

Ethik und Sozialwissenschaften

Streitforum für Erwägungskultur

Herausgegeben von

Frank Benseler, Bettina Blauck, Reinhard Keil-Slawik, Werner Loh

E_uS
12

Jg. 12/2001 Heft 1

Sonderdruck

.....

Fortsetzungs-Hauptartikel

Günter Ropohl: *Der Informationsbegriff im Kulturstreit*

Kritik Rafael Capurro, Michael Drieschner, Dieter Gernert, Werner Gitt, Matthias Gutmann, Klaus Haefner, Wolfgang Hesse, Herbert Hörz, Jürgen Krause, Heinz Liebscher, Alfred Locker, A. L. Luft, Hans Marko, Stefan Meretz, Frieder Nake, Hans A. Rosenthal und Klaus Fuchs-Kittowski, Jürgen Schröder, Thomas B. Seiler, Horst Völz

Stellungnahme

Peter Janich: Ein Streit der Kulturen?

Replik Günter Ropohl

.....

Hauptartikel

Sebastian Scheerer: *Kritik der strafenden Vernunft*

Kritik Hans-Jörg Albrecht, Reiner Anselm, Antonio Beristain, John R. Blad, Lorenz Böllinger, Nils Christie, Axel Dessecker, Peter Fischer, Helmut Fleischer, Werner Greve, Otto Hansmann, Günther Jakobs, Siegfried Müller, Jan Philipp Reemtsma, Dieter Rössner, Eberhard Schmidhäuser, Hannelore Schröder, Gerlinda Smaus, Franz Streng, Christian Strub, Siegfried Uhl, Hans Westmeyer, Jean-Claude Wolf

Replik Sebastian Scheerer

.....

René

LUCIUS
LUCIUS



Kritik der strafenden Vernunft*

Sebastian Scheerer

Zusammenfassung: Jede Strafe, die nicht aus unabdingbarer Notwendigkeit folgt, ist tyrannisch. Heute sagt das *ultima ratio* Prinzip dasselbe wie dieser radikale Satz Montesquieus: die Strafe ist kein beliebiges Mittel zur Steuerung menschlichen Verhaltens, sondern - wegen ihrer besonderen Eingriffsintensität - dasjenige, zu dem überhaupt erst gegriffen werden darf, wenn es nicht mehr anders geht. Das, was die Strafe legitimerweise zu tun versucht, läßt sich aber auch anders und besser erreichen. Als unabdingbare Notwendigkeit erscheint deshalb weniger die Strafe als ihre Ersetzung durch Besseres.

Summary: The existence of the peculiar social institution of criminal punishment is being justified as an absolute social necessity. A closer look at the reasons given for this alleged necessity reveals it as a complacent myth. As far as punishment does pursue legitimate social aims it does so with little efficiency. While it is part of the legitimating discourse of punishment that it hardly ever considers searching for attractive functional equivalents, changing power relations between the state and civil society are nevertheless making it promising to subject the ideology of punitive reason to the reflexive reason of a new enlightenment.

"Jede Strafe, die nicht aus unausweichlicher Notwendigkeit folgt, sagt der große Montesquieu, ist tyrannisch; ein Satz, der wie folgt sich verallgemeinern läßt: jeder Akt der Herrschaft eines Menschen über einen Menschen, der nicht aus unausweichlicher Notwendigkeit folgt, ist tyrannisch."
 Cesare Beccaria, Über Verbrechen und Strafen. Livorno 1764 (Frankfurt 1966: 52)

Strafe muß sein (I)

((1)) *Strafe muß sein.* So heißt es ganz allgemein. Aber warum? Vor allem wohl deswegen, weil man sich die Welt ohne sie nicht vorstellen kann. Nicht einmal die großen Utopien der Weltliteratur wollten ja je so weit gehen:

- in Thomas Morus' Utopia (1516/1960: 83), immerhin einem *Vernunftstaat* (auf einer fernen Insel), war die Strafe subsidiär und milde (gemeinnützige Arbeit); zeigten sich Verurteilte jedoch *widerspenstig und aufsässig*, so wurden sie *totgeschlagen*
- in Tommaso Campanellas Sonnenstaat (1623/1960: 151) war man nach zwei Tagen mit Prozeß und Berufung am Ende; am dritten wurde der Missetäter begnadigt. Oder hingerichtet. Wer nicht vom Volke *erschlagen oder gesteinigt* wurde, sondern die Todesart selbst wählen durfte, häufte *kleine Säckchen mit Schießpulver um sich* und zündete sie *selbst an*. Die Umstehenden ermahnten ihn dann, *anständig zu sterben*; war er verbrannt, beklagten sie, wieder einmal gezwungen gewesen zu sein, *ein rüdiges Glied des Staates auszumerzen*
- Lemuel Gulliver lernte zwar im Königreich Blefuscu (Swift 1726/1979: 25) ein *gratifizierendes System* (D. Frehsee) kennen, das eigentlich durch *Belohnung von Normtreue* statt Strafe wirken wollte; dennoch: Betrug und Verleumdung, z.B., kamen vor (und beides wurde *in den meisten Fällen mit dem Tode bestraft*).

((2)) Die ängstliche Nähe der Utopien zur jeweiligen zeitgenössischen Praxis sagt aber mehr über die *Schwerkraft der Phantasie* als über ein *Beharrungsvermögen der Realität* aus. Auch die Abschaffung der *Strafe in der Erziehung* vermochte man sich lange nicht vorzustellen. Noch im 19. Jahrhundert hieß es: *der Wille des Kindes muß gebrochen werden, d.h. es muß lernen, nicht sich selbst, sondern einem anderen zu folgen*. Der Mensch sei schlecht, so die Argumentation, und deshalb bedürfe er der Strafe - aber bei Bedarf ging es auch *vice versa*: *daß eine solche Notwendigkeit vorliegt, ist ein Beweis von der angeborenen Verderbnis des menschlichen Wesens ... weil das Dichten und Trachten des Menschen böse ist von Jugend auf, weil menschliche Vergehungen und menschliches Irren, die Strafe verdienen, mannigfaltig und vielgestaltig sind, wird die Erziehung der körperlichen Züchtigung niemals (...) entbehren können.*¹ - Heute ist das Thema *Strafe* aus den Theorien der Erziehungswissenschaft, den Traktaten der Eltern- und Erziehungsberatung und aus der Praxis so gut wie verschwunden. Von einer Institution der Strafe in der Erziehung kann man nicht mehr sprechen. Angesichts der *Disziplinprobleme*, denen man sich (im Tausch?) inzwischen in den Schulen ausgesetzt sieht, ist das Glück dieses Fortschritts nicht ungetrübt. Aber deshalb die Strafe wieder einführen - den Rohrstock gar, abgezählte Schläge auf Hand oder Hintern? Das erschiene absurd.

((3)) Verbrechen und Strafe kann man sich heute genauso wenig wegdenken wie damals die pädagogische Strafe. Sie sind eben ewige Zwillinge, so scheint es, zumindest solange die *Menschen nicht Tiere oder Heilige werden* (Schmidhäuser 1971: 106). Die *Vorstellung von der Normalität*, wenn nicht *Natürlichkeit* der Strafe ist denn auch der mächtigste Stützpfeiler dieser *sozialen Institution*.

Strafe muß sein (II)

((4)) Der uralte und breit geführte *Diskurs über die Strafe* in Theologie, Philosophie und den Wissenschaften zeigt freilich ein Rechtfertigungsbedürfnis an, das darüber hinaus geht. Einige Gründe dafür dürften sein:

- 1 *Strafe heißt, absichtlich ein Übel zuzufügen*²
- 2 ihre Affinität zu, aber zugleich auch strukturelle *Inkongruenz mit dem* (legitimationserleichternden) Prinzip der *Reziprozität*³
- 3 ihre *befehlsartige Unmittelbarkeit*, die zu den Steuerungsmedien einer sich immer weniger nach Befehl und Gehorsam organisierenden, funktional differenzierten Gesellschaft querliegt
- 4 das *Skandalon*, daß sich die Mehrheit der Bestraften aus Individuen mit beschädigten Biographien rekrutiert, daß der Staat also mit der Strafe *gegen* den Verbrecher nachholt, was er *für* ihn zu tun versäumt hatte⁴
- 5 ihr schwieriges Verhältnis zur Forderung der *christlichen Ethik, Böses nicht mit Bösem zu vergelten, sondern mit Gutem zu überwinden*⁵
- 6 ihre Paradoxie, als *Barriere gegen Kriminalität* gedacht zu sein, zugleich aber als *Produzentin von Kriminalität* zu wirken⁶
- 7 ihr *vorkonstitutioneller Charakter*, d.h. die Tatsache, daß sie ihre Struktur und ihren Inhalt weitgehend anderen sozialen Verhältnissen und Wertorientierungen verdankt als denen einer *offenen Gesellschaft*.⁷

((5)) Die *Geschichte der Straftheorien* ist allerdings keine Theoriegeschichte im Sinne kritischen Denkens. Von der römischen Spätantike bis zu den Postglossatoren ergab sich die Notwendigkeit der Strafe aus der *ratio scripta*.⁸ Aber auch später hätten Kritiker Kopf und Kragen riskiert - etwa im Hochmittelalter, als sich die Herren der Strafgewalt bis zu einer *unfaßlichen Grausamkeit* steigerten, je schwächer und ohnmächtiger sie sich im kümmerlichen Umkreis ihrer Staatlichkeit, bei der Kleinheit ihrer Machtbereiche, bei der meist herrschenden *Unsicherheit der politischen Verhältnisse* vorkommen mußten (Schmidt 1965: 65, 67). Hobbes meinte, es sei ein *kapitales Staatsverbrechen*, wenn Untertanen sich von der *Quelle der öffentlichen Vernunft* ein eigenes Bild machen oder gar zwischen *Tyrannie* und *guter Herrschaft* unterscheiden wollten;⁹ auch Kant dachte ähnlich.¹⁰ Und noch heute scheint sich die Straftheorie nur in dem Maße um eine Begründung der Strafe zu kümmern, als es um die Anschlußfähigkeit des Vokabulars an die herrschenden Sprachspiele geht, letztlich also "um ihre zeitgerechte Konstruktion zu erweisen" (Hassemer 1983: 56). Wenn die Rechtfertigung der Strafe immer wieder ganz zwanglos zu gelingen scheint, dann hat das also nicht unbedingt etwas mit der Qualität der Argumente zu tun.

((6)) Vor allem im auratisch verklärten Staat florierte die Strafeidee. Wo - wie in Hegels *Vorrede zur Philosophie des Rechts* - der Staat als *Wirklichkeit der sittlichen Idee, Wirklichkeit der konkreten Freiheit* und als *das an und für sich Vernünftige* ("Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig") gefeiert wird¹¹, feiert man automatisch auch die Strafe als *Herstellung der Herrlichkeit des Staates durch die Vernichtung oder das Leiden dessen, der sich wider sie empört hat* (F. J. Stahl). Die Strafe - das ist die *Unterwerfung*

des Verbrechers unter die Rechtsherrlichkeit - und man bedarf ihrer, um die *Herrlichkeit des Gesetzes* auszudrücken.¹² Ähnlich verhielt es sich in der Erziehung¹³ - und den anderen Präganstalten des *autoritären Charakters*.¹⁴

Ein notwendiges Übel?

