

Strafrechtswissenschaft nichts dafür, sagen Sie mir zu Recht. Aber sollte sie nicht wenigstens versuchen, Korrektiv zu sein?

Die Verzerrung und Verzeichnung, die journalistische Instrumentalisierung und Ausbeutung von Verbrechen – früher habe ich das (vielleicht tun Sie das als Wissenschaftler auch) zum allgemeinen Lebensrisiko gezählt. Medien: Das war für mich, als ich noch nicht Journalist, sondern noch Richter und Staatsanwalt war, ein anderes Wort für höhere Gewalt. Heute weiß ich, daß das mit dem „höher“ nicht stimmt, das mit der Gewalt schon. Sie zeigt sich darin, wie man Menschen zu Objekten öffentlicher Begierde macht.

Darüber, über erforderliche neue ethische Kategorien im Journalismus, wird in meiner Branche durchaus diskutiert; und ich wünsche mir da, offen gesagt, Strafrechtswissenschaftler als Streithelfer. Ich wünsche mir Diskursfähigkeit der Strafrechtswissenschaft über den Fachzirkel hinaus. Der Versuch weniger Wissenschaftler, in der Öffentlichkeit zu agieren, gilt offenbar – dies ist jedenfalls meine Beobachtung – in Fachkreisen eher als degoutant. Öffentliche Publizität indiziert offenbar in Fachkreisen Unwissenschaftlichkeit. Unwissenschaftlich ist aber in meinen Augen eher der, dessen Artikulationsfähigkeit über die NStZ, über Goldammers Archiv oder den Leipziger Kommentar nicht hinausgeht. Eine Wissenschaft, die nur noch sich selbst befruchtet, ist ziemlich nutzlos. Es ist dies, das verstehen Sie ganz richtig, ein Appell. Ich appelliere an Sie, zum Beispiel die Feuilletons als Raum der Strafrechtswissenschaft zu entdecken – und also Diskussionen dort zu führen, wo sie ein öffentliches Echo haben. Wer aufgeklärte Kriminalpolitik will, muß Aufklärung betreiben.

Die Kriminalstrafe als Kulturerbe der Menschheit?*

(Kommentar)

von Sebastian Scheerer, Hamburg

Zur Jahrtausendwende erfreut sich die deutsche Strafrechtswissenschaft glänzendster Zeugnisse und ungebrochenen Selbstvertrauens. Jene hat sie sich freilich selber ausgestellt und dieses ist vor allem ein Indiz für die Stärke ihrer Abwehrmechanismen.¹ Gerne gratuliert sie sich auch zu ihrer Welt-offenheit. Doch was sich so nennt, ist ihre *Einbahnstraßen-Internationalität*, zugeschnitten auf die Versorgung ganzer Weltregionen, die vor Generationen das deutsche Strafrecht rezipierten, mit allerlei dogmatischen Nachlieferungen. Im Zentrum dieser Art von Internationalität steht die Sonne deutschen

* Bei dem vorliegenden Text handelt es sich um eine Überarbeitung des abgebrochenen Vortrages.

¹ Vgl. zur Rolle der Strafrechtswissenschaft bei der Ermöglichung der „unfaßlichen Grausamkeit und Roheit“ des Strafrechts im Mittelalter und in der frühen Neuzeit (Feme, Folter, Hexenverfolgung): *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Unveränderter Nachdruck der 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 65 ff., 84 ff., 91 ff., 153 ff.; *Richard van Dülmen*, Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit, 2. Aufl., München 1988; *Christian Thomasius*, Vom Laster der Zauberei. Über die Hexenprozesse. De Crimine Magiae. Processus Inquisitorii contra Sagas, München 1986 (Original der Dissertation: Halle 1701). Nicht der Widerstand gegen Grausamkeiten war in der Geschichte der Strafrechtswissenschaft ihr wesentliches Merkmal, sondern das frühe Aufspringen auf und späte Abspringen von jeder neuen Tyrannei gegen Minderheiten und „Gegner“. Zur passiven Funktion der Strafrechtswissenschaft in der jüngeren Vergangenheit vgl. *Wolfgang Naucke*, Deutsches Kolonialstrafrecht 1886–1918, RJ 1988, 297 ff.; *ders.*, Über das Strafrecht des 1. Weltkrieges, RJ 1990, 330 ff.; *ders.*, NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendungsfall moderner Kriminalpolitik?, RJ 1992, S. 279 ff.; *ders.*, Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen Positivismus, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a. M. u. a. 1995, S. 483 ff.; *Georg Dahm/Friedrich Schaffstein*, Liberales oder autoritäres Strafrecht?, Hamburg 1933; *Georg Dahm*, Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht, Berlin 1935; *Franz Gürtner* (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Aufl., Berlin 1936; *Jan Těpl*, Ausmerzungen und Verrat. Zur Diskussion um Straftatbestände und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich, Frankfurt 1999; *Alexander v. Brünneck*, Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949–1968, Frankfurt 1978.

