, Hans J.,
Emotions: The Shared Heritage of Animals and Humans, in: Röttger-Rössler, Birgitt / Markowitsch, Hans Jürgen (Eds.), Emotions as Bio-cultural Processes, 2009, 95 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.

**Masters, Natur, 1988, 251 ff.** Masters, Roger D.,
Evolutionsbiologie, menschliche Natur und politische Philosophie, in: Meier, Heinrich (Hrsg.), Die Herausforderung der Evolutions-biologie, 1988, 251 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

**Maurer, Feste, 2004, 115 ff.** Maurer, Michael,
Feste zwischen Memoria und Exzess. Kulturwissenschaftliche und psychoanalytische Ansätze einer Theorie des Festes, in: Maurer, Michael (Hrsg.): Das Fest. Beiträge zu seiner Theorie und Systematik, 2004, 115 ff.

**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, in: 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

**Mayr, Biologie, 2000** Mayr, Ernst,
Das ist Biologie – Die Wissenschaft des Lebens, 2000

**Meier, B.-D., - Nachtat-verhalten, GA 2015, 443 ff.** Meier, Bernd-Dieter,
Nachtatverhalten und Strafzumessung, GA 2015, 443 ff.

**Meier, B.-D., Kriminologie, 2016** Meier, Bernd-Dieter,
Kriminologie, 2016

**Meier, B.-D., Sanktionen, 2014** Meier, Bernd-Dieter,
Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., 2014

**Meinen, Strafvollstreckung, 2007, XII** Meinen, Gero,
Strafvollstreckung, in: Heghmanns, Michael / Scheffler, Uwe (Hrsg), Handbuch zum Strafverfahren, 2007, XII

**Mendes/Steinbeis/Guerra/ Singer, Preschool, 2017/8** Mendes, Natacha / Steinbeis, Nikolaus / Guerra, Nereida Bueno / Singer, Tania,
Author Correction: Preschool children and chimpanzees incur costs to watch punishment of antisocial others, Nature Human Behaviour 2(4), March 2018 / Preschool children and chimpanzees incur costs to watch punishment of antisocial others, Nature Human Behaviour 2(1), December 2017

**Merkel, Feindstrafrecht, 2019, 327 ff.** Merkel, Reinhard,
Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störenfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts, in: Kindhäuser, Urs / Kreß, Claus / Pawlik, Michael, Stuckenberg / Carl-Friedrich (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft: Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, 327 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.

**Merton, Theory, 1949/1968** Merton, Robert King,
Social Theory and Social Structure, Erstveröffentlichung 1949, 3. Aufl., 1968

**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

**Metzinger, Subjekt, 1993** Metzinger, Thomas,
Subjekt und Selbstmodell. Die Perspektiven phänomenalen Bewusstseins vor dem Hinter-grund einer naturalistischen Theorie mentaler Repräsentation, 1993

**Meulen/Steinbeis/Achterberg/ IJzendoorn, Heritability, 2018** Meulen, Mara van der / Steinbeis, Nikolaus / Achterberg, Michelle / IJzendoorn, Marinus H. van,
Heritability of neural reactions to social exclusion and prosocial compensation in middle childhood, Developmental

Cognitive Neuroscience, 34, June 2018

**Meyer, F., Strafe, ZIS 2018, 68 ff.** Meyer, Frank,
Strafe ohne Staat? Zukunftskonzepte für ein transnationales Strafrecht, ZIS 2018, 68 ff.

**Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 2018** Meyer-Goßner, Lutz / Schmitt, Bertram,
Strafprozessordnung: StPO, 2018

**Mezger, Straftat, ZStW 1945, 675 ff.** Mezger, Edmund,
Die Straftat als Ganzes, ZStW 1945, 675 ff.

**Milgram, Milgram-Experiment, 1974/1997** Milgram, Stanley,
Obedience to Authority. An Experimental View, 1974. Das Milgram-Experiment. Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität. 14. Aufl., 1997

**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.

**Mitsch, Opfer, 2017, 303 ff.** Mitsch, Wolfgang,
Opfer und Schuldurteil, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 303 ff.

**MK-Bearbeiter, 2017** Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB,
Bearbeiter, Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus, (Hrsg.), 3. Aufl., 2017

**Molander, Level, 1985, 611 ff.** Molander, Per, Level,
The Optimal Level of Generosity in a Selfish, Uncertain Environment, The Journal of Conflict Resolution, 1985, 611 ff.

**Moll/Tomasello, Cooperation, 2007, 362 ff.** Moll, Henrike / Tomasello, Michael,
Cooperation and human cognition: the Vygoskian intelligence hypothesis, The royal Society, 2007, 362 ff..

**Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899/1961** Mommsen, Theodor,
Römisches Strafrecht, 1899 (Nachdruck 1961)

**Momsen, U-Haft, StraFo 2019, 89 ff.** Momsen, Carsten,
U-Haft schafft Rechtskraft - Rechtswidrige "Post-mortem"-Absprache, Befangenheit und Fehlurteil, StraFo 2019, 89 ff.