((7)) Dabei ist es merkwürdig, daß alle Welt zwar seit jeher die Überzeugung zu teilen scheint, daß die Strafe notwendig sei, daß aber überhaupt keine Einigkeit darüber besteht, warum. Auch wird der Begriff der *Notwendigkeit* mit unterschiedlichen Inhalten gefüllt. Von Augustinus bis Kant war die Notwendigkeit eine *transzendente*: weil zwischen den beiden Arten des Schlechten, die es in der Welt gibt (dem, *das man tut*, d.h. der Sünde, und dem, *das man erleidet*, d.h. der Strafe)¹⁵, ein starrer Vergeltungszusammenhang der Art besteht, daß nur das Erleiden des Strafübels die Sündenschuld tilgen kann und muß, muß Strafe so lange sein, wie es Sünde gibt. Dieser Gedanke kommt uns auch heute noch bekannt vor.¹⁶ Kants Theorie war ein nur scheinbar säkularisierter Widerschein derselben transzendentalen Ökonomik des Heils.¹⁷ Erst mit Franz v. Liszts Marburger Programm von 1882 kam es zur empirischen Wende der Straftheorie, die uns im folgenden interessieren wird.

((8)) Notwendigkeit wurde nunmehr verstanden als empirische Zweck-Mittel-Relation: "Die richtige, d.h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe. (...) Nur die notwendige Strafe ist gerecht. Die Strafe ist uns Mittel zum Zweck. Der Zweckgedanke aber verlangt Anpassung des Mittels an den Zweck und möglichste Sparsamkeit in seiner Verwendung." (v. Liszt 1883: 31 f.).¹⁸ Die Notwendigkeit der Strafe wurde von einer *nur darzustellenden Gewißheit zu einer überprüfungsbedürftigen Hypothese*.

((9)) Seither regiert die *strafende Vernunft* - eine instrumentelle, diesseitige, auf Zweck-Mittel-Relationen bezogene Rationalität, die den Sinn und die Rechtfertigung der Strafe in ihrem Beitrag zur Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung sieht. Seither geht man davon aus, daß die Strafe im säkularisierten Verfassungsstaat *nur eine soziale*, aber *keine sittliche, keine moralische und keine religiöse* Aufgabe mehr habe (Baumann 1984: 33 f.). Seit der *empirischen Wende* ist die Strafe entweder als notwendiges Übel zur Wahrung der empirischen Ordnung gerechtfertigt - oder sie ist es nicht. Das ist ein historisches Novum - und macht die Institution abhängig von der Empirie. "Wie der Richter Strafe nicht verhängen darf ohne Beweis für die Schuld des Täters, so darf der Gesetzgeber Strafe nicht ohne Beweis für ihre Erforderlichkeit androhen" (Hanack 1969: 37; Müller-Dietz 1973: 21). Beweisen muß er, daß das Gut, das er schützen will, nicht nur ein *für die Ordnung wesentliches* ist, sondern auch *unbedingt durch das Strafrecht geschützt* werden muß (Naucke 1964: 41). Diese Arbeit wäre freilich erst noch zu leisten.¹⁹

Vorüberlegungen zur Kritik

((10)) *Zum Problem wird die Strafe* nur, wenn die *Gewaltverhältnisse selbst zum Problem* werden. Aus diesen Augenblick-

ken (Klassik, Aufklärung, Vormärz, Weimarer Republik, 1968) ist überhaupt nur die Perspektive einer Überwindung der Strafe überliefert:

- Unrecht bleibt Unrecht, auch wenn es durch vergangenes Unrecht motiviert ist (Sokrates);
- alle Strafe im Sinne einer Übelszufügung wegen einer Übelszufügung gehört selbst in die Reihe des Rechtswidrigen, also des Verbrechens (Krause);
- Ziel der strafrechtlichen Entwicklung bleibt: nicht die Verbesserung des Strafrechts, sondern der Ersatz des Strafrechts durch Besseres (Radbruch).²⁰

((11)) Im folgenden wird möglichst voraussetzungslos argumentiert. Es wird also nicht z.B. eine christliche (oder vernunftkritische oder anarchistische) Weltanschauung vorausgesetzt und dann die Kritik der Strafe aus dieser Weltanschauung abgeleitet. Auch soll die Ersetzbarkeit der Strafe nicht aus Axiomen - wie dem definitionstheoretischen, das von vornherein im Richter den *eigentlichen Täter* und im *Straftäter das eigentliche Opfer* sieht - deduziert oder von der Kritik einzelner Erscheinungsformen (z.B. Todesstrafe; Gefängnisse) auf die gesamte Institution übertragen werden.²¹

1. These: Strafe ist kein Kulturerbe der Menschheit

((12)) Seit man sich nicht mehr auf die Transzendenz berufen kann, um die Institution der Strafe zu rechtfertigen, ist die Versuchung groß, sich des Beistands der nächsthöheren Autorität zu versichern, indem man die Notwendigkeit der Strafe in der *Natur des Menschen* als *zoon politikón* und der *Natur jeder sozialen Ordnung* (welcher Art auch immer) verankert. Wäre die Strafe, wie es die heutzutage hauptsächlich oder auch nur noch von Strafrechtswissenschaftlern vertretene *Universalitätsthese* behauptet, tatsächlich ein *elementares Prinzip* aller menschlichen Gemeinschaften und Gesellschaften, der *entwickeltesten wie der am wenigsten fortgeschrittenen*, dann wäre es illusionär anzunehmen, es könne einmal ohne sie gehen.

((13)) Ein *Nachweis der Universalität der Kriminalstrafe* wäre für jedes nationale Strafrecht, mehr aber noch für ein kommandes *Weltstrafrecht* eine große Hilfe. Die Existenz der Strafe ließe sich als Ausdruck *gesellschaftlicher Gerechtigkeitswartungen* definieren; die Institution erschiene als Ausdruck *elementarer Bedürfnisse der* und nicht von *Herrschaft über die* Gesellschaft.²² Strafe wäre *vernünftig* und nicht nur funktional, um Dissens durch verfahrensmäßige Einbindung und Einschüchterung zum Schweigen zu bringen.²³ Die Suche nach Alternativen zur Strafe wäre von vornherein aussichtslos - geriete es dann doch gar nicht erst in den Horizont des Möglichen, daß sie ebenso verschwinden könnte, wie es andere Institutionen des Rechtszwangs vor ihr taten. Prinzipielle Kritik an der Strafe trüge von vornherein das Stigma der Unvernunft. Wenn eine soziale Institution untrennbar zum menschlichen Zusammenleben gehört, ist es unvernünftig, ihre Existenz zu kritisieren.

((14)) Heute findet sich die Universalitätsthese fast nur noch im *Rechtfertigungsdiskurs* des Strafrechts. Teilnehmern an diesem Diskurs erscheint es besonders plausibel (oder nützlich) zu glauben, "daß noch kein Staat und keine Gesellschaft ohne

Strafe oder strafähnliche Maßnahme ausgekommen ist" (Baumann 1984: 27 f.). Im Kontext von Überlegungen zu einem Weltstrafrecht hängt man bis heute an der Überzeugung, *das Rechtsinstitut der Kriminalstrafe sei ein soziokulturelles Universale - und universelle Gültigkeit könne übrigens nicht bloß das Rechtsinstitut, sondern auch ein Großteil dessen, was als strafwürdig gilt*, beanspruchen. Damit läßt sich ein Weltstrafrecht nicht nur konstruieren, sondern sogleich auch legitimieren, glaubt man dann doch sagen zu können: *Kern-elemente des Strafrechts gehören zum Gerechtigkeitserbe der Menschheit* (Höffe 1999: 6 f., 31).

((15)) *Die Universalität der Kriminalstrafe ist aber nur ein Mythos*, begründet von Völkerkundlern und Soziologen des 19. Jahrhunderts, die aufgrund von Vorurteil und Wunschdenken "immer behaupteten, daß das Kriminalrecht das einzige Recht bei den Wilden sei."²⁴ Hingegen hatte Malinowski nur positive Gebote gefunden, deren Verletzung *nur gebüßt, nicht bestraft* wurde, "und deren Maschinerie durch keine prokrustische Methode über die Linie ausgedehnt werden kann, welche das Zivilrecht vom Strafrecht trennt."²⁵ Heute läßt sich der Stand des Wissens so zusammenfassen: "Strafrecht und Kriminalstrafen sind keine universalen Formen sozialer Kontrolle. 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."²⁶

((16)) Der Glaube an die Universalität der Strafe ist eines von vielen *Substituten* für die verlorengegangene Glaubensgewißheit der Scholastik - kann aber, nach allem, was man heute weiß, vor dem Forum der Vernunft nicht bestehen. So einfach läßt sich die Institution der Strafe nicht rechtfertigen.²⁷

Exkurs: Strafe ist aber auch nicht bloß verkappte Rache

((17)) So wie die Universalitätsthese es sich *mit der Rechtfertigung der Strafe zu leicht* macht, so macht es sich die These, daß es sich bei der Strafe doch um nichts anderes handle als um *verkappte Rache, mit der Kritik zu leicht*.²⁸ Zwar sind beide, Strafe wie Rache, Leidensübel, die aufgrund eines Handlungsübels zugefügt werden,²⁹ beantworten beide eine Aggression mit einer Gegenaggression gegenüber jemandem,³⁰ der oder die dafür verantwortlich gemacht wird - liegt also bei beiden der Grund für die Übelszufügung in der Vergangenheit.³¹ Eine Verwandtschaft läßt sich nicht leugnen.

((18)) Dennoch liegt das Problem nicht in der *Ähnlichkeit der Strafe mit, sondern in ihrer Verschiedenheit von der Rache*. Was sie so speziell und so schwierig macht, ist ihr triadischer Charakter im Gegensatz zum dyadischen der Rache, ist ihre stark prospektive Ausrichtung, die zur Retrospektive hinzukommt, ohne mit ihr je vereinbar zu sein,³² ist ihre Angewiesenheit auf ein Milieu der Ungleichheit, während Rache auch

und gerade in einer Gesellschaft von Gleichen existieren kann. Strafe gibt es nur *von oben nach unten* (von der Kindererziehung bis zur Exekution).³³ Vor allem vervielfältigen sich die Aufgaben der Strafe im Vergleich zur Rache: irgendwo gibt es, wenn auch usurpiert, verdrängt und verleugnet, in der Strafe immer noch den Vergeltungsanspruch des Opfers (da liegt die Ähnlichkeit) - der aber ist überlagert vom staatlichen Vergeltungsbedürfnis (das mit dem Reziprozitätsprinzip nicht in Deckung zu bringen ist) und einem ganzen Bündel sonstiger Wirkungserwartungen. Die Strafe will ja auch noch die Einschüchterung Dritter (Abschreckung), allgemeine Normverdeutlichung (positive Generalprävention) und den Rückfall des Täters verhindern (Spezialprävention).

((19)) Vor allem ist auch die Rache nicht so schlecht wie ihr Ruf. Es genügt, sich in Erinnerung zu rufen, daß

1. das gesamte System der vor-straftrechtlichen Reaktionen auf Unrecht sehr viel milder war als das, was mit der Einführung der Strafe kam,
2. die Rache keineswegs die dominierende Form der Konflikt austragung darstellte, sondern nur eine unter vielen, die zudem weder unkontrollierbar noch unkontrolliert war (Talionsprinzip, Abwägungen innerhalb der Solidargruppe des Geschädigten),
3. es sicherlich Exzesse der Rache gab (und gibt), diese sich aber im Vergleich zu den Exzessen der angeblich doch gerade zur Exzeßverhinderung eingeführten Strafe ausgesprochen bescheiden ausnehmen.