Wissens, um sie herum ziehen die wißbegierigen Eliten aus der Peripherie ihre prädeterninierten Bahnen.

Erst die ökonomische Globalisierung setzt nun plötzlich die Suche nach *interkulturell gültigen Bausteinen* für ein echtes *Weltstrafrecht* auf die Tagesordnung. Das *Proto-Strafrecht* verspricht all dies sowie die ethische Begründung einer Straf-Ethik und Hilfe bei der Erarbeitung eines Weltstrafgesetzbuchs.² Dabei läßt es sich allerdings, indem es philosophische Grundlagenforschung mit dem Anspruch praktischer Nutzenanwendung verknüpft, auf ein nicht geringes Wagnis ein.

Ein Wagnis

Denn diese Kombination setzt die Bearbeitung fundamentaler Fragen dem Druck von Nützlichkeitsersparungen aus, welche zu den Tugenden der Grundlagenforschung (zur skrupelhaften Radikalität des Denkens, zur Ausdauer im Ertragen von ungelösten Fragen und Ambivalenzen) in einem gewaltigen Spannungsverhältnis stehen. Schon in der Skizze des Proto-Strafrechts offenbart sich dieses Problem. Denn trotz seiner Grundlagenorientierung (und vielleicht unter dem Einfluß der Aktualität, die ja über das „Ob“ und „Warum“ eines Weltstrafrechts praktisch schon entschieden und nur noch Fragen des „Wie“ und „Wann“ zum verhandelbaren Gegenstand hat) interessiert sich das Proto-Strafrecht in seiner vorgeschlagenen Form entschieden zu wenig für die gleichsam *ganz tiefe Frage*, ob es überhaupt einen solchen universell gültigen Kern gibt, dafür aber mit viel Druck und Elan für die Aufgabe der Kodifizierung. Wörtlich wird die Frage nach dem „Ob“ der Existenz universeller Elemente der Kriminalstrafe ohne nennenswerten Beleg-Aufwand so beantwortet:

„Die Art des Strafens fällt zwar in den verschiedenen Gesellschaften und Epochen höchst unterschiedlich aus. Daß ein Gemeinwesen überhaupt straft, findet sich aber schon selbst in den altorientalischen Reichen und in zeitlich und kulturell noch fernerer Kulturen. Nur wenig zugespitzt, darf das Rechtsinstitut der Kriminalstrafe als eine soziokulturelle Universale angesehen werden. – Universal ist nicht bloß das Rechtsinstitut, sondern auch ein Großteil dessen, was als strafwürdig gilt. In den genauen Bestimmungen gibt es durchaus Eigentümlichkeiten; die heute üblichen Klassen der Delikte finden wir aber in so gut wie allen Kulturen: Tötungsdelikte, Eigentumsdelikte, strafbare Handlungen gegen die Ehre, Sexualdelikte, Brandstiftung, Maß-, Gewicht- und Geldfälschungen, Urkundenfälschung und so weiter. Aus diesem Grund

² Otfried Höffe (in diesem Band), S. 307 ff.

haben altisraelische Propheten (...) keine Schwierigkeiten (...) auch fremde Völker zu tadeln; sie berufen sich nämlich auf allgemein-menschliche Untaten und Verbrechen. Für sie stellt der Grieche *Aristoteles* eine Liste von zwei Mal sieben Delikten auf, die von allen damaligen Rechtskulturen anerkannt sein dürften, und die (...) bis heute gültig sind. Und beim römischen Strafrecht (...) geht es im Wesentlichen um Delikte, die als allgemeinmenschliche Rechtsverstöße gelten dürfen.

Wenn man außerdem sieht, daß wichtige Verfahrensprinzipien sehr früh anerkannt werden, so darf man vorsichtig generalisierend sagen: Kernelemente des Strafrechts gehören zum Gerechtigkeitserbe der Menschheit.³

Nun entspricht die Vorstellung von der Universalität von Verbrechen und Strafe durchaus dem Alltagsbewußtsein der Allgemeinheit und der *communis opinio* unter deutschen Strafrechtswissenschaftlern, die ihre Hauptaufgabe ja in der Pflege der Dogmatik und nicht in der Kritik von deren axiomatisch gehandelten Hintergrundannahmen und empirischen Voraussetzungen (geschweige denn Folgen) sehen. Dieser weitgehende Konsens ist allerdings zunächst einmal nur eine soziale Tatsache und kein Beleg dafür, daß es sich tatsächlich so verhält.