**Momsen, Überlegungen, 2007, 569 ff.** Momsen, Carsten,
Überlegungen zu einem zweckrationalen Schuldbegriff, in: Guido Britz / Heinz Koriath / Karl-Ludwig Kunz / Carsten Momsen / Egon Müller / Heinz Müller-Dietz / Henning Radtke (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, 2007, 569 ff.

**Momsen/Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff.** Momsen, Carsten / Rackow, Peter,
Die Straftheorien, JA 2004, 336 ff.

**Montenbruck, Abwägung, 1989** Montenbruck, Axel,
Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine und für mehrere Taten, Schriften zum Strafrecht, 1989

**Montenbruck, Anthropology, 2010** Montenbruck, Axel,
Western Anthropology: Democracy and Dehumanization, Freie Universität Berlin, 2010, open access und gedruckt

**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, Schriften zur Rechtstheorie, 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, Strafgründe, 2018, 235 ff.** Montenbruck, Axel,
Strafgründe und Geständnis, in: Stein, Ulrich / Greco, Luís / Jäger, Christian / Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, 2018, 235 ff.

**Montenbruck, Strafrechts-philosophie, 2010** Axel Montenbruck, Strafrechtsphilosophie (1995-2010). Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht, 2. Auflage 2010, open access der Freien Universität Berlin

**Montenbruck, Thesen, 1983** Montenbruck, Axel,
Thesen zur Notwehr, 1983

**Montenbruck, Wahlfest-stellung, 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 Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, in: Montenbruck, Axel (Hrsg.), Fachbereichsfestschrift Sommersemester 1995, 13 ff.

**Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff.** Montenbruck, Axel,
Zeit als Strafzeit - Anthropologische Zeitstufen, in: Schmoller,

Kurt (Hrsg.): Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, 649 ff.

**Montenbruck, Zivile Ver-söhnung, 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, Makel, ZStW 2019, 625 ff.** Morgenstern, Christine, Der ewige Makel – Straftheorie, Grundrechte und das Strafregister, ZStW 2019, 625 ff.

**Morgenstern, Recht, Rechts-wissenschaft 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.

**Morgenstern, Untersuchungs-haft, 2018, 811 ff.** Morgenstern, Christine, Die Untersuchungshaft – Eine Untersuchung unter rechtsdogmatischen, kriminologischen, rechtsver-gleichenden und europarechtlichen Aspekten, 2018

**Mosbacher, Straftheorie, ARSP 2004, 210 ff.** Mosbacher, Andreas, Kants präventive Straftheorie, ARSP 90 (2004), 210 ff.

**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, H. E./Schmoll, Deliktsschwereforschung, 2019, 117 ff.** Müller, Henning Ernst / Schmoll, Annemarie Deliktsschwereforschung als Grundlage eines gerechteren Strafrechtssystems?, in: Kaspar, Johannes / Walter, Tonio (Hrsg.), Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, 117 ff.

**Müller/Christensen, Methodik, 2007** Müller, Friedrich / Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Band II, Europarecht, 2. Auflage, 2007

**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 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, Straftheorie, 2000, 263 ff.** Müller-Tuckfeld, Jens Christian, Expressionistische Straftheorie, 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, 2019** Murmann, Uwe, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte Körperverletzungsdelikte, 5. Aufl. 2019

**Murray, Euripides, 1913** Murray, George Gilbert Aimé, Euripides and his age, 1913

**Nagel, View, 1986** Nagel, Thomas, The View from Nowhere, 1986

**Naucke, Generalprävention. 1979, 9ff.** Naucke, Wolfgang, Generalprävention und Grundrechte der Person, in: Hassemer, Winfried / Lüderssen, Klaus / Naucke, Wolfgang (Hrsg.), Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, 9 ff.

**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 1982, 525 ff.

**Naucke, Notizen, 1998, 361 ff.** Naucke, Wolfgang, Notizen zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts, in: Zaczyk, Rainer / Köhler, Michael / Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998, 1998, 361 ff.

**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, Anfragen, 2011, 159 ff.** Neumann, Ulfrid, Anfragen an Hegels Straftheorie aus „nachmetaphysischer" Sicht, in: Hirsch, Andreas von / Neumann, Ulfrid / Seelmann, Kurt (Hrsg.), Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, 2011,

159 ff.

**Neumann, Aufgabe, 2019, 257 ff.** Neumann, Ulfrid,
Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung, in: Kindhäuser, Urs / Kreß, Claus / Pawlik, Michael, Stuckenberg / Carl-Friedrich (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft: Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, 257 ff.