((20)) Es ist der Diskurs der Strafe selbst, der das Institut der Rache seit jeher schlecht machte, um die öffentliche Strafe in einem besseren Licht erscheinen zu lassen - nämlich als das kleinere Übel und die einzige Alternative zur Rache. Es ist der schlechte Ruf der Rache als irrational (*blinde Rache*) und triebhaft (Protagoras: *unvernünftig wie ein Tier*), der den guten Ruf der Strafe begründet.³⁴ Ohne diesen konstruierten ethischen Antagonismus von Rache und Strafe wäre die Furcht vor der Wiederkehr der Rache für den Fall, daß die Strafe einmal ausfiel, sehr viel geringer, und man wäre sicherlich eher bereit, sich Alternativen zur Strafe genauer anzusehen. Solange man hingegen glaubt, daß die Alternative zur Strafe das Wiederaufleben der Rache wäre, solange befürchtet man auch (und läßt befürchten), daß jede soziale Ordnung jenseits der Strafe *letztlich in die Selbsterstörung des Menschengeschlechts durch totale Enthemmung entarten müßte* (Arndt 1968: J 18). Man glaubt zu wissen: *Was auch immer den Platz des Strafrechts im System der sozialen Kontrolle einnehmen würde - es wäre schlimmer als das Strafrecht* (Hasemer 1990: 332).

((21)) Die von der Strafkritik vielstrapazierte Parallele zur Rache ist ein Holzweg. Sinnvoller ist es zu prüfen, *ob die Strafe wirklich ein notwendiges Mittel zum legitimen Zweck ist. (Dabei umfaßt der Begriff der Notwendigkeit durchaus auch Fragen ihrer Wertrationalität.) Worin der Zweck der Strafe zu sehen ist, ist allerdings heute so umstritten wie eh und je.*

2. These:

Als Steuerungsinstrument ist die Strafe nicht erforderlich

((22)) Strafe dient mehreren Zwecken: der Spezialprävention

(Besserung und Sicherung des Täters), der Abschreckung tatgeneigter Individuen (negative Generalprävention durch gesetzliche Strafandrohung und/oder die Außenwirkung der Strafvollstreckung) und/oder der Festigung der Normtreue der Bevölkerung insgesamt durch die Strafe als symbolischen Widerspruch zur Verletzung der Norm (positive Generalprävention). Aspekte des Schuldausgleichs und des Opferinteresses spielen ebenfalls eine (noch) weniger geklärte Rolle. Der alte Streit zwischen absoluten und relativen Straf(zweck)theorien ist zwar entschärft (vgl. Frommel 1987). Dies allerdings um den Preis neuer Vagheiten, die vor allem in der Popularität und Unbestimmtheit des Ausdrucks *Vereinigungstheorie* zum Ausdruck kommen, suggeriert dieser doch (zu Unrecht; vgl. Köhler 1983) die gar nicht vorhandene Freiheit, je nach Belieben die *Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen.*

((23)) Die Kritik der Strafe war immer schon versucht - und ist häufig genug der Versuchung erlegen - dieses *Fenster der Beliebigkeit* für ihre Zwecke auszunutzen. Wenn gerade die spezialpräventive Strafzwecklehre vorherrschte, wies sie die Sinnlosigkeit der Strafe im Hinblick auf die angestrebte Resozialisierung nach - und konnte hoffen, damit die Institution der Strafe im Kern getroffen und insgesamt delegitimiert zu haben (vgl. Ostermeyer 1971; Plack 1974; Koch 1988). Daß die Strafe im Hinblick auf den Bestraften nicht unbedingt sinnvoll ist, ist ja in der Tat ein Paradox, das zu thematisieren sich lohnt.³⁵

((24)) Wenn aber auch Befürwortern der Strafe durchaus bekannt ist, "daß ein längerer Gefängnisaufenthalt eine schlechte Vorbereitung ist für ein gutes und kompetentes Leben außerhalb des Gefängnisses", und daß es sich bei Gefängnissen keineswegs um "besondere Anstalten zur Wiedereingliederung in einen Sozialverband" handelt (Reemtsma 1999: 4 f.)³⁶ - dann weist das auf die Existenz von Rechtfertigungsgründen für die Strafe hin, die für stark genug gehalten werden, um auch diese Art der Ineffektivität, der Ressourcenverschwendung und des Leidens Unschuldiger (z.B. ihrer Kinder, Frauen, Freunde) aufzuwiegen.

((25)) Handelt es sich bei der Hauptfunktion der Strafe³⁷ also um die Notwendigkeit, über ein Mittel zu verfügen, das in hinreichendem Maße von Kriminalitätsbegehung abzuschrecken vermag? Steht und fällt die Legitimation der Strafe also mit dem Funktionieren der durch sie erfolgenden *Abschreckung*? Kritiker der Strafe haben das häufig gehofft - in der Erwartung, die Behauptung einer abschreckenden Wirkung der Strafe falsifizieren und damit Strafrecht und Strafe entzaubern und entlegitimieren zu können.

((26)) Strafe schreckt zwar ganz offensichtlich nicht immer alle Individuen ab, aber sie verhindert doch fast durchgehend die offen unbekümmerte sowie in unzähligen Fällen sogar die heimliche Begehung von Verbrechen (Schmidhäuser 1971: 76; Zimring/Hawkins 1973). Sie als schlichtweg ungeeignet zur Abschreckung zu bezeichnen, dürfte also vernünftig nicht zu begründen sein.

((27)) Andererseits ist die Strafe ersichtlich *nicht darauf zu-*

geschnitten, ihre Abschreckungswirkung zu perfektionieren (Haffke 1976; Schumann u.a. 1987). Versuche, sie nach Abschreckungsgesichtspunkten zu restrukturieren, würden sehr bald mit tiefsitzenden Gerechtigkeitsvorstellungen in Konflikt geraten, die es selbst dann als "pervers" erscheinen lassen würden, jemanden für ein kleines Delikt hart, andere aber wieder für ein schweres Delikt milde zu bestrafen, wenn dies die Abschreckungswirkung optimieren könnte.³⁸

((28)) Wenn die Strafe notwendig ist, dann ist sie es jedenfalls nicht wegen der Wirkungserwartungen instrumenteller Art, die mit ihrer Androhung und/oder Vollziehung teils realistischer- und teils unrealistischerweise verknüpft werden. Für die Abschreckung ist sie zwar nicht gerade ungeeignet, aber um sich durch ihre Leistungen auf diesem Gebiet legitimieren zu können, genügt ja die bloße Eignung zur Zielerreichung nicht. Vielmehr fordert das Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Mittel - immerhin ein Prinzip von Verfassungsrang -, daß keine milderen und besseren Mittel zur Verfügung stehen, um dieselbe Wirkung zu erzielen. Das Strafrecht soll ja kein beliebiges Instrument flankierenden Verwaltungshandelns sein, zu dessen Einsatz die Erwartung genügt, daß es die Wirkung anderer Bemühungen ja eher noch erhöhen könnte, sondern *ultima ratio* staatlichen Handelns, also nur dann zum Einsatz gelangen, wenn es nicht mehr anders geht.

((29)) Das *ultima ratio* Prinzip soll gerade "den Blick auf funktionale Äquivalente öffnen, die sich fast immer finden lassen oder bei einiger Bemühung gefunden werden könnten. Die meisten Rechtsgüter werden bereits im Zivilrecht oder im öffentlichen Recht geschützt" (Günther 1989: 49). Daß man Individuen sehr viel unauffälliger und effektiver, vor allem auch ohne unschuldige Dritte zu schädigen, von Tatbegehungen abhalten oder - wenn man denn so will: abschrecken - kann, ohne die Strafgesetzgebung zu bemühen, zeigt etwa die Kritik des *Korruptionsbekämpfungsgesetzes*. Trotz zahlreicher anderer Steuerungsmittel im *Verwaltungs- und öffentlichen Dienstrecht*, im *Steuerrecht* und in der *Steuerpolitik*, der *Verwaltungslehre*, *Psychologie* und/oder *Betriebswirtschaftslehre*, trotz der Möglichkeit, durch Veränderungen der *Vergabepraxis* (Prinzip der vier oder sechs Augen), die Einrichtung von *hot lines* zur Behördenspitze und von professionalisierten *Kontrollsystemen* *korruptive Prozesse schon im Ansatz zu verhindern* (Hassmer 1997: 320), baute man auf die Wirkung des Strafrechts. Daß dieses aber von all den genannten Steuerungsmitteln das ungeschliffenste und ineffektivste ist, darin stimmen Experten überein (näher Staechelin 1998: 308 ff.).³⁹

((30)) Die Aufgabe der *Abschreckung* gehört zwar zu den ältesten Zwecken der Strafe; daß sie allerdings überhaupt damit betraut wurde, verdankt sie nur der völlig inadäquaten Staatsorganisation ihrer Entstehungszeit. Es war damals eben eines von wenigen überhaupt verfügbaren Mitteln, um - darin *terroristischem Handeln ähnlich* - mit geringen Ressourcen größte symbolische Wirkung zu erzielen. Gäbe es die Strafe nicht, würde man heute wohl gar nicht erst auf den Gedanken verfallen, ausgerechnet sie zur Verhaltenssteuerung einzusetzen.

((31)) Die übliche Strafrechtskritik, die von der mageren Resozialisierungs- und unsicheren Abschreckungsquote auf die Funktionslosigkeit des Strafrechts zu schließen pflegt, geht

deshalb am wichtigsten Punkt vorbei. Denn der liegt in der *expressiven Funktion* der Strafe.⁴⁰

((32)) Wenn man *strafft*, dann soll die Strafe zwar nach Möglichkeit auch die Täter resozialisieren und andere von der Begehung von Straftaten abschrecken - aber *ob* man straft und *daß* man straft, und weitgehend sogar *wie* man straft, richtet sich offenbar letztlich doch nach anderen Gesichtspunkten, die mehr mit Werten als mit Techniken, mehr mit Vorstellungen von *Gerechtigkeit* als mit Effizienz zu tun haben.⁴¹ - Nur diese Taxonomie vermag zu erklären, daß die Institution der Strafe anderen Zweckmäßigkeitserwägungen immer wieder Schranken setzt und daß diese Schranken auch als Imperative der Gerechtigkeit begrüßt werden. Nur diese *idée directrice* kann die *Negativität* der Strafe (sie ermöglicht keine Belohnungen), ihre *Vergeltungs- und Reziprozitätsorientierung* einschließlich der *Straflimitierung durch die Schuld* sogar "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" (Reemtsma 1999: 21). Wer die Institution der Strafe also grundsätzlich kritisieren will, sollte sich nicht zu lange mit ihren instrumentellen Funktionen abgeben.

3. These: Die Strafe markiert den Raum der Freiheit

((33)) Ginge es im Strafrecht wie in den anderen Rechtsgebieten um Steuerung von Verhalten, läge es nahe, dem *ultima ratio* Prinzip wieder Geltung zu verschaffen, indem man den Gesetzgeber auf Rechtsgebiete verwies, die über feinere Sensoren und flexiblere Instrumente verfügen und *ohne die Mehr-Bedeutung* und das *Regulations-Minus* der Strafe auskommen.⁴² Ein *Rückzug des Strafrechts aus dem allumfassenden präventiven Steuerungsanspruch* und die Verlagerung seiner Aufgaben auf *adäquate Steuerungsformen und angemessene rechtliche Steuerungsmedien*⁴³ würde die Institution der Strafe entleeren.