Der Mythos der Universalität

Die These von der Universalität der Kriminalstrafe ist nichts anderes als ein Mythos, dessen Wurzeln und Funktion leicht zu benennen sind. Sie geht zurück auf die frühen Völkerkundler, die aufgrund eigener Vorurteile „immer behaupteten, daß das Kriminalrecht das einzige Recht bei den Wilden sei.“⁴ Von ihnen übernahmen *Émile Durkheim* und seine Schule den Glauben, der sich daraufhin bis zum Beginn ernsthafterer ethnologischer Forschungen zu halten vermochte. Seither hat freilich die Erforschung vorstaatlicher Gesellschaften im Hinblick auf ihre Normen und Sanktionen überhaupt erst begonnen und das Bild von den „primitiven Gesellschaften“ völlig verändert.⁵ Schon *Malinowski* hatte erstaunt feststellen müssen, daß sich im Gegensatz zur herrschenden Meinung seiner Zeit „nur positive Gebote“ auffinden ließen,

³ So Otfried Höffe im Manuskript seines Vortrages; bei *ders.* hat die entsprechende Passage nunmehr einen anderen Wortlaut.

⁴ Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, London 1926, zitiert nach der deutschen Übersetzung der 3. Aufl. von 1940 (*Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern*, Bern 1949, S. 20).

⁵ Vgl. die ausgezeichnete Zusammenfassung bei Uwe Wesel, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Frankfurt 1985.

„deren Bruch nur gebüßt, nicht bestraft wird, und deren Maschinerie durch keine prokrustische Methode über die Linie ausgedehnt werden kann, welche das Zivilrecht vom Strafrecht trennt“. Statt des vermuteten Kriminalrechts fand er lediglich ein „System bindender Verpflichtungen, die von den einen als Recht und von den andern als Pflicht betrachtet und durch einen spezifischen Mechanismus der Reziprozität und Publizität in Kraft gehalten werden, welcher der Struktur der Gesellschaft inhärent ist“.⁶ In der wissenschaftlichen Diskussion ist heute sogar unbestritten, daß *Strafrecht und Kriminalstrafen keineswegs universale Formen sozialer Kontrolle sind*: „In herrschaftsfreien Gesellschaften, die immerhin für die längste Zeit der Menschheitsgeschichte charakteristisch waren, existieren sie nicht. Soziale Kontrolle ist hier nicht repressiv, sondern zielt auf Reintegration des Abweichenden, Wiedergutmachung eventueller Schäden, Wiederherstellung des Status quo, Pazifizierung und Konfliktbegrenzung. Erst mit den sozialen Klassen, mit Herrschaft und mit staatlicher Organisation der Gesellschaft entstehen antagonistische Konflikte, die nicht mehr im Interesse der Mehrheit der Gesellschaftsmitglieder oder gar des ganzen Kollektivs gelöst werden können.“⁷ Ohne Normen und Sanktionen kann keine Gesellschaft existieren – wohl aber ohne Kriminalstrafen.⁸ Normen sind Universalien, nicht aber Rechtsnormen; Sanktionen, nicht aber Kriminalstrafen; das Prinzip der Gegenseitigkeit (Reziprozität), nicht aber die strafende Vergeltung; die Zuschreibung von Verantwortung, nicht aber Schuld. Es gibt zahllose Beispiele von Gesellschaften ohne Strafrecht und Kriminalstrafen – und es läßt sich zwar keine Weltgesellschaft ohne Normen und Sanktionen denken, wohl aber eine ohne Strafrecht und Strafen.

Nutzen und Nachteil des Mythos

Der Irrtum über die Universalität der Kriminalstrafe setzt voraus, daß man entweder nur veraltete Literatur nutzt oder seine Belege ausschließlich aus herrschaftlich organisierten Gesellschaften bezieht und diese dann unzulässig verallgemeinert.⁹ Strafrechtswissenschaftler, die darauf angesprochen

⁶ Malinowski (Anm. 4), S. 55 f.

⁷ Henner Hess/Johannes Stehr, Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens, in: Kriminologisches Journal, 2. Beiheft 1987, S. 18–56, hier S. 18.

⁸ Vgl. Heinrich Popitz, Die normative Konstruktion von Gesellschaft, Tübingen 1980, S. 69 ff.

⁹ Die Vertreter der Universalitätsthese von Durkheim bis zu Höffe suchen sich ihr Material entweder aus den längst als irrig widerlegten Deutungen von „theoretisch schöpferischen Ethnologen“ des 19. Jahrhunderts oder aus bereits in Klassen gespaltenen, (proto-)staatlich organisierten „Hochkulturen“, ignorieren aber alle empirischen Forschungsergebnisse der vergleichenden Rechtsanthropologie von E. E. Evans-Prit-

werden, pflegen ihren Fehler damit zu entschuldigen, daß herrschaftsfreie Gesellschaften doch erstens wohl schon längst im Dunkel der Vergangenheit verschwunden und zweitens auch nicht gerade als zukunftssträchtige Modelle globaler Zukunft erkennbar seien, daß es also *for all practical purposes* durchaus gerechtfertigt sei, die Kriminalstrafe als Datum und Notwendigkeit zu betrachten.