**Neumann, Entwicklungen, ZStW 1987, 567 ff.** Neumann, Ulfrid,
Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 1987, 567 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, Methodendualismus, 2015, 25 ff.** Neumann, Ulfrid,
„Methodendualismus" in der Rechtsphilosophie des Neukantianismus. Positionen zum Verhältnis von Sein und Sollen bei Gustav Radbruch, in: Brockmöller, Anette / Kirste, Stephan / Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Wert und Wahrheit in der Rechtswissenschaft, ARSP-Beiheft 2015, 25 ff.

**Neumann, Objektformel, 2013, 334 ff.** Neumann, Objektformel, 2013, 334 ff
Neumann, Ulfrid. Artikel „Objektformel". in: Gröschner, Rolf / Kapust, Antje / Lembcke, Oliver W. (Hrsg,), Wörterbuch der Würde, 2013, 334 ff.

**Neumann, Prinzip, 2014, 569 ff.** Neumann, Ulfrid,
Das so genannte Prinzip der Nichtdispositivität des Rechtsguts Leben, in: Heger; Martin / Kelker, Brigitte / Schramm, Edward (Hrsg), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, 569 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

**Newburn, Criminology, 2013** Newburn, Tim,
Criminology, 2nd Edition, 2013

**Nida-Rümelin, Reasons Account, ARSP 2019, 3 ff.** Nida-Rümelin, Julian,
The Reasons Account of Free Will. A Libertarian-Compatibilist Hybrid, ARSP 2019, 3 ff.

**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 (Colli), Morgenröte, 1881/1971** Nietzsche, Friedrich,
Morgenröthe. Nachgelassene Fragmente. Anfang 1880 bis Frühjahr 1881. Werke. Kritische Gesamtausgabe, Colli, Giorgio / Montinari, Mazzino (Hrsg.), 1971

**Nietzsche (Schlechta), Genealogie, 1887/1977, 761 ff.** Nietzsche, Friedrich,
Zur Genealogie der Moral, 1887, in: Schlechta, Karl (Hrsg.), Friedrich Nietzsche. Werke in drei Bänden, Band 2, 8. Aufl. 1977, 761 ff.

**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.

**Nussbaum, Emotionen, 2013/2014** Nussbaum, Martha,
Politische Emotionen - Warum Liebe für Gerechtigkeit wichtig ist (engl. 2013), 2014

**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 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.

**Pasemann, Repräsentation, 1996, 42 ff.** Pasemann, Frank,
Repräsentation ohne Repräsentation. Überlegungen zu einer Neurodynamik modularer kognitiver Systeme, in: Rusch, Gebhard / Schmidt, Siegfried J. /Breidbach, Olaf (Hrsg.), Interne Repräsentationen. Neue Konzepte der Hirnforschung, 1996, 42 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, Michael,
Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe, 2004

**Pawlik, Strafrecht, 2019, 217 ff.** Pawlik, Michael,
Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken, in: Kindhäuser, Urs / Kreß, Claus / Pawlik, Michael, Stuckenberg / Carl-Friedrich (Hrsg.), 2019, 217 ff.

**Pawlik, Unrecht, 2012.** Pawlik, Michael,
Das Unrecht des Bürgers, 2012.

**Pfordten, Kohärenz, 2012, 111 ff.** Pfordten, Dietmar von der,
Für eine Kohärenz normativer Überzeugungen ohne Fundierung in Konventionen, in: Sturma, Dieter (Hrsg.), Vernunft und Freiheit. Zur praktischen Philosophie von Julian Nida-Rümelin (Humanprojekt), 2012, 111 ff

**Pfordten, Rechtsethik, 2011** Pfordten, Dietmar von der,
Rechtsethik. Lehrbuch/Studienliteratur, 2., überarbeitete Auflage, 2011

**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 (Susemihl), Nomoi/Die Gesetze** Platon,
Nomoi / Die Gesetze, in: Susemihl, Franz, (Übers., Hrsg.), Platon's Werke, vierte Gruppe, neuntes bis fünfzehntes Bändchen, 1862, 1863, http://www.opera-platonis.de/Nomoi.pdf

**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.

**Pollähne, Alternativen, 2012** Pollähne, Helmut,
Alternativen zur Freiheitsstrafe, Eröffnungsvortrag des 36. Strafverteidigertages, Hannover, 16. März 2012

**Posth, Urvertrauen, 2007** Posth, Rüdiger,
Vom Urvertrauen zum Selbstvertrauen. Das Bindungskonzept in der emotionalen und psychosozialen Entwicklung des Kindes, 2007

**Pothast, Freiheit, 2011** Pothast, Ulrich,
Freiheit und Verantwortung. Eine Debatte, die nicht sterben will – und auch nicht sterben kann, 2011

**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.

**Prinz, Wille, 2008, 642 ff.** Prinz, Wolfgang,
Der Wille als Artefakt, in: Rehberg, Karl-Siegbert (Hrsg.), Die Natur der Gesellschaft: Verhandlungen des 33.Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Kassel 2006, Teilbd. 1 u. 2, 2008, 642 ff. https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-153175

**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.

**Pröpper, Anthropologie, 2016** Pröpper, Thomas, Theologische Anthropologie, 2016

**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 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, Unrecht, 1946, 105 ff.** Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105 ff.