((34)) Wenn es einen Zweck der Strafe gibt, der ihre Existenz rechtfertigt, dann ist das die symbolische, *expressive Markierung moralischer Grenzen*, die zu überschreiten aus legitimen und inhaltlich bestimmten Gründen eine andere Kennzeichnung und andere Konsequenzen erfordern als die Begehung anderen Unrechts. Eine solche Aufgabe wird ihr mit der Zielbestimmung der *positiven Generalprävention* zugeschrieben. Die Hauptaufgabe der Strafe, ihre stärkste Selbstlegitimation und deshalb auch ihre Achillesferse liegt in der *Darstellung von Handlungsbewertungen*, nicht in der Herstellung von Verhaltensänderungen. Das ist der Inhalt der *expressiven Straftheorien*, deren gemeinsamer Nenner darin besteht, daß sie den Sinn der Strafe *in der symbolischen Wiederherstellung des durch den Verbrecher Zerstörten* sehen.⁴⁴

((35)) Was in das Strafgesetz aufgenommen wird, ist nicht das, was verboten (das sind unzählige andere Dinge, die nicht im Strafrecht stehen, auch), sondern das, was *mit dem Stigma der objektivierten Unerträglichkeit für die gesamte Rechtsgemeinschaft* belegt werden soll. Idealerweise wird mit Strafe belegt, was auf unerträgliche Weise die Sphäre der individuellen Freiheit verletzt.

((36)) Strafe ist die Reaktion auf die vorsätzliche Nicht-Anerkennung der garantierten Rechtssphäre eines jeden einzelnen.⁴⁵ Insofern markiert die Strafe den Kern-Raum der individuellen Freiheit und die Linie, von der an sich der Staat der Verteidigung des Individuums und seiner Freiheit mit aller Macht annimmt. Darauf soll jedes Individuum vertrauen können.

((37)) Die symbolische "Natur" oder "Funktion" der Strafe besteht darin, durch abstrakt-generelle Regeln *Handlungsarten zu stigmatisieren* und durch die Anwendung dieser Regeln für die *Weitergeltung* dieser Grenzlinie zu sorgen, indem sie sie immer wieder nachzieht. Genaugenommen sind allerdings verschiedene Arten und Funktionen dieser Art der Grenzziehung zu unterscheiden, nämlich (1) die Ziehung moralischer Grenzen, (2) die Bewahrung moralischer Grenzen und Wiederherstellung des Systemvertrauens und (3) die vor allem von Hassemer (1990: 326) entwickelte Darstellung eines Vorbilds humanen Umgangs mit Abweichung.

((38)) Der Absolutismus der Ächtungserklärung - manifestiert durch Nicht-Berücksichtigung der problematischen Straffolgen für den Täter und unbeteiligte Dritte - spiegelt die Repulsivität des Verbrechens und symbolisiert die Bedeutung des verletzten Rechtsguts für die kollektive Identität. Das Besondere der Strafe liegt gerade in der Souveränität, mit der sie um des moralischen Ächtungsurteils willen zur Nichtbeachtung ihrer eigenen - womöglich moralisch problematischen - Folgen und Wirkungen bereit ist (vgl. Günther 1989: 46). Indem man mit der Strafe die Schädigung unschuldiger Dritter in Kauf nimmt, unterstreicht man die *besondere Ernsthaftigkeit der Verletzung und der Reaktion darauf*.⁴⁶ Die Strafe ist also die *Institution, die der Intensität der moralischen Verurteilung einer Handlung Vorrang vor allen utilitaristischen und sogar vor konkurrierenden moralischen Werten einräumt*.⁴⁷

((39)) Die (kostspielige) Symbolik der Strafe wirkt wie jede Symbolik nicht über die Quantität der Anlässe, zu denen sie inszeniert wird, sondern um so stärker, je seltener sie auf den Plan tritt. Das erklärt auch die normative Seite des *fragmentarischen Charakters des Strafrechts*.⁴⁸ Mehr als ein *Kernstrafrecht*⁴⁹ aus wenigen Paragraphen, das für eine kleine Anzahl *unerträglicher* Angriffe auf die Person mit seinem besonderen Gewicht und seiner besonderen symbolischen und materiellen Gewalt reagiert, kann ein legitimes und symbolisch funktionierendes Strafrecht nicht sein⁵⁰: "Die Strafe für vorsätzliche Gewalttaten gegen die Person ist nicht ein zweckmäßig konstruiertes, zweckmäßig fortentwickeltes vorbeugendes Sozialinstrument in der Hand wechselnder Mehrheiten. Diese Strafe entsteht aus anderen Bereichen, die man heute sprachlich kaum noch fassen kann: Wiederherstellung der unantastbaren, aber angetasteten Ordnung, Ausgleich des Übels mit einem Übel" (Naucke 1985: 196). Eine auf ihre expressive Funktion konzentrierte Strafe wäre allerdings auch nur dann legitim, wenn sie nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich wäre, d.h. wenn es keine weniger problematischen Alternativen zu ihr gäbe. Daß sie aus unabdingbarer Notwendigkeit folgt, müßten Gesetzgeber und Rechtsprechung jeweils nachweisen. Denn zumindest in der Theorie ist die Legitimierung der Strafe eine Bringschuld derer, die sich ihrer bedienen.⁵¹

Exkurs: Symbolisches Strafrecht

((40)) Nicht alle symbolischen Funktionen, deren Erfüllung gelegentlich vom Strafrecht erwartet wird, sind mit ihrer *idée directrice* vereinbar. Nicht alle sind daher legitim. Wo Strafgesetze nur erlassen werden, um einem uninformierten Massenpublikum einen positiven Eindruck von der Entschlossenheit oder Handlungsfähigkeit der Regierung zu vermitteln, wo es also nur um das *impression management* der Herrschenden geht, handelt es sich ebenso um einen Mißbrauch der Institution der Strafe wie dort, wo es um die nötige Einstellungsänderung in der Bevölkerung geht, wo also die Strafe nicht als Ausdruck von Unwerturteilen, sondern als Mittel zu deren Erzeugung angewandt wird. Weiterhin ist die Nutzung der Gewalt der Strafe auch dort alles andere als legitim, wo Partikularmoralen auf dem Weg der Strafgesetzgebung mit dem Siegel der Allgemeingültigkeit versehen werden.⁵² Die Strafe ist kein legitimes Mittel zur Absicherung kultureller Hegemonieansprüche mit den Mitteln des Gewaltmonopols; "kein Instrument zur Durchsetzung von Gruppenmoralen" (Müller-Dietz 1973: 30). In der *offenen Gesellschaft* (vgl. Popper 1966) ist der Staat schon aufgrund des Toleranzprinzips nicht berechtigt, *moralische Grenzen mit den Mitteln der Strafe neu zu ziehen*. Auch ist zu bedenken, daß auch nicht jede vorhandene und auf Konsens beruhende *moralische Grenze es wert ist, geschützt zu werden*. Um nicht Gefahr zu laufen, zum Büttel kollektiver Vorurteile zu werden, muß die Kollektividentität selbst einer (ideologiekritischen und ethischen) Prüfung standhalten können.

((41)) Bei Taten wie Raub- oder Sexualmord steht wohl außer Frage, daß sie das sind, was man in der juristischen Terminologie als *strafwürdig* bezeichnet. In solchen Fällen ist allerdings immer noch zu fragen, ob das Strafrecht wirklich das einzige Mittel zum wirksamen Schutz der mit solchen Taten angegriffenen Rechtsgüter ist: "Reichen andere Mittel oder Möglichkeiten aus, ist für strafrechtliche Sanktionen kein Raum" (Müller-Dietz 1973: 33). Das ist die alles entscheidende Frage nach der *ultima ratio*, nach der *Strafbedürftigkeit* des Verhaltens.

((42)) Die Bedeutung dieser Frage würde eine gründliche Befassung mit allen in Betracht kommenden Alternativen zur Strafe sowohl auf der Ebene der Gesetzgebung wie auf derjenigen der Rechtsprechung nahelegen. Die mit der Strafgesetzgebung implizierten tiefen Einschnitte in Bürgerfreiheiten sollten zumindest auf dieser Ebene dazu führen, "daß jede ernstzunehmende Alternative bedacht wird und sodann mit den Gründen dokumentiert wird, die für die gewählte und gegen die verworfenen Alternativen sprechen" (Staechelín 1998: 191). Dieser *großen Aufgabe* haben freilich Politik, Justiz und Wissenschaften seit jeher *in keiner Weise genügt* (vgl. schon damals: v. Liszt 1883: 47; Naucke 1964: 50).

((43)) Das Strafrecht weist spektakuläre Rationalitätsdefizite auf. Das beginnt damit, daß der aktuelle Normenbestand nie systematisch auf seine Verfassungsverträglichkeit geprüft wurde, obwohl seine Wurzeln ja tief in vorkonstitutioneller Zeit liegen. Es geht damit weiter, daß der gesetzgeberische Handlungsbedarf nie intersubjektiv überprüfbar dargelegt wird: die Notwendigkeit der Gesetzgebung wird nicht belegt; Qualitäts-

kriterien der Gesetzgebung werden vom Bundesverfassungsgericht verwässert, das sich schützend vor die Exekutive stellt, von der die meisten Gesetzesinitiativen ausgehen; logische Grundregeln, Vernunftregeln, Argumentationslastregeln, Argumentationsformen und Begründungsregeln werden mißachtet. Wer also "Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts" spricht, darf von der unmöglichen Qualität der Strafgesetzgebung nicht schweigen.⁵³

((44)) Eine *aufschlußreiche Fehlleistung* im Alltag der Strafgesetzgebung ist der Umgang mit Alternativen und mit der Öffentlichkeit: auf dem Deckblatt eines jeden Gesetzentwurfs sind vier mit Großbuchstaben gekennzeichnete Kategorien vorgesehen, die darüber Auskunft geben sollen, wie und mit welchem Resultat sich der Gesetzgeber mit der zu regelnden Materie befaßt hat; diese Kategorien lauten: A: Problem; B: Lösung; C: Alternativen; D: Kosten; rationale Gesetzgebung würde den Punkt C zur Aufklärung über geleistete Abwägungen und Weichenstellungen nutzen. Fast immer steht dort allerdings lediglich ein Wort: "keine". Abwechslung wird allenfalls durch die Formulierung "Beibehaltung des bisherigen Zustands" gewährt. So wird denn nicht einmal ein "minimaler Standard zweckrationaler Entscheidungen" (Staechelín 1998) gewahrt. Über Alternativen, also darüber, ob das Strafrecht in jedem Fall wirklich erforderlich ist, wird nicht ersichtlich nachgedacht.

4. These: Besseres als die Strafe ist keine Utopie

((45)) Besseres als die Strafe ist keine Utopie in dem Sinne, daß sich zunächst einmal alles andere ändern müßte, bevor man auf die Strafe verzichten könnte. Das Strafrecht ist nicht attraktiv, weil es hilft, soziale Probleme zu lösen, sondern weil es wagt, mit einer gewissen Rücksichtslosigkeit die Verbindlichkeit bestimmter Werte zu demonstrieren. Insofern ist die Strafe eine aus der Beliebigkeit und der Partikularität herausgehobene *Markierung des Bösen*. Anders als man vielfach gerade seitens der Kritiker der Strafe glaubt, liegt hierin - in ihrer Expressivität, Moralität und absolutistischen Autorität - nicht der letzte Beweis ihrer Irrationalität, sondern ihre spezifische Rationalität. Das, was sie im Prinzip legitimerweise tut, tut sie nicht im Bereich zweckrationaler Verhaltenssteuerung, sondern wertrationaler Expressivität. Das Problem ist allenfalls, daß die Affirmation der Freiheitswerte auf eine Art erfolgt, die *heute nicht mehr konkurrenzlos* ist.