Dieser Sicht ist aber entschieden zu widersprechen. Denn die Folgen des Irrtums sind gravierend. Dies vor allem deswegen, weil die Universalitätsthese *erstens* eine Dignität der Strafe als einer Institution im Dienste des Gemeinwohls suggeriert, die ihr nicht zukommt (Strafrecht ist im wesentlichen eben nicht ein Mittel zum *Selbstschutz der*, sondern zur *Herrschaft über die Gemeinschaft*¹⁰), und weil sie *zweitens* eine Natürlichkeit der Kriminalstrafe unterstellt, die prinzipielle Kritik mit dem Stigma der Unvernunft belegt.¹¹ Wenn man erst einmal an die (fingierte) „Tatsache“ glaubt, „daß noch

chard über E. A. Hoebel und Lucy Mair bis M. Barkeun und R. Harako. Sonst kämen sie auch nicht umhin festzustellen, daß sich diejenigen Elemente sozialer Ordnung, die nur der Teilgruppe der staatlich organisierten Gesellschaften gemeinsam sind, zweifellos nicht ernsthaft als *Universalien* menschlicher Gesellschaften bezeichnen lassen.

¹⁰ Die Universalitätsthese kennt keinen Begriff der Herrschaft; ihr handelndes Subjekt sind immer „die Menschen“, „die Allgemeinheit“ und „die Gemeinschaft“. Demgegenüber zeigt die Forschung, daß das Strafrecht nicht etwa gemeinschaftliche Werte kodifizierte, sondern ganz im Gegenteil der Manifestation und Durchsetzung von Herrschaftsinteressen gegen Gemeinschaftsinteressen diene. Während aber die Rechtsethnologie immer wieder und überzeugend zeigt, daß „historically the idea that some offences are to be treated as crimes does not spring from a general feeling that certain actions wrong the whole of society, but rather from the specific claim of rulers to assert their power“ (Lucy Mair, Primitive Government, Harmondsworth 1962, S. 160, zitiert nach Hess/Stehr [Anm. 7] S. 45 f.), sind es für die Vertreter der Universalitätsthese nach wie vor „die Menschen“, die, seit sie sich überhaupt einigermaßen „feste Formen des Zusammenlebens gegeben haben“, sich auch „das Strafrecht und seine Rechtsfolge, die Strafe“, selber gaben (vgl. Jürgen Baumann, Strafe als soziale Aufgabe, in: Robert Hauser/Jörg Rehberg/Günter Stratenwerth [Hrsg.], Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 27–36, hier S. 27 f.). Die Universalitätsthese verschleiert die wahren Umstände der „Geburt der Strafe“; vgl. Viktor Achter, Die Geburt der Strafe, Frankfurt 1950.

¹¹ Wenn man von einer sozialen Institution weiß, daß sie untrennbar zum menschlichen Zusammenleben gehört, ist es unvernünftig, ihre Existenz zu kritisieren. So macht es z. B. genauso wenig Sinn, auf der Ebene der „zweiten Natur“ des Menschen die Existenz von Normen per se zu kritisieren, wie wenn man auf der Ebene der „ersten Natur“ die Tatsache kritisiert, daß Menschen lediglich zwei Augen im Kopf zu haben pflegen, die zudem auch noch beide nach vorne gerichtet sind (statt auch noch über Augen am Hinterkopf und an Schläfen zu verfügen). Erhebt man eine nicht-universelle Institution wie die Kriminalstrafe in den Rang einer Universalie, so degradiert man gedankliche Infragestellungen ihrer notwendigen Existenz damit gleichzeitig zum Inbegriff von Absurdität. Jede prinzipielle Kritik der Kriminalstrafe als sozialer Institution muß gleichsam „verrückt“ erscheinen, jede abolitionistische Perspektive – selbst noch in ihrer mildesten, Radbruchschen Version – stünde unter Nonsens-Verdacht.

kein Staat und keine Gesellschaft ohne Strafe oder strafähnliche Maßnahme ausgekommen ist¹² (*Jürgen Baumann*), dann steht auch für die Zukunft nicht zu erwarten, daß es sich lohnen könnte, über gesellschaftliche Bedingungen nachzudenken, die das Strafrecht nicht nur inkremental verbessern, sondern einen prinzipiellen „Ersatz des Strafrechts durch Besseres“¹³ (*Gustav Radbruch*) ermöglichen würden. Die Möglichkeit einer herrschaftskritischen Perspektive und einer ernsthaften Befragung des Strafrechts vor dem Horizont seiner Verzichtbarkeit werden damit aus dem Spektrum dessen, worüber sich vernünftig reden läßt, eskamotiert. Dies ist nun allerdings unter dem Gesichtspunkt der wissenschaftlichen Bewährung von Straftheorien ebenso nachteilig, wie es unter dem Gesichtspunkt der Herstellung einer Anscheins-Legitimation der Strafe nützlich ist.