**Radbruch/Gewinner, Geschichte, 1991** Radbruch, Gustav / Gewinner, Heinrich, Geschichte des Verbrechens, 1991

**Raiser, Recht, 1999** Raiser, Thomas, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, 3. Aufl., 1999

**Rakoczy, Selbstkonzept, 2019, 1 ff.** Rakoczy, Hannes Selbstkonzept, Entwicklung, in Wirtz, Markus Antonius (Hrsg.), Dorsch-Lexikon der Psychologie, online, 2019, 1 ff.

**Rappaport, Ritual, 1999** Rappaport, Roy A., Ritual and Religion in the making of Humanity, 1999

**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).

**Rehbinder, Verweigerung, 1986, 237 ff** Rehbinder, Manfred, Die Verweigerung sozialer Kooperation als Rechtsproblem. Zu den Rechtsinstituten Ostrachismus und Boykott, in: Gruter, Margaret / Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Ablehnung – Meidung – Ausschluß. Multidisziplinäre Untersuchung über die Kehrseite der Vergemeinschaftung, 1986, 237 ff.

**Reinhold/Sanguinetti-Scheck1et/Hartmann/Brecht, correlates, Science 2019, 1180 ff.** Reinhold, Annika Stefanie / Sanguinetti-Scheck1et, Juan Ignacio / Hartmann, Konstantin / Brecht, Michael, Behavioral and neural correlates of hide-and-seek in rats, Science 2019, 1180 ff.

**Rengier, Strafrecht AT, 2019** Rengier, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2019

**Renzikowski, Akteurskau- salität, 2019, 379 ff.** Renzikowski, Joachim, Akteurskausalität - Abschied von der Conditio-Formel, in: Böse, Martin / Schumann, Kay H., Toepel, Friedrich (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, 379 ff.

**Renzikowski, Dimensionen, 2015, 210 ff** 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, Rth, Rechtstheorie 2000, 113 ff.

**Rodríguez Horcajo, Verhalten GA 2018, 609 ff.** Rodríguez Horcajo, Daniel, Menschliches Verhalten und staatliche Strafe: Abschreckung, Kooperation und Verteilungsgerechtigkeit, GA 2018, 609 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.

**Rogall, Strafe, 1997, 236 ff.** Rogall, Klaus, Strafe als Mittel der Abschreckung, in: Zöller, Brigitte (Hrsg.), Mit Strafen leben?, 1997, 236 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.

**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, Kulturamt (Hrsg.), Wilke, Joachim (Red.), Zum Naturbegriff der Gegenwart, Kongreßdokumentation, zum Projekt „Natur im Kopf“, Band 1, 1993, 55 ff.

**Roth, Wille, 2012, 526 ff.** Roth, Gerhard,
Wie frei ist der "freie Wille" bei Gewaltstraftätern?, in: Bielefeld, Ulrich, Bude Heinz / Greiner, Bernd, Gesellschaft - Gewalt - Vertrauen: Jan Philipp Reemtsma zum 60. Geburtstag, 2012, 526 ff.

**Roth/Strüber, Gehirn, 2014** Roth, Gerhard / Strüber, Nicole,
Wie das Gehirn die Seele macht, 2014

**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, Bestrafungsnotwendigkeit, 2017, 467 ff.** Roxin, Claus
Die präventive Bestrafungsnotwendigkeit als Voraussetzung strafrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Joerden. Jan C. / Schmoller, Kurt (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafen, Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017, 2017, 467 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, 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 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, 2003

**Roxin, Tatbestände, 1959** Roxin, Claus, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959

**Roxin, Überlegungen, MoKrim, 1973, 316 ff.** Roxin, Claus, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, 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

**Sachser, Mensch, 2018** Sachser, Norbert, Der Mensch im Tier. Warum Tiere uns im Denken, Fühlen und Verhalten oft so ähnlich sind, 2018

**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.

**Scheffler, Grundlegung, 1987** Scheffler, Uwe, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems unter Berücksichtigung wissenschaftstheoretischer Voraussetzungen und des gesellschaftlichen Strafbedürfnisses, 1987

**Scheffler, Kritik, 1985** Scheffler, Uwe, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts: die Voraussetzungen der Verwertbarkeit kriminologischer Erkenntnisse im Strafrecht. 1985

**Scheffler, Prolegomena, 1995, 375 ff.** Scheffler, Uwe, Prolegomena zu einer systematischen Straftheorielehre, Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 3, 1995, 375 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?, Zeitschrift für das Juristische Studium 6/2012, 774 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. Strafbegriff, 1997, 101 ff.** Schild, Wolfgang, Der Strafbegriff Friedrich Nietzsches. Eine Philosophische Annäherung, in: Festschrift für Günter Bemmann, 1997, 101 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, W., Ende, ARSP 1984, 71 ff.** Schild, Wolfgang, Ende und Zukunft des Strafrechts, ARSP 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-Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag, 1997, 179 ff.