((46)) Es zeugt zwar auch von der herausgehobenen Bedeutung der Strafe, daß man gegenwärtig noch durchaus bereit ist, auch Mängel der Institution in Kauf zu nehmen. Aber gäbe es einen Grund, sie weiterhin in Kauf zu nehmen, wenn sich die Aufgabe der Strafe auch ohne diese Mängel erfüllen ließe?

((47)) *Autoritative statt autoritärer Normvalidierung*. An der Notwendigkeit der Normvalidierung im Bereich des hypothetischen Kernstrafrechts besteht kein Zweifel. Die Art und Weise der Normvalidierung, wie die Strafe sie betreibt, zeigt allerdings mehr Wahlverwandtschaft mit den Strukturprinzipien (und -problemen) des autoritären Etatismus als denen einer Zivilgesellschaft.

((48)) Im Bereich des *regulativen Rechts* hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß das Mittel der Direktsteuerung in selbstbewußter gewordenen und zudem in höherem Maße funktional ausdifferenzierten Gesellschaften immer häufiger im *regulativen Trilemma* von Indifferenz, Kontraproduktivität oder Selbsterstörung der Steuerungsinstrumente endet (vgl. Teubner 1984; Hegenbarth 1983). Wo früher vom Befehl zum Gehorsam gleichsam durchmarschiert wurde, sieht der Staat heute seine Interventions- und Lenkungs-Chancen eher in der Steuerung von Selbststeuerungsprozessen (*negotiated regulations, officially sponsored indigenous law, Prozeduralisierung, reflexives Recht, responsive law, Relationierungsprogramme, Vernetzung semi-autonomer Felder*; in der Systemtheorie sucht man die adäquate *strukturelle Kopplung*⁵⁴, droht sonst doch eine *Kolonialisierung der Lebenswelt*⁵⁵). Grund der Tendenz *von der Verstaatlichung zur Vergesellschaftung*, wobei sich der Staat u.U. damit begnügt, Prozesse der Selbststeuerung anzustoßen und schützend zu begleiten, bzw. *nicht das Ergebnis*, sondern nur die *Beachtung prozeduraler Gerechtigkeitsanfordernisse* vorzuschreiben⁵⁶, ist zum einen die Einsicht, daß das Ernstnehmen von Bürgerrechten dies erfordert, zum anderen die Erfahrung, daß es so besser geht.

((49)) Wo man im Kriminalrecht von dem der Direktsteuerung entsprechenden Konditionalprogramm (wer *x* tut, wird mit *y* bestraft) abrückt, tut man es in Bereichen, in denen es schon lange nicht mehr um die Manifestation des Rechts, sondern allenfalls um eine arbeitsökonomische *Erledigung anfallender Akten* geht.⁵⁷ Von der unabweisbaren Notwendigkeit der Strafe, von ihrem Ernst und von der Validierung der Norm ist hier - wie von ihrer Rationalität - allenfalls noch in der Negation die Rede: "Die leise, unauffällige, bürokratische Bewältigung von 'Kriminalität' führt gewiß nicht unbedingt zu rationalen Lösungen, und sie entbehrt einer rechtsstaatlichen Legitimität; aber sie bewahrt möglicherweise wenigstens vor Schlimmerem" (Ludwig-Mayerhofer 1998: 270).⁵⁸

((50)) Der Krise des regulativen Rechts liegen aber fundamentale Veränderungen in der Konfiguration von Staat, Gesellschaft und Individuum zugrunde, die entgegen landläufiger Auffassung sogar in erster Linie symbolische Normvalidierungen betreffen. Im autoritären Staat und im autoritären Recht gibt es keine Alternative zur Vorstellung, daß Normen und Werte nur im Rahmen einer bipolaren Autoritäts-Demonstration validiert werden können. Je weniger autoritär Staat und Recht sind, desto stärker wird die vertikale Bipolarität von pluripolaren und "einbeziehenden" Prozessen der Normvalidierung verdrängt.

((51)) Heute versucht kein *Pädagoge* mehr, seine Ziele durch Einschüchterung, Lähmung, Brechung und andere Erzwingungsmethoden zu erreichen. Die Geltung von Werten wird nicht mehr als öffentliche Bestrafung des Schülers durch den Lehrer nach dem Konditionalprogramm durchexerziert, sondern zum Thema von Diskussionen gemacht. Zwar wird weiterhin die Anerkennung der Autorität angestrebt, doch dies nicht durch Befehle gegenüber einem autoritären Charakter, sondern durch ein ganzes Arsenal häufig langwieriger und komplexer Instrumente, deren Gemeinsamkeit wohl vor allem darin besteht, daß sie den Einsatz von Gewalt zur unmittelbaren heteronomen Konfliktregelung um fast jeden Preis

vermeiden. Der Respekt vor dem Gegenüber ist so stark gestiegen, daß die Rückkehr zu einer solchen Befehl-und-Gehorsams-Mechanik vom Pädagogen als peinlich für ihn selbst empfunden würde und übrigens beim selbstbewußter gewordenen *educandus* Barrieren aufbauen würde, die eine weitere erzieherische Einwirkung auf ihn zu einem Ding der Unmöglichkeit werden lassen könnten.

((52)) Die Strafe stammt aus einer vordemokratischen Zeit, in der Gerechtigkeit vertikal, materiell und "von oben" vorgegeben gedacht werden konnte. Heute ist Gerechtigkeit stärker mit den Gerechtigkeitsvorstellungen relativ autonomer Individuen, Gruppen und Teil-Kulturen verknüpft (ohne in einem prinzipienlosen Relativismus aufgehen zu müssen), ist stärker prozeduralisiert und zumindest "von unten" mitdefiniert. Eine wertrationale Normvalidierung ist insofern an Kriterien zu messen, die mit denen der Entstehungszeit der Strafe nicht mehr viel gemein haben.⁵⁹

((53)) Ersetzbar wäre die Strafe durch eine prozeduralisierte expressive Normvalidierung, deren Verbindlichkeit weniger aus der Autorität der Strafgewalt als aus der Sicherstellung der Anerkennbarkeit und der Anerkennung von Prozeß und Ergebnis resultierte.

((54)) Um die Bedingungen der Möglichkeit der Anerkennung einer expressiven Normvalidierung unter den Verhältnissen einer Gesellschaft, die den Staat nicht mehr umstandslos mit dem Allgemeininteresse gleichsetzt, zu erhöhen, wird es einer Revision der institutionellen Konfiguration bedürfen, die sich mit der Reaktion auf Unrecht befaßt. Konkret wird das unter den Bedingungen eines freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaates bedeuten: eine Reduktion der Rolle des Staates in Richtung auf eine Garantiemacht für die Einhaltung von Verfahrensprinzipien bei gleichzeitiger Öffnung in Richtung auf die verstärkte Anerkennung originär zivilgesellschaftlicher Konfliktregelungskulturen und -kompetenzen (Subsidiarität).

((55)) Es liegt auch nicht in der Logik der Sache selbst, daß die Konzeptualisierung der Unrechthandlung als Angelegenheit zwischen Täter und Opfer der Möglichkeit einer expressiven Normvalidierung widersprechen sollte. Das bedeutet, daß es keinen Grund gibt, die schwache Stellung des Opfers zu perpetuieren.⁶⁰ Um als verletztes Subjekt Gehör zu finden und seine Interessen zur Geltung zu bringen, ist das Opfer heute auf das Zivilrecht verwiesen. Die expressive Funktion der Strafe bedarf des Opfers nicht, solange sie sich auf die Verletzung des Gewaltmonopols konzentriert und sich die Strafgewalt selbst als das eigentliche Opfer der Straftat gerieren kann. So ist denn heute der Strafprozeß für die meisten Opfer eine negative, die Schädigung eher vertiefende und perpetuierende Erfahrung. Opfer schildern denn auch immer wieder "Gefühle von Ohnmacht, Frustration, Wut und Scham und berichten von der Erfahrung, gedemütigt und nicht ernstgenommen worden zu sein. Oft verlieren sie das Vertrauen in diese Behörden" (Hermans 1998: 65).⁶¹ Häufiger erweisen sich die Folgen der strafrechtlichen Aufarbeitung für das Opfer als belastender als das Delikt selbst.⁶²

((56)) Anders als die staatszentrierte Verarbeitung von Un-

recht validiert eine subjektzentrierte Alternative die Normgeltung nicht per Autorität, sondern auf komplexerem, dafür aber auch wirkungsvollerem, weil weithin mitgetragenem und nachvollzogenem Wege. Eine subjektzentrierte Normvalidierung erlangt Autorität in dem Maße, in dem sie einen Sachverhalt skrupelhaft und fair aufarbeitet, Schuld und Verantwortung differenziert, aber in aller Klarheit zuweist, und bei den Beteiligten nicht das - heute vorherrschende - Gefühl hinterläßt, daß ihre eigene Deutung der Situation nicht einmal richtig wahrgenommen wurde.⁶³

((57)) Es ist kein Zufall, daß die Reformtendenzen heute alle die Position und die gesellschaftliche Identifikation mit dem Opfer stärken, die Rolle des Staates in Richtung auf die eines Moderators modifizieren und in der Behandlung des Täters immerhin insofern den Erkenntnissen der post-idealistischen Human- und Gesellschaftswissenschaften Rechnung tragen wollen, daß sie ihn nicht nur durch die Übelzufügung *als Vernünftiges ehren* (Hegel), sondern als zugleich beschädigtes Wesen auch verstehen und reintegrieren wollen.⁶⁴

((58)) Für das Opfer ist das Verbrechen gleichbedeutend mit der *Suspendierung der konstitutiven Annahmen gemeinsamer Welt* (Herzog 1987: 149). Um das Trauma nicht zu vertiefen, aber auch aus Selbstachtung der Gesellschaft ist es erforderlich, daß sich die Gesellschaft auf seine Seite stellt, es in der Gesellschaft willkommen heißt und im Gegenzug den Verbrecher zurückweist und ausschließt. Was die Strafe angeht, so kann man deshalb sicherlich nicht sagen, das Opfer besitze kein Interesse an ihr. Es ist an der Ergreifung des Täters interessiert wie an der Aufklärung des Sachverhalts und bei schweren Delikten, von denen hier die Rede ist, durchaus auch an der Verurteilung des Angeklagten als einer deutlichen Form symbolischer Parteinahme der Allgemeinheit gegen den Täter und für sich. Der Verlust, den das Opfer erlitten hat - "Angst, Schmerz, Verlust spezifischer physischer oder psychischer Fähigkeiten oder allgemein Ver- und Zerstörung der Fähigkeit, einigermaßen unbeschwert zu leben" - macht es *resozialisierungsbedürftig* (Reemtsma 1999: 24 f., 3).