Die Universalitätsthese verschleiert die Funktion des Strafrechts als Instrument des Selbstschutzes der staatlichen Autorität, dessen Grausamkeit im Vergleich zur Milde der gesellschaftlichen Kompensations-Mechanismen allein aus seiner Zusatzfunktion der Darstellung unumschränkter Übermacht herrührte. Durch ihren *autoritäts-legitimierenden bias* blockiert sie nicht nur die Neugierde im Hinblick auf prinzipielle Alternativen zur „strafenden Vernunft“, sondern verhindert überhaupt die analytische Trennung zwischen Funktionsmodi der Strafe, die auf die *Selbstdarstellung der Macht* und solchen, die auf den *Schutz von Rechtsgütern* abzielen. Eventuelle Zielkonflikte zwischen der politischen Aufgabe der Strafe als Einschüchterung von Widerspruch und der sozialen Aufgabe der Strafe als Genugtuung für das Opfer und als *Manifestation des Rechts*¹⁴ kommen auf diese Weise gar nicht erst in das Blickfeld. So nährt die Universalitätsthese den Glauben, die Kriminalstrafe sei Ausdruck *gesellschaftlicher Gerechtigkeitserwartungen*, unterschlägt aber die relative Distanz der *Strafgerechtigkeit* vom Reziprozitätsprinzip und den Mehraufwand, der zu ihrer Legitimation aufgrund ihrer Herrschaftsfunktionen erforderlich ist. Sie läßt die Kriminalstrafe als Ausdruck einer höheren Vernunft erscheinen, während Soziologen wissen, daß sie im Gegensatz zu nichtstrafrechtlichen Regelungen ihre Befriedigungswirkung weniger ihrer Vernünftigkeit verdankt als dem Zum-Schweigen-Bringen von Dissens.¹⁵

¹² *Jürgen Baumann* (Anm. 10), S. 28.

¹³ *Gustav Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., nach dem Tode des Verfassers besorgt von *Konrad Zweigert*, Stuttgart 1969, S. 151.

¹⁴ Vgl. zur Einschüchterungsfunktion seinerzeit sehr klar: *Friedrich Schaffstein*, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStR 1937, 335 ff.; zur heutigen Normverdeutlichungsfunktion hingegen *Felix Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, Frankfurt 1987.

¹⁵ Vgl. *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt 1983.

Das Dilemma der Strafrechtswissenschaft

Die Universalitätsthese erlaubt aber vor allem eine Scheinlösung für das Dilemma, in dem sich die Strafrechtswissenschaft aufgrund der *empirischen Wende* seit einem guten Jahrhundert befindet. Denn nachdem die Strafe von den Anfängen der spätantiken Scholastik bis in das 19. Jahrhundert hinein metaphysisch gerechtfertigt worden war,¹⁶ galt es mit der Entzauberung der Welt gleichsam von heute auf morgen (nämlich von einem Jahrhundert auf das andere), die Strafe als notwendiges Mittel sozialer Kontrolle zu rechtfertigen. Das war leichter gesagt – *Franz v. Liszt* tat dies im Marburger Programm von 1882 mit den Worten: „Nur die notwendige Strafe ist gerecht“¹⁷ – als getan. Es zu tun, das hatte *v. Liszt* immer wieder beschwörend angemahnt. Aber das hätte bedeutet, die Eignung der Strafe als Mittel zum Zweck zu überprüfen und Straftheorien als Hypothesen zu behandeln, die sich an Falsifizierungsversuchen zu bewähren und damit probabilistisch der Anerkennung als Wahrheit anzunähern hätten. (Ein solches Interesse der Strafrechtswissenschaft an der Bewährung ihrer Theorien wäre, auch wenn es von gegensätzlichen Erwartungen getragen wäre, identisch gewesen mit dem Interesse der Abolitionisten an der radikalen Kritik der Strafe.) Die Strafrechtswissenschaft freilich hat ihrer „großen Aufgabe... in keiner Weise genügt.“¹⁸ So steht sie denn heute noch vor dem Dilemma, einerseits die Notwendigkeit der Strafe als empirische Tatsache behaupten zu müssen, andererseits aber über keine hinreichenden Belege für die sie rechtfertigende soziale Notwendigkeit

¹⁶ Die Strafe war ein Leidensübel, das dem Täter wegen seines Handlungsübels auferlegt werden mußte, und die *Notwendigkeit* der Strafe war ihrer Natur nach metaphysisch, nicht sozial. Sie ergab sich aus dem göttlichen Heilsplan (*Augustinus*), aus der Natur (*Grotius*) oder aus den Prinzipien der rationalen Metaphysik *a priori* (*Kant*). In ihrer axiomatischen Grundstruktur, die sie jeden Bezugs auf die soziale Wirksamkeit der Strafe entthob, war die Straftheorie zu Beginn des Mittelalters nicht anders als zu Beginn des Industriezeitalters: die Strafe war ein sich selbst rechtfertigendes *malum passionis quod infligitur propter malum actionis* – und bestraft wurde aus Gründen einer metaphysisch verankerten Reziprozität und Proportionalität: „hat er aber gemordet, so muß er sterben“ (*Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre), 1. Aufl., Königsberg 1797, S. 199 (2. Aufl., 1789, S. 229), zitiert nach der Darmstädter Ausgabe (*Wilhelm Weischedel* [Hrsg.], Immanuel Kant. Werke in zehn Bänden, Bd. 7, Darmstadt 1968, S. 455). Unter dem Gesichtspunkt der Legitimation hat die Metaphysik der Strafe den Vorteil, daß sie eigentlich „per definitionem immer funktioniert“ (*Walter Kargl*, Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht. Schlußfolgerungen aus dem Milgram-Experiment, Heidelberg 1995, S. VI).