**Schild, W., Hirnforschung, 2017, 11 ff.** Schild, Wolfgang, Hirnforschung und Strafrecht. Die Schwierigkeit, keine Satire schreiben zu müssen, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 11 ff.

**Schild, W., Strafmaßnahme, 1989, 429 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.

**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 unrechtliche 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 1954, 27 ff.

**Schmidt, R. Strafrechtsreform, 1912/1978** 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.

**Schmitt, Schuld, 2017, 251 ff.** Schmitt, Bertram,
Schuld im Römischen Statut, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 251 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, Hartmut., Grund, 1990** Schneider, Hartmut,
Grund und Grenzen des strafrechtlichen

Selbstbegünstigungsprinzips auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells, 1990

**Schneider, Hendrik., Bellum, ZStW 2001, 499 ff.** Schneider, Hendrik,
Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?, ZStW 113 (2001), 499 ff.

**Schneider/Schmalt, Motivation, 2000** Schneider, Klaus / Schmalt, Hans-Dieter,
Motivation, 3. Aufl., 2000

**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.

**Schockenhoff, Willensfreiheit 2004** Schockenhoff, Eberhardt,
Beruht die Willensfreiheit auf einer Illusion? Hirnforschung und Ethik im Dialog, 2004

**Schönke/Schröder, Bearbeiter, 1997** Schönke, Adolf / Schröder, Horst,
Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, Gesamtredaktion Eser, Albin, 25. Aufl., 1997

**Schönke/Schröder, Bearbeiter, 2019** Schönke, Adolf / Schröder, Horst,
Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, Gesamtredaktion Eser, Albin, 30. Aufl., 2019

**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

**Schott, Strafrahmen, 2004** Schott, Tilmann,
Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung. Eine empirische Untersuchung zu Gesetzessystematik und Rechtstatsächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen, 2004

**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 1977, 242 ff.

**Schreiber, Strafkonzeptionen, ZStW 1982, 279 ff.** Schreiber, Hans-Ludwig, Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, ZStW 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 / Hirsch, Andrew von / 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, Funktion, 1984, 153 ff.** Schünemann, Bernd, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: Schünemann, Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 153 ff.

**Schünemann, Sinn, 2017, 501 ff.** Schünemann, Bernd Sinn und Zweck der Strafe – eine unendliche Geschichte?, in: Joerden. Jan C. / Schmoller, Kurt (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafen, Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017, 2017, 501 ff.

**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.** 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.

**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, Hegels Straftheorien, 2011, 79 ff.** Seelmann, Kurt,
Hegels Straftheorien, in: Hirsch, Andreas von / Neumann, Ulfrid / Seelmann, Kurt (Hrsg.), Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, 2011, 79 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, Bestimmung, 2013, 207 ff.** Seher, Gerhard,
Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen, in: Freund, Georg / Murmann, Uwe / Bloy, René / Perron, Walter (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, 207 ff.-

**Seher, Liberalismus, 2000** Seher, Gerhard,
Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg, 2000

**Seher, Roles, 2014, 257 ff.** Seher, Gerhard,
The Roles of Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory, in: Criminal Law and Philosophy 2014, 257 ff.

**Seher, Strafrecht, 2006, 70 ff.** Seher, Gerhard,
Kann Strafrecht subsidiär sein? Aporien eines „unbestrittenen“ Rechtsgrundsatzes, in: Hefendehl, Roland / Hirsch, Andrew von / Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, 2006, 70 ff..

**Seher, Strafrecht, 2015, 70 ff.** Seher, Gerhard,
Grenzenloses Strafrecht? Auf der Suche nach den philosophischen Grenzen der Kriminalisierung, in: Nihon University Comparative Law, Vol. 32 (2015), 1 ff.

**Seher, Verantwortlichkeit 2015, 35 ff.** Seher, Gerhard,
Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach staatlichem Systemwechsel. Der Umgang mit Umbrüchen in Deutschland, Brasilien und Südafrika, in: Ebert, Udo / Schilberg, Arno / Ammer, Christian (Hrsg.), Rechtliche Verantwortlichkeit im Konflikt, 2015, 35 ff.

**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. (Hrsg), 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

**Siep, Anerkennung, 2014** Siep, Ludwig,
Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie. Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie des Geistes, 2014

**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.

**Singelnstein/Ostermeier, Diskursanalyse, 2013, 481 ff.** Singelnstein, Tobias / Ostermeier, Lars,
Wissenssoziologische Diskursanalyse in der Kriminologie, in: Methodologie und Praxis der Wissenssoziologischen Diskursanalyse: Band 1: Interdisziplinäre Perspektiven, 2013, 481 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

**Sousa e Brito, Vergeltung, 2017, 391 ff.** Sousa e Brito, José de,
Vergeltung als relativer Strafzweck bei Plato und Aristoteles, in: Joerden. Jan C. / Schmoller, Kurt (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafen, Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017, 2017, 391 ff.