((59)) Da die Macht des Strafrechts auf der Entmachtung des Opfers beruht⁶⁵, führt ein *empowerment* des Opfers und anderer Beteiligter zur Entmachtung des staatlichen Strafanspruchs und damit zum Verschwinden des Strafrechts. Das Opfer kann ein Interesse daran haben, seine Definition der Situation und seine Interessen bis zu dem Punkt einzubringen, daß es selbst über Stattfinden, Beginn und Ende eines Verfahrens, über die Rahmung der Sache als Kriminalität oder anderes bestimmt. Je stärker seine Interessen berücksichtigt werden, desto schwieriger wird die Grenze zu anderen Rechtsgebieten zu ziehen sein. Tritt der Strafanspruch des Staates aber erst einmal hinter das Ausgleichsinteresse des Opfers zurück - und wahrscheinlich gibt es bessere Gründe dafür, den staatlichen Strafanspruch dem Opferinteresse als *subsidiär* unterzuordnen als umgekehrt - dann ist er kaum noch aufrechtzuerhalten (vgl. Lüderssen 1995: 59; Hulsman 1986).⁶⁶ Den Cassandra-Rufen, daß alles, was dann käme, schlimmer wäre, sind die Erfahrungen mit der Ersetzung der pädagogischen Strafe entgegenzuhalten, die sicherlich als gemischt zu bezeichnen sind - und die doch die Katastrophen-Szenarien, die ein Lehrer des ausgehenden 19. Jahrhunderts an die Wand

gemalt hätte, nicht bestätigt haben. Im Gegenteil: ein Blick auf die heutige pädagogische Landschaft ist eher geeignet, die Hoffnungen der Reformen zu stützen, die sich vorstellen, daß "la disparition du système pénal pourrait contribuer à revitaliser le tissu social. Lorsque la référence à la loi pénale disparaît, il est parfois plus facile de faire face aux vrais problèmes" (Hulsman/Bernat de Celis 1992: 121).

((60)) Durch die Einführung des *Subsidiaritätsprinzips* würde der Einsatz staatlicher Gewalt zur unmittelbaren heteronomen Konfliktregelung zurückgenommen. Staatliche Regelungsmöglichkeiten blieben gleichwohl erhalten, wären aber nachrangig. Der Staat bliebe nicht untätig, aber er wäre Dienstleister für den Prozeß der Normvalidierung, nicht Herr dieses Verfahrens (Ermittlung, Verfolgung, Verhaftung, ausüben und begrenzen unmittelbaren Zwangs, weitestmögliche Entlastung des Opfers vom Selbst-Betreiben der Angelegenheit, ohne es aber zu bevormunden). Einen *eigenen Strafanspruch* benötigte der Staat dazu nicht, und wenn die Reaktion auf Unrecht auch *ohne Einschaltung des Staates* oder *ohne Rahmung der Angelegenheit in der Sprache des Kriminalrechts*⁶⁷ befriedigend erfolgen kann, dann wäre auch nicht einzusehen, warum ihm ein solcher zugestanden werden sollte. Der Staat kann Clearingstelle und Appellationsinstanz sein, aber er sollte nicht selbst das Gemeinwohl materiell definieren können. Wie Hauke Brunkhorst (1986: 18 f.) sagt: "Durch Marxismus, Psychoanalyse und Soziologie sind wir skeptisch geworden (schließlich auch diesen Disziplinen und uns selbst gegenüber); vor allem aber die Geschichte selbst hat uns gelehrt, der Vernunft des Staates zu mißtrauen." Ausgerechnet in der Strafe die Herrlichkeit des Staates als verkörperte Vernunft zu sehen, erscheint uns vermessen: "Ging es Hegel um die Vernunft der Strafe, so gilt unser Interesse deren Unvernunft."⁶⁸

((61)) Schulischer Unterricht, einst Teil preußischer Eingriffsverwaltung, besonderes Gewaltverhältnis und eines der Zentren *hoheitlicher Gewalt* (weshalb die Lehrer denn auch Beamte zu sein hatten), wird heute bereits immer häufiger und allen Ernstes zu den *künstlerischen Tätigkeiten* gezählt (weshalb sie denn auch keine Beamte mehr sein müssen). Dahinter steht nicht nur das Schielen auf die Kosten der einen oder anderen Definition für die Staatsfinanzen (das auch); dahinter steht auch die Vervielfältigung der Möglichkeiten und Instrumente zur Normvalidierung in einer heute doch deutlich weiter entwickelten Kultur der Konfliktverarbeitung als etwa zu Bismarcks Zeiten, aus denen allerdings noch das Strafgesetzbuch stammt.

((62)) Die gleichsam in das Strafrecht eingebaute Vorstellung, daß einzig das Strafrecht zwischen Ordnung und Chaos stehe, überschätzt das Recht und *unterschätzt die Dichte des gesellschaftlichen Raumes* (Susanne Karstedt).⁶⁹ Allerdings verbleibt der Löwenanteil krimineller Delikte im *Dunkelfeld*, ohne die soziale Ordnung in ihren Grundfesten zu erschüttern; millionenfach bleiben strafrechtsrelevante Normverletzungen ohne symbolischen Widerspruch des Strafrechts - aber niemand sieht hin (und die Gesellschaft löst sich nicht auf).⁷⁰

((63)) Können Alternativen zur Strafe auch *ohne die straftypische Norm-Demonstration mittels Inszenierung vertikaler und bipolarer Unterwerfungssituation* auskommen?⁷¹ Das

sollte durchaus möglich sein. Es gibt sowohl im Alltag (vgl. Hanak u.a. 1989) als auch in der politischen Sphäre andere und bessere Reaktionsformen und Validierungsmöglichkeiten. "Vielleicht", schreibt Nils Christie (1986: 135), "wäre das Recht der Barotse, das Max Gluckman beschrieben hat, ein besseres Instrument der Normklärung, weil es den Konfliktparteien erlaubt, die gesamte Kette alter Vorwürfe und Auseinandersetzungen immer wieder einzubringen. Vielleicht müssen die Entscheidungen über Relevanz und über das Gewicht dessen, was als relevant erachtet wird, den Rechtswissenschaftlern, den Chefideologen der strafrechtlichen Kontrollsysteme, wieder abgenommen (...) werden."

((64)) So weit muß freilich die Informalisierung nicht gehen. Grundsätzlich läßt sich dennoch sagen: eine Alternative zur Strafe hätte dann eine Chance, wenn sie eine Normvalidierung von unten erlaubte, den Einfluß der Opfers erhöhte, den Einfluß des Staates verminderte, die konditionale Wenn-Dann-Struktur als Grundlage der Auseinandersetzungen über Sachverhalt und Folge auflöste, die Beschränktheit auf die Frage der Strafbarkeit des Angeklagten und auf eine minimale Auswahl an Reaktionen überwände und zugleich situative und strukturelle Bedingungen, Defizite und Reaktionsmöglichkeiten thematisierte.

((65)) Man muß sich nicht das Recht der Barotse vorstellen, es genügt vielleicht die ganze Vorgehensweise eines *Parlamentarischen Untersuchungsausschusses*. Vielleicht wäre ein Parlamentarischer Untersuchungsausschuß ein Modell für etwas Besseres, mit dem man die Strafe ersetzen könnte - da, wo die Schwere des Deliktes eine öffentliche Befassung erfordert und damit auch erlaubt. Die Allgemeinheit hat ein Recht auf die Validierung der Norm und klare Aussagen über die Schuld und Verantwortung - aber auch auf Pläne für Änderungen in situativer und struktureller bzw. politischer Hinsicht, die weiteren Verbrechen dieser oder ähnlicher Art wirksam vorbeugen.⁷² Strafe ist kein Zeichen von Stärke, sondern von Schwäche.⁷³ In einer selbstbewußten Zivilgesellschaft wird sie schließlich keine Rolle mehr spielen.⁷⁴ *Ein blinder Skeptizismus gegenüber der Möglichkeit sozialer Ordnung ohne Strafe ist jedenfalls auch nicht vernünftiger als ein blinder Glaube an die Abschaffbarkeit der Strafe.*⁷⁵ Wie die Abschaffung der Todesstrafe und der pädagogischen Strafe wird die Abschaffung der Kriminalstrafe einem Wertwandel entsprechen, eine Entscheidung erfordern und uns letztlich mit Stolz erfüllen.

Anmerkungen

* Mit bestem Dank für Hilfe und Kritik an Ramona Arfire, Henner Hess, Susanne Karstedt und Christine Siegröt

1 Vgl. K.A. Schmid, Hg., Enzyklopädie des gesamten Erziehungs- und Unterrichtswesens, 10 Bde., 2. verb. Aufl., Gotha 1876-87, Bd. 10, 1887: 670 ff., und A. Mathias, Wie erziehen wir unseren Sohn Benjamin? 4. verb. Aufl., München 1902: 105; beide zit. n. Rutschky 1977: 381, 431. Zitate werden auf zwei Wegen kenntlich gemacht, einmal durch Kursivschrift, wenn der Kontext es erlaubt, und zum anderen durch An- und Abführungszeichen.

2 Vgl. Radbruch 1929/1969: 138; Es gab zwar immer wieder Versuche, die Strafe als Wohltat darzustellen - Platon porträtierte sie (in *Gorgias*) als eine Art Heilmittel für den moralisch erkrankten Menschen; Nietzsche bezeichnete sie gelegentlich als "auch ein Recht und eine Ehre [ist] für den Übertretenden", so daß "der Übelthäter sich selbst zur Anzeige bringt, sich selber seine Strafe öffentlich dictiert, im stolzen Gefühle, dass er so das Gesetz ehrt, das er selber gemacht hat, dass er seine Macht ausübt, indem er sich straft,

die Macht des Gesetzgebers" (vgl. Schild 1999: 246 f.). Am Übelcharakter der Strafe ändert das freilich nichts.

3 "Einen Schaden setzt sie nicht voraus: verfehlt die Kugel ihr Opfer, so bestrafen wir doch wegen des versuchten Totschlags; erhält der Bestohlene sein Eigentum rasch und unverehrt zurück, so bestrafen wir gleichwohl den Dieb (...), und hat der Schädiger etwa den Schaden ersetzt, so strafen wir gleichwohl (...). Es kann keine Rede davon sein, daß wir sie in gleicher Weise wie die dem einzelnen auferlegte Last, einen Schaden zu ersetzen, als unmittelbar sinnvoll erleben" (Schmidhäuser 1971: 17).

4 Vgl. Radbruch 1929/1969: 138 mit Berufung auf ein Wort Franz v. Liszt's

5 Vgl. in bezug auf die Folgen für die Strafe: Bianchi 1988, Koch 1988

6 Vgl. "Thus we see society almost helpless in the grip of the hostile attitude it has taken toward those who break its laws and contravene its institutions. Hostility toward the lawbreaker inevitably brings with it the attitudes of retribution, repression, and exclusion. These provide no principles for the eradication of crime, for returning the delinquent to normal social relations, nor for stating the transgressed rights and institutions in terms of their positive social functions" (Mead 1918: 590); vgl. auch Matza 1973; Vila 1998

7 Vgl. Popper 1966 (einschließlich Abgrenzung zu demselben Ausdruck bei Henri Bergson u.a.)

8 Die Sätze der Glosse zum Recht des *Corpus iuris* "wurden als unumstößliche Wahrheiten betrachtet, in deren Kern man einzudringen hatte, indem man sie analysierte und nach strengen Regeln in die einzelnen Bestandteile auflöste. Wie sich die Theologen exegetisch-interpretierend den die gesamten Kirchenlehren darstellenden Quattuor libri sententiarum des *Petrus Lombardus* gegenüber verhielten, so stellten sich die Juristen zur Glosa ordinaria des *Accursius*" (Schmidt 1965: 149).