¹⁷ *Franz v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), S. 1–47, hier S. 31.

¹⁸ So *v. Liszt* (Anm. 17), S. 47.

zu verfügen. Die Hausaufgaben, die *Franz v. Liszt* ihr vor über 100 Jahren aufgegeben hatte, hat sie nie gemacht.

Unerledigte Aufgaben

Verfolgt das Strafrecht legitime Interessen? Ist es im Hinblick auf seine soziale Aufgabe in seiner Struktur, seinen einzelnen Tatbeständen, Sanktionsandrohungen und Sanktionen geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren, auf den Kernbereich individueller Rechte abstellenden Sinne? Diese Fragen, von *Franz v. Liszt* auf die Tagesordnung gesetzt, wurden auch durch die Menge empirischer Normgenese- und Sanktionsforschung bis heute nicht beantwortet. Bedarf es wirklich des Strafrechts, um „die *fundamentalen Normen* öffentlich zu *behaupten* und zu *sichern* (. . .) die Freiheitsgrenzen auszuzeichnen, die jeder Bürger einhalten muß, damit wir zusammen existieren können“, bzw. um ein „Vorbild humanen Umgangs mit Abweichung“ zu liefern?¹⁹

Erforderlich wäre eine Evaluation der Institution der Kriminalstrafe *en gros* und *en détail*. Unter dem Gesichtspunkt der *Zweckrationalität* gälte es Alternativen auf ihre bessere Eignung hin zu prüfen. Es gälte Fragen zu stellen wie die, ob nicht das Strafrecht (etwa im Drogenbereich, aber auch anderswo) Gefahr läuft, durch inadäquate strukturelle Kopplung²⁰ mit seinen jeweiligen Regelungsbereichen und durch systemische Interventionen in kommunikativ organisierte Lebenswelten²¹ genau die Bereiche zu schädigen, welche die *ratio legis* schützen will. Wäre eine staatliche Selbstbeschränkung

¹⁹ *Winfried Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990, S. 326; vgl. auch *Jan Philipp Reemtsma*, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem, München 1999, S. 21, der die Theorie der positiven Generalprävention als Rahmentheorie und damit die Grundfunktion der Strafe in der „Verdeutlichung der Gültigkeit von Normen“ sieht: „Wer eine gesetzte Norm übertritt, hat unangenehme Folgen zu gewärtigen... Das Maß der Strafe orientiert sich insofern an der Idee der Vergeltung, als der Sozialverband in der Strafandrohung deutlich macht, für wie hochwertig er das verletzte Rechtsgut hält – anders ausgedrückt: für in welchem Grade seine Mitglieder das Leben in einer Gesellschaft für unerträglich halten würden, in der die betreffende Norm nicht gälte. Über das Ziel der Normverdeutlichung läßt sich ohne Schwierigkeiten begründen, warum ein Verbrechen bestraft werden muß, auch wenn kein Risiko besteht, daß der Täter wieder straffällig wird, noch eine abschreckende Signalwirkung angenommen werden kann.“

²⁰ *Gunther Teubner*, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, S. 290–344, hier S. 316.

²¹ Vgl. *Jürgen Habermas*, Theorie kommunikativen Handelns, Band II, Frankfurt 1981, S. 522 ff.

vorzuziehen, die sich damit begnügte, Prozesse der Selbststeuerung anzustoßen und schützend zu begleiten? Wäre es denkbar, nicht das Ergebnis, sondern die Beachtung prozeduraler Gerechtigkeitserfordernisse vorzuschreiben?²² All solchen im einzelnen auszubuchstabierenden Alternativen (Inspirationsquellen: *negotiated regulations*, *officially sponsored indigenous law*, *Prozeduralisierung des Rechts*, *reflexives Recht*, *responsive law*, *Relationierungsprogramme*, *Vernetzung von semi-autonomous social fields*) ist die *Grundtendenz von der Verstaatlichung zur Vergesellschaftung* und zum Ernstnehmen der Subsidiarität des Strafrechts gemeinsam.²³

Das führt zu einem veränderten Verhältnis von Staat, Bürger und Gesellschaft unter den Bedingungen spät- oder gar postmoderner Werte. Immerhin handelt es sich beim Strafrecht im wesentlichen um vorkonstitutionelles Recht, das „genaugenommen“ der sorgfältigen Prüfung seiner Vereinbarkeit mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bedarf. Ob man es so wie es ist nach 1949 geschaffen hätte, wenn es damals nicht schon existiert hätte? Einen solchen Legitimitätsbonus wird man ihm wohl nicht gewähren können. Eher wohl müßte man sagen: *in dubio pro libertate*. Denn seine Notwendigkeit hat das Strafrecht im Laufe der Geschichte allenfalls als Ausdrucksmittel von Autoritätsverhältnissen unter Beweis gestellt.²⁴ Je intensiver die Staatsverehrung, desto geringer die Reibungsverluste zur wahlverwandten Institution des Strafrechts, dressurartiger Kindererziehung²⁵ und sonstigen Prägeapparaturen des „autoritären Charakters“.²⁶ Das Strafrecht lehrt ja nicht den Respekt vor Leib und Leben der Mitbürger, sondern bestenfalls den Verzicht auf Angriffe aus Angst vor der Autorität und Gehorsam gegenüber dem