**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

**Stadler, Lebensleistung, 2109** Stadler Tobias, Die Lebensleistung des Täters als Strafzumessungserwägung: Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen des Strafzumessungsrechts, 2019

**Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, 2018** Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzugs jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres. Stichtag 31. August 2018, 2018

**Statistisches Bundesamt, Strafvollzug, 2019** Statistisches Bundesamt, Strafvollzug - Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen, Fachserie 10, Reihe 4.1, 2019

**Stemmler/Hagemann/Amelang/Spinath, Fragen, 2018** Stemmler, Gerhard / Hagemann, Dirk / Amelang, Manfred / Spinath, Frank M., Fragen und Antworten zum Werk. Differentielle Psychologie und Persönlichkeitsforschung, 2018https://tu-dresden.de/mn/psychologie/ifap/differentielle-psychologie/ressourcen/dateien/lehrveranstaltungen/ss-2018/S.PP4/material/Stemmler_Fragen-

**Stemmler/Hagemann/Amelang/Spinath, Psychologie, 2016** Stemmler, Gerhard / Hagemann, Dirk / Amelang, Manfred / Spinath, Frank M., Differentielle Psychologie und Persönlichkeitsforschung, 8. Aufl., 2016

**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, 1893** 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, Strafrecht, 1978, 901 ff.** Stratenwerth, Günter, Strafrecht und Sozialtherapie, in: Kaufmann, Arthur / Bemmann, Gunter / Krauss, Detlef / Volk, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember. 1978, 901 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, Consciousness, Inquiry 1989, 3ff.** Strawson, Galen, Consciousness, Free Will, and the Unimportance of

Determinism, Inquiry 1989, 3 ff.

**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

**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, 2017, 221 ff.** Streng, Franz,
Schuld und Sanktion – Überlegungen zum Schuldausgleich durch Strafe, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 221 ff.

**Streng, Schuld, ZStW 1980, 637 ff.** Streng, Franz,
Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, ZStW 1980, 637 ff.

**Streng, Strafzumessung, GA 2017, 80 ff.** Streng, Franz,
Jugendstrafrechtliche Strafzumessung zwischen Tat- und Täterprinzip, GA 2017, 80 ff.

**Streng, Studien, 2019, 131 ff.** Streng, Franz,
Studien zu Strafbedürfnissen der Bevölkerung. Methoden und aktuelle Ergebnisse, in: Kaspar, Johannes / Walter, Tonio (Hrsg.), Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, 131 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.

**Stübinger, Schuld, 2000** Stübinger, Stephan,
Schuld, Strafrecht und Geschichte. Die Entstehung der Schuldzurechnung in der deutschen Strafrechtshistorie, 2000

**Stübinger, Stellenwert, 2002, 187 ff.** 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

**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.

**Suppa, Mensch, 2003** Suppa, Gianni,
Der vernünftige Mensch im Strafrecht: 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 1984, 291 ff.

**Tiedemann, K., Verfassungs-recht, 1991** Tiedemann, Klaus,
Verfassungsrecht und Strafrecht; Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, 1991

**Tiedemann, P., Tatbestands-funktionen, 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 1988, 527 ff.

**Tomasello, Becoming Human, 2018** Tomasello, Michael,
Becoming Human: A Theory of Ontogeny, 2018

**Tomasello, History, 2014** Tomasello, Michael,
A Natural History of Human Thinking, 2014

**Tomasello, corporate, 2009** Tomasello, Michael,
Why we corporate, 2009

**Tomasello, Origins, 2008** Tomasello, Michael,
Origins of human communication, 2008

**Tomasello/Melis/Tennie/ Wyman/Herrmann, Key Steps,** Tomasello, Michael / Melis, Alicia P. / Tennie, Claudio / Wyman, Emily / Herrmann, Esther,

**Current Anthropology, 2012, 673 ff.** Two Key Steps in the Evolution of Human Cooperation. The Interdependence Hypothesis, Current Anthropology, 2012, 673 ff.

**Tomiak, Verhältnismäßigkeit, ZStW 2019, 804 ff.** Tomiak, Lucas, Die Verhältnismäßigkeit der Strafen in der Rechtsprechung des EGMR, ZStW 2019, 804 ff.

**Topitsch, Probleme, 1980, 15 ff.** Topitsch, Ernst, Sprachlogische Probleme der sozialwissenschaftlichen Theoriebildung, in: Topitsch, Ernst (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, 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: Tugendhat, Ernst (Hrsg), Philosophische Aufsätze, 1992, 334 ff.

**Vogel, B., Rechtsgüterschutz, ZStW 2017, 629 ff.** Vogel, Benjamin, Rechtsgüterschutz und Normgeltung – Zur Funktion des Rechtsguts im Schuldstrafrecht, ZStW 2017, 629 ff.