9 Konsequenterweise schlug er denn auch vor, die Werke seines Vorgängers Aristoteles auf den Index zu setzen; vgl. Brunkhorst 1994: 166

10 "Das Strafrecht ist das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen. Der Oberste im Staate kann also nicht bestraft werden, sondern man kann sich nur seiner Herrschaft entziehen" (Kant 1797: 452).

11 Vgl. Hegel, Bd. 7, S. 328, 337, 329

12 Friedrich Julius Stahl, Philosophie des Rechts (1830), zit. n. Radbruch 1929/1969: 135; Karl Binding 1907: 228, 235, zit. n. Naucke 1995: 487 f.

13 Vgl. die Quellensammlung von Rutschky 1977 und Miller 1983: besonders S. 17-112

14 Adorno et al. 1950; - Einige - wie Lorenz vom Stein (1842) - fanden es freilich schon damals ein *Unding*, daß die Strafrechtswissenschaft keine Skrupel hatte, "eine Wissenschaft des Strafrechts herauszugeben und stillschweigend zu erklären, man wisse nicht das Wesen der Strafe vernunftgemäß (...) zu begründen" (Schild 1999: 248).

15 Augustinus: *quod facit, peccatum est; quod patitur, poena*.

16 Von Augustinus ging er über Isidor von Sevilla und Thomas von Aquin in den Kanon der mittelalterlichen Moraltheologie ein, beherrschte frühe Neuzeit und zweite Scholastik und in nur scheinbar säkularisierter Form sogar noch das Naturrecht und den deutschen Idealismus (als Vorstellung einer notwendigen und natürlichen Äquivalenz von Übeln und Strafübel).

17 Strafe als Notwendigkeit ohne Voraussetzung und ohne Zweck außer der reinen praktischen Vernunft, als Ausdruck kategorischer Imperative und der Gerechtigkeit als Idee der richterlichen Gewalt nach allgemeinen a priori begründeten Gesetzen (hat er aber gemordet, so muß er sterben; Kant 1797: 456); zur nur scheinbaren Säkularisierung vgl. Reemtsma 1999: 13

18 Ähnlich: "Strafrechtlich werden nur solche Normen garantiert, auf deren generelle Beachtung zur Erhaltung der wesentlichen gesellschaftlichen Gestalt nicht verzichtet werden kann" (Jakobs 1983: 6).

19 Statt dessen verfährt man zirkulär: Die im Besonderen Teil des StGB beschriebenen Handlungen werden als sozialgefährliche Rechtsgutsverletzungen gedeutet, und umgekehrt werden die einer Ordnung widersprechenden sozialgefährlichen Rechtsgutsverletzungen überhaupt mit dem Umfang des Besonderen Teils des StGB gleichgesetzt" (Naucke 1964: 41; auch Staechelin 1998).

20 Zu "Sokrates": Platon (in: Kriton, 48 b 4 - d 5; Burkert 1999: 209); Karl Christian Friedrich Krause's handschriftlicher Nachlaß, Herausgegeben von Freunden und Schülern desselben. Zweite Reihe: Synthetische Philosophie. Vorlesungen über Rechtsphilosophie. Das System der Rechtsphilosophie, hrsg. v. Karl David August Röder, Leipzig 1874: 318, zit. n. Paul 1987: 257; Radbruch op.cit.: 150 f.

21 Die Rolle der Vernunft in der Straftheorie ist allerdings in der Tat eine

begrenzte: gefragt wird seit Jahrhunderten, wie am besten die Strafe zu begründen und zu nutzen sei; zur Kritik der Handlungsziele selbst ist sie in dieser reduzierten Form nicht in der Lage; auf dieser Ebene wäre der Vorwurf gegen die strafende Vernunft weniger einer des Logozentrismus (Ludwig Klages, Jacques Derrida) als der instrumentalistischen Verkürzung (Max Horkheimer). - Zur Täter-Opfer-Inversion vgl. Peters 1997 (wer die staatliche Reaktion a priori dramatisiert, den Täter als Opfer erscheinen läßt und die Verletzung des Opfers ausblendet, kann immer beklagen, daß mit Kanonen auf Spatzen geschossen werde. Das Passend-Machen der Realität im Sinne eines *corriger la fortune* ist aber mit dem Respekt vor dem ideellen Subjekt einer jeden Herrschaftskritik nicht zu vereinbaren und beschädigt regelmäßig weniger die Legitimation der Strafe als den Ernst der Kritik). - Andererseits sollte sich Kritik aber natürlich auch nicht durch die bloßen Umstände einschüchtern lassen. Oft fehlt zum Beispiel einfach der Rückenwind der Geschichte. Richtig oder falsch sind Argumente aber unabhängig von Mehrheitsverhältnissen; sich von einer Majorität ins Bockshorn jagen zu lassen, nur weil man gerade der einzige ist, der den Konsens stört, triebe die Demokratisierung der Wissenschaft doch entschieden zu weit.

22 Während die Rechtsethologie immer wieder 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: Penguin 1962: 160; zit. nach: Hess/Stehr, op.cit.: 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", offenbar satzungsmäßig selber gaben (vgl. Baumann 1984: 27-36; 27 f.).

23 Vgl. Luhmann 1983

24 Malinowski 1926/1940/1949: 20

25 Malinowski, op.cit.: 55 f.; nicht einmal überall dort, wo Recht entstand, entstand zugleich auch die Institution der Strafe: "So sehr dem Juristen der Praxis die Strafe problemlos erscheint, so wenig dem Historiker. Denn daß das Recht stets mit der Institution der Strafe verbunden gewesen sei, ist ein Irrtum" (Achter 1951: 9).

26 Hess & Stehr 1987: 18-56 (18). Gegenüber den Regeln und Werten akrophaler Gesellschaften stellten die ersten Strafgesetze den Versuch dar, reziprozitätsbasierte Gleichheitswerte durch herrschaftsorientierte Gehorsamswerte ersetzen, um (zunächst zufällig entstandene) Vorzugslagen der Anführer klientelärer Gefolgschaften ("big men") auf Dauer zu stellen.

27 Die Strafe ist also kein Urphänomen, sondern eine Erfindung von Inhabern privilegierter Positionen. Eine Gesellschaft ohne Sanktionen ist nicht möglich, ohne Strafe aber sehr wohl (vgl. Popitz 1980: 69 ff). Wenn Strafrechtswissenschaftler diesen Unterschied nicht so wichtig finden und meinen, daß es sich *for all practical purposes* gleichwohl rechtfertigen lasse, von der Universalität der Kriminalstrafe zu sprechen, setzen sie damit eine in Deutschland besonders starke Tradition fort, für die - wie schon bei Hegel - Geschichte und Entwicklung erst mit dem Staat überhaupt anfangen, da erst in ihm die menschliche Vernünftigkeit aus einer Möglichkeit in die Wirklichkeit hinübertritt. Vernünftigkeit ohne Recht und Strafe kann man so nicht denken.

28 "Die Gesellschaft dichtet ihr Versagen in die Schuld des Täters um, damit sie ein gutes Gewissen zum Strafen hat. Eine solche Strafe ist verkappte Rache" (Ostermeyer 1971: 7 f.).

29 *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*; Grotius 1646: 294. - Nicht zum Begriff der Strafe (zum Merkmal ihrer "Gerechtigkeit") gehört es, daß das Strafübel dem zu vergeltenden Übel entspricht, daß es also geeignet erscheint, ein durch die Tat zerstörtes Gleichgewichtsverhältnis wiederherzustellen oder zumindest Folgeschäden dieser Zerstörung zu minimieren.

30 "Jemand" ist im weitesten Sinne zu verstehen. Entscheidend ist, daß der Strafende dem Bestraften das Übel, auf welches er mit dem Strafübel reagiert, zurechnet. So hat man auch schon Prozesse gegen Hunde und Schweine geführt, und je nach Weltbild kann man auch Naturgewalten bestrafen. Xerxes ließ bekanntlich das Meer auspeitschen. Ob solche Zurechnungen und die darauf basierenden Strafen vernünftig sind, ist eine andere Frage.

31 Auch der Bestrafte muß "vorder strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen (...) zu ziehen"; zumindest aus der Perspektive (bzw. Darstellung) des Strafenden wird jemand bestraft, "weil er verbrochen hat" (Kant 1797: 453). - Dagegen scheint zwar die übereinstimmende Meinung des griechischen Sophisten Protagoras und des römischen Stoikers Seneca zu stehen, daß, wer mit Vernunft strafen wolle, dies nicht um des vergangenen Unrechts willen tue - er könne ja doch das Geschehene nicht ungeschehen machen -, sondern damit in Zukunft weder der Täter noch ein anderer noch einmal so ein Unrecht begingen (*nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*). Doch ohne ein vorange-

gangenes Übel als Anknüpfungspunkt und Legitimation hätten wohl auch diese beiden Denker nicht strafen wollen; woran ihnen lag, das war der Hinweis, daß ein vernünftiger Mensch die (durch die Vergangenheit gerechtfertigte) Strafe sinnvollerweise so gestaltet, daß sie einen nützlichen Effekt zeitigt (vgl. Burkert 1999: 211 ff.; zur Illusion der Alternativprofessoren der 60er Jahre vgl. Höffe 1999).

32 Wer sich rächt, will sich selbst durch den befreienden Gegenschlag wieder Zukunft ermöglichen, aber damit hat es sich auch schon. Mit mehr Intentionen wird die Rache nicht belastet. Ihr Problem ist allenfalls die Emotion, die Überreaktion, das Risiko einer schwerlich kontrollierbaren Spirale der Eskalation.

33 Eltern werden vielleicht einwenden, sie würden häufiger von ihren Kindern gestraft, als diese von ihnen. Doch das sind Imitationen der Form der Strafe, ohne Strafen zu sein: Revolten, Retaliationen, Unbotmäßigkeiten ... Strafen allenfalls in Anführungszeichen, als Zitate der Welt und der Autoritätsverhältnisse der Erwachsenen. - Insofern unterscheidet sich der strafende Versuch der Wiederherstellung gestörter Reziprozität in seiner vertikalen Organisation von dem horizontalen der Rache. Die Strafe ist eher als zukunftsorientiertes Zweckprogramm strukturiert, die Rache folgt eher einem Konditionalprogramm.

34 Vgl. aber die beachtliche Ausnahme bei Reemtsma (1999: 26): "... der Rachewunsch ist kein niedriges Bedürfnis, es sollte (als im Individuum fortbestehender Wunsch) nicht verachtet noch geächtet werden."

35 "Es ist ein bedeutender tragischer Zug des Lebens, daß derjenige, der ein Verbrechen straft, dadurch meistens selbst zum Verbrecher wird" (Friedrich Hebbel, Tagebücher 1835-1843): "Die Strafe hat den Zweck, den zu bessern, welcher straft. - das ist die letzte Zuflucht für die Verteidiger der Strafe" (Friedrich Nietzsche, Die frohliche Wissenschaft, beide zit. n. Müller-Dietz 1990: 131; 75).