²² Vgl. *Teubner* (Anm. 20), S. 340; in diesem Zusammenhang wäre auch *Höffes* Unterscheidung von vollkommener, reiner und unvollkommener Verfahrensgerechtigkeit (*ders.* [in diesem Band] S. 307 ff., 332 ff.) für eine Strafrechtsreform fruchtbar zu machen.

²³ Vgl. *Teubner* (Anm. 20), S. 292.

²⁴ So hat denn die Kriminalstrafe schon „den mittelalterlichen Obrigkeiten um so näher gelegen, je schwächer und ohnmächtiger sie sich im kümmerlichen Umkreis ihrer Staatlichkeit, bei der Kleinheit ihrer Machtbereiche, bei der meist herrschenden Unsicherheit der politischen Verhältnisse haben fühlen müssen“ (*Schmidt* [Anm. 1], S. 67 f.), aber auch den englischen Herrschern zu Beginn des 18. Jahrhunderts (*Black Acts*) wie auch dem untergehenden *Ancien Régime* und den *Jakobinern* an dessen Ende, dem von Demokratie und Sozialismus bedrohten *Gottesgnadentum* des 19. und den ebenso herrschsüchtigen wie *paranoiden Totalitarismen* des 20. Jahrhunderts. Je autoritärer eine Gesellschaft, desto „natürlicher“ wird es erscheinen, daß der Staat das eigentliche Opfer jedes Verbrechens ist, da man vor allem die Verletzung des Gewaltmonopols betrachtet.

²⁵ Vgl. die Quellensammlung von *Katharina Rutschky* (Hrsg.), Schwarze Pädagogik. Quellen zur Naturgeschichte der bürgerlichen Erziehung, Frankfurt/Berlin/Wien 1977, und *Alice Miller*, Am Anfang war Erziehung, Frankfurt 1980, besonders S. 17–112.

²⁶ *Theodor W. Adorno u. a.*, The Authoritarian Personality, London 1950.

Staat.²⁷ Es paßte in eine Zeit, die das Wesen der Strafe in der „Herstellung der Herrlichkeit des Staates durch die Vernichtung oder das Leiden dessen, der sich wider sie empört hat“ (Stahl²⁸), im Schutz der „Herrlichkeit des Gesetzes“ oder in der „Unterwerfung des Verbrechers unter die Rechtsherrlichkeit“ (Binding²⁹) sah. Aber passen seine Funktionsmodi, Rationalitätskriterien und Organisationsformen noch in die weniger autoritär strukturierte Gesellschaft?

Die offene Gesellschaft ist sensibler als die autoritäre für das „falsche Allgemeine des Staates“. Es spricht für sie, daß sie es nicht vermag, auch noch in der Todesstrafe das Ideal höchster Vernunft zu erblicken, und daß es ihr insgesamt wohl weniger (wie noch Hegel) um die Vernunft als um die Unvernunft der Strafe geht.³⁰ Sie ist eher bereit, die Opferinteressen ernst zu nehmen und als wichtigen Teil der Allgemeininteressen zu behandeln, aber weniger, zu den Allgemeininteressen auch das Interesse der Autorität an Auto-Affirmation ihrer einschüchternden Übermacht zu zählen oder sich gar vom Gesetzgeber täuschen zu lassen.³¹ Sie würde schließlich Zweifel anmelden an der Möglichkeit und Legitimierbarkeit einer zentralen und ganz allgemein geltenden Strafgesetzgebung, beziehungsweise an der Haltbarkeit der dieser zugrundeliegenden Hypothese, der Gesamtbedarf an Strafnormen ließe sich zentral ermitteln.³²

²⁷ Schon Hobbes hatte den Sinn der Strafe im Terror der Staatsmacht gesehen und in dessen Wirkung auf die Untertanen, daß sie „thereby the better be disposed to obedience“; siehe Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), Chapter 28, in: William Molesworth (Hrsg.), *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, London 1839, S. 297 (zitiert nach Thomas Vormbaum [Hrsg.], *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*. Bd. I, Baden-Baden 1993, S. 43).

²⁸ Friedrich Julius Stahl, *Philosophie des Rechts* (1830), zitiert nach Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Kapitel Strafrecht, 12. Aufl. (nach dem Tode des Verfassers besorgt von Konrad Zweigert), Stuttgart 1969, S. 135.