**Vogel, C., Moral, 1989, 193 ff.** Vogel, Christian, Gibt es eine natürliche Moral? Oder: Wie widernatürlich ist unsere Ethik?, in: Meier, Heinrich (Hrsg.), Die Herausforderung der Evolutionsbiologie, 2. Aufl. 1989, 193 ff.

**Vogel, G., Evolution, 2004, 1128 ff.** Vogel, Gretchen, News Focus: The Evolution of the Golden Rule, Science 303 (2004), 1128 ff.

**Voland, Soziobiologie, 2009** Voland, Eckart, Soziobiologie. Die Evolution von Kooperation und Konkurrenz. Heidelberg, 3. Auflage, 2009

**Volk, Strafe, ZStW 1971, 405 ff.** Volk, Klaus, Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZStW 1971, 405 ff.

**Vöneky, Vorwort, 2013, V ff.** Vöneky, Silja, Vorwort, in: Beylage-Haarmann, Britta / Höfelmeier, Anja / Hübler, Anna-Katharina (Hrsg,), Ethik und Recht - Die Ethisierung des Rechts/Ethics and Law - The Ethicalization of Law (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht), 2013, V ff.

**Vormbaum, Einführung, 2015** Vormbaum, Thomas, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl., 2015

**Vormbaum, Einleitung, 2009, VII ff.** Vormbaum, Thomas, Einleitung: Das Feindstrafrecht und seine Kritik, VII ff, in: Vormbaum, Thomas (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2009

**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 (Hrsg.), 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.

**Wagner, H., Verbrechen, 1966** Wagner, Heinz,
Das Verbrechen bei Dostojewski: eine Untersuchung unter strafrechtlichem Aspekt, 1966

**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, H., Neurophilosophie, 1998** Walter, Henrik,
Neurophilosophie der Willensfreiheit. Von libertarischen Illusionen zum Konzept natürlicher Autonomie, 1998

**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, T., Grundlagen, 2019, 45 ff.** Walter, Tonio,
Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungstheorie, in: Kaspar, Johannes / Walter, Tonio (Hrsg.), Strafen "im Namen des Volkes"?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, 45 ff.

**Walter, T., Kern, 2006** Walter, Tonio,
Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006

**Walter, T., Strafe, 2016** Walter, Tonio,
Strafe und Vergeltung - Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips, 2016

**Walter, T., Vergeltung, ZIS 2011, 636 ff.** Walter, Tonio,
Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik, ZIS 2011, 636 ff.

**Walther, Rechtsbruch, 2000** Walther, Susanne,
Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionssystems, 2000

**Wangham/Peterson, Males, 1996** Wangham, Richard / Peterson, Dale
Demonic Males – Apes and the Origin of Human Violence, 1996,

**Warwitz/Rudolf, Sinn, 2016** Warwitz, Siegbert A./ Rudolf, Anita,
Vom Sinn des Spielens. Reflexionen und Spielideen, 4. Aufl., 2016

**Weber, H.-M., Abschaffung, 1999** Weber, Hartmut-Michael,
Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Für eine

Durchsetzung des Verfassungsanspruchs, 1999

**Weigend, Deliktsopfer, 1989** Weigend, Thomas,
Deliktsopfer und Strafverfahren, 1989

**Weigend, Schuld, 2017, 237 ff.** Weigend, Thomas,
Schuld und Entschuldigung im Strafrecht der USA, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 237 ff.

**Weigend, Strafe, RW 2010, 40 ff.** Weigend, Thomas,
„Die Strafe für das Opfer?“ - Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtswissenschaft 2010, 39 ff.

**Weiler, Love, 1991, 197 ff.** Weiler, Hans N.,
On Love and Altruism, Rationality and Society 3 (1991), 197 ff.

**Weinberger, Norm, 1988** 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 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, 2019** Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut,
Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 49. Aufl., 2019