²⁹ Karl Binding, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1907, S. 228, 235, zitiert nach Naucke (Anm. 1), *Die Aushöhlung...*, S. 487 f.

³⁰ Hauke Brunkhorst, *Sozialtherapie – Schuld – Strafe*, in: Siegfried Müller/Hans-Uwe Otto (Hrsg.), *Damit Erziehung nicht zur Strafe wird*, Bielefeld 1986, S. 17–28, hier S. 18 f.

³¹ Vgl. Winfried Hassemer, *Die Tauglichkeit des modernen Strafrechts*, in: Lambros E. Kotsiris (Hrsg.), *Law at the Turn of the 20th Century*, Thessaloniki 1994, S. 199–217, besonders S. 212.

³² Das Problem mit der Planwirtschaft war, daß es unmöglich war, in Moskau von Bürokraten den Bedarf aller Bürger an Nägeln, Telefonen und Hosenkнопfen zu bestimmen – ganz abgesehen davon, daß die Planbürokratie sicher nicht alle Wünsche und Bedürfnisse registriert, sondern nach ihren eigenen Kriterien entschieden hat, was als berechtigter Bedarf durchgehen sollte und was nicht. Genaugenommen gibt es aber eben auch sehr viele verschiedene Normen- und Wertesysteme in der Gesellschaft, und ob unsere gegenwärtigen öffentlichen Entscheidungsverfahren wirklich dazu geeignet sind, alle wichtigen Aspekte der Situation gebührend zu

Die Entstaatlichung der Reaktion auf Verbrechen würde es erlauben, die heute noch sehr schwache Bereitschaft, die Interessen der Beteiligten wieder stärker zu berücksichtigen, mit Realitätsgehalt zu füllen. Es wäre dies eine Parallelentwicklung, aber auch ein Instrument zur allmählichen Herausbildung einer *civil society*, einer selbstbewußten Bürgergesellschaft, die ihren eigenen Initiativen, Normen und Verantwortlichkeiten mehr zutraut als der Delegation an den Staat, und die sich ganz allmählich erneut zu denken trauen könnte, was Friedrich Nietzsche ansprach, als er meinte, es „wäre ein *Machtbewußtsein* der Gesellschaft nicht undenkbar, bei dem sie sich den vornehmsten Luxus gönnen dürfte, den es für sie gibt – ihren Schädiger *straflos* zu lassen.“³³

Kritik der strafenden Vernunft

Der nur scheinbare Vorteil der Universalitätsthese ist es nun, die empirische Überprüfung der Notwendigkeit der Strafe mit dem Stigma der Überflüssigkeit, wenn nicht völliger Unvernunft zu belegen – der Strafrechtswissenschaft also vorzuspiegeln, daß sie ihre Hausaufgaben bereits als erledigt betrachten dürfe. Dabei kommt ihr zupaß, daß sie ja einerseits einen prinzipiell empirischen Sachverhalt bezeichnet und damit dem „modernen“ Bezugsrahmen gerecht wird, daß sie aber andererseits als eine neue *ratio scripta* scholastischen Angedenkens fungieren kann, die jeden ernsthaften Falsifikationsversuch als eine Art Revolte gegen Gebote höherer Einsicht erscheinen läßt. Die Notwendigkeit und damit die Legitimation der Strafe gilt es aber in Wirklichkeit erst noch zu überprüfen – selbstkritisch, ohne Scheuklappen und Subalternität; Widerlegung anstrebbend. Und das heißt: mittels einer *Kritik der strafenden Vernunft* im Blick auf eine *Ethik des Nicht-Strafens*.

berücksichtigen, bzw. aus den Informationen, die tatsächlich berücksichtigt werden, auch die richtigen Schlußfolgerungen zu ziehen, darf wohl bezweifelt werden (vgl. Nils Christie, *Conflicts as Property*, *British Journal of Criminology* 17 [1977], 1–15; John Burnheim, *Über Demokratie. Alternativen zum Parlamentarismus*, Berlin 1985). Der Gedanke, daß die zentrale Normwirtschaft nicht alternativlos ist, mag uns neu erscheinen, doch das spricht nicht unbedingt gegen ihn.

³³ Friedrich Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*. Vollständige Ausgabe nach dem Text der Erstausgabe (Leipzig 1887), München 1983, S. 60; Otfried Höffe kann dieses Zitat als positives Beispiel der von ihm offenbar weniger geschätzten (abolitionistischen) Strafrechtskritik – der er ja vorzuwerfen scheint, „sich in moralisierenden Pauschalvorwürfen zu gefallen“ (*ders.* [in diesem Band] S. 307 ff.) – nur deshalb vorhalten, weil er nicht weiß, wie sehr diese gerade das tut, was er verlangt, nämlich zu „überlegen, wie eine Gesellschaft aussehen müßte“, die auf die Strafe verzichten könne; vgl. Nils Christie, *Grenzen des Leids*, Bielefeld 1986; Louk Hulsman/Jacqueline Bernat de Celis, *Peines Perdues*, Paris 1982.