**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 1987, 92 ff. |
| **Wieser, Gehirn, 2007** | Wieser, Wolfgang,<br>Gehirn und Genom: ein neues Drehbuch für die Evolution, 2007 |
| **Wilfert, Strafe, 2017** | Wilfert, Marei Verena,<br>Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017 |
| **Willoweit, Rache, 2007, 37 ff.** | Willoweit, Dietmar,<br>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.. |
| **Wilms, Ehre, 2009** | Wilms, Yvonne,<br>Ehre, Männlichkeit und Kriminalität, 2009 |
| **Wilson, Thinking, 1983** | Wilson, James Q.,<br>Thinking about Crime, 2. Aufl. 1983 |
| **Winkel, Behavior, 1997, 65 ff.** | Winkel, Frans, W.,<br>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,<br>Nationale Identität und Verfassungsidentität. Perspektiven, Schutzgehalte, Instrumente, Archiv des öffentlichen Rechts, 2015, 415 ff. |
| **Wohlers, Deliktstypen, 2000** | Wohlers, Wolfgang,<br>Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, 2000 |
| **Wohlers, Günther Jakobs, 2019, 307 ff.** | Wohlers, Wolfgang,<br>Günther Jakobs und die Rechtsgutslehre, in: Kindhäuser, Urs / Kreß, Claus / Pawlik, Michael, Stuckenberg / Carl-Friedrich (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft: Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, 307 ff. |
| **Wohlers, Vergeltungsstrafe, GA 2019, 425 ff.** | Wohlers, Wolfgang,<br>Die Vergeltungsstrafe – mehr als ein weißer Schimmel?, 2019, 425 ff. |
| **Wohlers/Went, Bedeutung, 2011, 173 ff.** | Wohlers, Wolfgang / Went, Florian H.,<br>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, Willensfreiheit Rechtsphilosophie, 2017, 237 ff.** | Wolf, Jean-Claude,<br>Willensfreiheit als praktisches Postulat und Ungrund?, Rechtsphilosophie, 2017, 237 ff. |
| **Wolf, Strafe, 2003, 199 ff** | Wolf, Jean-Claude,<br>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,<br>Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964 |
| **Wolff, Kausalität, 1965** | Wolff, Ernst Amadeus,<br>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 1985, 786 ff.

**Wolter, Zurechnung, 1981** Wolter, Jürgen,
Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr der Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981

**Wrangham, fire, 2009** Wrangham, Richard,
Catching fire: How cooking made us human, 2009, 15 ff.

**Wright, Erklären, 1984** Wright, Georg Henrik von,
Erklären und Verstehen, 2. Aufl. 1984

**Wulf, Performanz, 2006, 226 ff.** Wulf, Christoph,
Performanz des Rechts. Inszenierung und Diskurs, Paragrana. Internationale Zeitschrift für historische Anthropologie. Band 15, 2006, 226 ff.

**Zabel, Affekt, 2002, 23 ff.** Zabel, Benno,
Der Affekt als Schuldminderungs-, Strafausschließungs- bzw. Strafzumessungsgrund und seine Typisierung im Rahmen des Allgemeinen Teils - zur Klarstellung der Begründungsstruktur sowie der verbrechenssystematischen Einordnung,
in: Klesczewski, Diethelm (Hrsg.), Leipziger Juristische Vorträge, Affekt und Strafrecht. Erstes interdisziplinäres Symposion der Juristenfakultät Leipzig 15. Juni 2002, 23 ff.

**Zabel, Dogmatik, 2014, 340 ff.** Zabel, Benno,
Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts, 2014, 34 ff., zis-online.com/dat/artikel/2014_7-8_835.pdf

**Zabel, Ordnung, 2017** Zabel, Benno,
Die Ordnung des Strafrechts, 2017

**Zabel, Recht, 2014, 153 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, Schuld, 2017, 201 ff.** Zabel, Benno,
Schuld und Gefährlichkeit. Über Freiheitsängste und Täterhybride, in: Fischer, Thomas / Hoven, Elisa (Hrsg.), Schuld, 2017, 201 ff.

**Zabel, Schuldtypisierung, 2007** Zabel, Benno,
Schuldtypisierung als Begriffsanalyse: Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, 2007

**Zabel, Strafrechtspolitik, 2018, 9 ff.** Zabel, Benno,
Strafrechtspolitik unter dem Grundgesetz, in: Zabel, Benno (Hrsg.), Strafrechtspolitik. Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechts- wissenschaft und Strafgerechtigkeit, 2018, 9 ff.

**Zabel, Tat, 2017, 733 ff.** Zabel, Benno,
Von der Tat zum Konflikt? Zum Funktionswandel des Schuldstrafrechts, in: Saliger, Frank u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, 733 ff.

**Zaczyk, Fiat iustitia, 2006, 649 ff.** Rainer Zaczyk,
Fiat iustica, 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, 1989

**Zielcke, Sache, Merkur 1986, 203 ff.** 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, 1992, 448 ff.

**Zimbardo/Ruch, Psychologie, 1978** Zimbardo, Philip G./Ruch, Floyd L.,
Lehrbuch der Psychologie, 1978

**Zimmermann, F., Unrechts bewusstsein, 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, Ausschluss, 1986, 12 ff.** Zippelius, Reinhold,
Ausschluß und Meidung als rechtliche und gesellschaftliche Sanktionen, in: Gruter, Margaret / Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Ablehnung – Meidung – Ausschluß. Multidisziplinäre Untersuchung über die Kehrseite der Vergemeinschaftung, 1986, 12 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.

**Zoglauer, Modellübertragung, 1994, 12 ff.** Zoglauer, Thomas,
Modellübertragung als Mittel interdisziplinärer Forschung, in: Maier, Wolfgang / Zoglauer, Thomas (Hrsg.), Technomorphe Organismus–Konzepte. Modellübertragungen zwischen Biologie und Technik, 1994, 12 ff.

**Zürcher, Legitimation, 2014** Zürcher, Tobias,
Legitimation von Strafe. Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe, 2014