36 Man kann also Eberhard Schmidhäuser (1971: 81) zustimmen, wenn er schreibt: "Strafen ist also - im Verhältnis zum Bestraften - sinnlos." - Man denke nur an die Szene im Werk von Gilbert K. Chesterton (1874-1936), in der ein Richter zum Angeklagten sagt: "Ich verurteile Sie zu drei Jahren Gefängnis in der festen und von Gott eingegebenen Überzeugung, daß das, was Ihnen wirklich nützt, ein dreiwöchiger Aufenthalt an der See ist". - Oder auch: "Ein seltsames Ding, unsere Strafe! Sie reinigt nicht den Verbrecher, sie ist kein Abbüßen: im Gegenteil, sie beschmutzt mehr als das Verbrechen selber" (Friedrich Nietzsche, Morgenröte. Gedanken über die moralischen Vorurteile; nach: Müller-Dietz 1990: 75).

37 Also derjenigen, um deretwillen eine Gesellschaft/Rechtsordnung bereit ist, auch solche moralischen und sozialen Kosten in Kauf zu nehmen, die man (da es sich um einschneidende Opfer handelt, die man unbeteiligten Dritten auferlegt) sonst nicht rechtfertigen könnte.

38 Interessant die Diskussion einer "mad reform" bei Pogge und sein Beispiel: der Vorschlag einer öffentlichen Exekution von 50 Autofahrern (die unter Alkoholeinfluß unschuldige Verkehrsteilnehmer ums Leben gebracht haben), um mittels der anderswo bereits experimentell bestätigten Abschreckungswirkung 500 unschuldigen Verkehrsteilnehmern pro Jahr das Leben zu retten. Wenn uns irgendetwas an diesem Vorschlag stört, dann hat dieses "etwas" damit zu tun, daß man den gefühlten Sinn der Strafe damit nicht gewahrt sieht (vgl. Pogge 1995: 260-265).

39 Dasselbe gilt für alle abstrakten Gefährdungsdelikte und die sog. Bagatelldelinquenz, wo man sich angesichts zivilrechtlicher Äquivalente wohl zu Recht weitgehend einig ist, "daß der Einzelhandel bei Verzicht auf strafrechtliche Verarbeitung des Kundendiebstahls ebensowenig ruiniert werden würde wie das Hotel- und Gaststättengewerbe"; so Frehsee 1991: 40; vgl. Schumann u.a. 1987; Albrecht/Hassemer/Voß 1992

40 Ausgerechnet darüber hat man freilich kaum geforscht. Die Empirie verfolgt eben gerne - wer wollte ihr das verdenken - Fragestellungen, die sie mit ihren Mitteln auch beantworten kann.

41 Sollte die Strafe in erster Linie den Täter am Rückfall hindern, würden die notwendigen Veränderungen von einer Art sein, die die Strafe nicht mehr Strafe sein ließen. Sollte sie in erster Linie abschrecken, wäre es - auf eine andere Art - dasselbe: da die erwartete Wahrscheinlichkeit einer Sanktionierung eine sehr viel größere Rolle spielt als deren Schwere, und da zudem die Steuerbarkeit des Verhaltens durch Strafandrohung bei kleineren Delikten höher ist, könnte oder müßte man im Bagatelldelinquenzbereich, wo "das Über-Ich (...) noch weitgehend unter heteronomer Kontrolle steht" (Haffke 1976: 170), am ehesten sowohl die Kontrolldichte erhöhen als auch zusätzlich durch die Schwere der Strafe den Prozeß der Norm-Internalisierung zu fördern versuchen, während man es bei Schwertdelinquenz bei einer Erhöhung der Kontrolldichte belassen und die Strafandrohungen womöglich ohne negative Folgen für die Kriminalitätsrate senken könnte. Tabuschränken fallen ja nicht allein schon aufgrund fehlender Strafandrohung, sondern erst dann, wenn die betreffenden Individuen überzeugt sind, sich in einer jener kulturell präfigurierten Ausnahme-Konstellationen zu befinden, in denen das Töten von der Autorität, die es sonst verbietet, geradezu gefordert wird. Kaum

jemand würde wohl bloß deswegen, weil die Strafandrohung wegfällt, auch schon andere Menschen umbringen. Nur dann, wenn eine solche kulturell präfigurierte Konstellation existiert oder für den Akteurshorizont erfolgreich simuliert wird (Milgram-Experiment) - und wohl doch nicht immer schon dann, "wenn nur deutlich wird, daß das Strafrecht nicht mitzureden hat" (Reemtsma 1999: 15, Fn. 20) - genügen gegen letzte Skrupel bei der Überwindung des Tötungstabus u.U. schon der bloße Gruppendruck, die Angst davor, als Schwächling zu gelten oder auch die Hoffnung auf materielle oder immaterielle Belohnungen (Zulagen, Ansehensgewinn), um auch ganz normale Männer zu Taten zu bewegen, die ihnen sonst nicht im Traume einfallen würden.

42 Das Resultat wäre vielleicht, daß Industrieunternehmen trotz nicht-existenten Umwelt-Strafrechts durchaus wirksam an der Verschmutzung der Umwelt gehindert würden (weil die nicht-strafenden Sanktionen der Gewerbeordnung - bis hin zur Stilllegung - durchaus genug "Biß" haben), der Konsum einstmals verbotener Drogen besser kontrolliert und die Anzahl der Drogentoten gesenkt würde (Jugendschutz, genußmittel- und gewerberechtliche Aufsichtsmaßnahmen mit nicht-strafrechtlichen Sanktionen wie Geldbußen und Entzug der Gewerbe-Erlaubnis), vielleicht sogar der Ladendiebstahl, die Beförderungerschleichung und alle (anderen) gewaltlosen Eigentums- und Vermögensdelikte zur größeren Zufriedenheit aller Beteiligten auf nicht-strafrechtlichen Wege geregelt würden.

43 Albrecht 1994: 31; vgl. auch Naucke 1985, Herzog 1987; ganz anders Plack 1974; Ostermeyer 1971

44 Symbolisch heißt aber nicht, daß eine Flucht aus dem empirischen Bezugsrahmen der Legitimation möglich wäre. Auch wer den Zweck der Strafe in der Prävention oder Kompensation negativer Folgen der Normverletzung sieht, in der Stabilisierung des Basisvertrauens der Bürger in einen von der Gewalt geschützten Kernbereich ihrer Freiheit, sollte zeigen können, welcher Art diese negativen Folgen der Normverletzung und welcher Art die positiven Wirkungen der Strafe in diesem Zusammenhang sind. Heute heißt es häufig, wenn man versucht, diese symbolische Funktion zu präzisieren, Aufgabe der Strafe sei "die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein auf Kosten des Normbrechers erfolgender Widerspruch zur Desavouierung der Norm" (Jakobs 1983: 8 f.; 385, 394 ff.); - oder es heißt, sie sei notwendig, weil sie "durch Befriedigung des Rechtsgefühls das allgemeine Rechtsbewußtsein stärkt" (Roxin 1979: 306). Das ist aber sehr vage. Denn die Norm wird auch im Zivil- und im Verwaltungsrecht als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt erhalten: ob das Amtsgericht dem Nachbarn aufgibt, die überhängenden Äste seiner Trauerweide zu beseitigen, oder ob man dem Pächter der im Viertel beliebten *Tazza d'Oro* sanktions-, aber nicht strafbewehrt erklärt, er möchte doch die CD mit den drei Tenören nicht nach Mitternacht spielen. Auf Kosten des Normbrechers geht auch der Einsatz der Polizei, bei dem die Anlage kurzfristig sichergestellt werden muß. Die Nachbarn, die all diese Aktionen mitbekommen, fühlen sich in ihrem Normbewußtsein bestärkt ... - Das Besondere der Strafe, so scheint es, wird hier noch verfehlt.

45 "Verbrechen ist die umrissene Verletzung des rechtlich konstituierten Basisvertrauens und setzt voraus, daß ein Anderer oder der Staat in einer Art verletzt werden, auf die er sich - in dem von der Rechtsordnung eingeräumten selbstorientierten Dasein - nicht aus eigener Kraft einstellen kann" (Wolff 1987: 213; Köhler 1983). Es geht also um einen sehr spezifischen Widerspruch gegen die negativen Folgen "des unerträglichen Beispiels der Verletzung der Rechts- und Sittenordnung" (Naucke 1964: 50). Andere Sanktionen reagieren auf bloße Nicht-Kooperation mit Anforderungen der Verwaltung oder auf andere Formen der Beeinträchtigung legitimer Interessen anderer. Was die Strafe leisten soll, ist die verbindliche symbolische Darstellung und Wiederherstellung des Rechts. Strafrecht ist nicht Prävention des Unrechts, sondern Manifestation des Rechts (vgl. Herzog 1987; zur Problematik der Subjektivität von "unerträglich" vgl. Naucke 1964: 50).

46 Wenn z.B. die Größe des Unrechts eine Gefängnisstrafe erfordert, dann heißt das gleichzeitig, daß man bereit ist, von den Folgen der Sanktion etwa für die Familie des Täters abzusehen. Dem Verbrecher werden auch noch die Folgen zugerechnet, die das Recht selbst mit seinem Verhalten verknüpft. "Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe" (§ 46 StGB).

47 Sie nötigt recht nachdrücklich zur Solidarität mit dem geschützten Wert, macht sogar gewissermaßen die Anerkennung vollgültiger Mitgliedschaftsrechte im Sozialverband davon abhängig, dieser Allgemeinverbindlichkeits-Erklärung der Bewertung des Verhaltens als unerträglich zumindest nicht zu widersprechen - und sich als Mindestanforderung durch Schweigen der moralischen Taxonomie des Gesetzes anzuschließen, die ihren Anspruch auf Ernsthaftigkeit eben nicht nur dem Täter gegenüber manifestiert, sondern auch die generelle Aufforderung enthält, sich dem Absolutismus der Nicht-Beachtung potentiell konkurrierender moralischer Bewertungen anzuschließen (also z.B. nicht das Leid der unschuldigen Kinder des Verurteilten als Argument gegen die Richtigkeit und Notwendigkeit der Strafe anzubringen).

48 Das Konzept des fragmentarischen Charakters des Strafrechts beschreibt

einerseits, daß aus dem großen Gebiet der Handlungen, die man für strafwürdig halten kann oder möchte, lediglich Teile, eben Fragmente, durch Gesetz für strafbar erklärt worden sind, fordert aber auch, möglichst wenige Taten durch Gesetz strafbar zu machen (Naucke 1991: 78).

49 Eines, das einerseits unberechtigtem Kriminalisierungsdruck der öffentlichen Meinung widerstehen könnte, andererseits aber z.B. auch in der Lage wäre, "einen menschenverachtenden Diktator noch während der Diktatur anzuklagen und zu verurteilen" (Naucke 1995: 486).

50 Inhalt eines solchen Kernstrafrechts wären nur vorsätzliche, mit Unrechtsbewußtsein begangene, gewaltsame Angriffe auf Leib, Leben und Freiheit - also Mord, Totschlag, gewaltsame Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Vergewaltigung, und - soweit Menschen mit Gewalt geschädigt wurden - auch Hoch- und Landesverrat (vgl. Naucke 1985: 195 f.; vgl. Ludwig-Mayerhofer 1995).

51 Nur selten wäre dem Strafgesetzgeber wohl eine Reduzierung seiner Prüfungspflichten auf das Maß eines Gerichts vor der Entscheidung über eine einstweilige Anordnung zuzubilligen (vgl. Müller-Dietz 1973: 37 ff.; Stäehelin 1998: 194-199; 254 ff.).

52 Einwirkungen auf den Verlauf moralischer Grenzen sind eine Konstante der Strafrechtsgeschichte bis hin zur amerikanischen Alkoholprohibition, der weltweiten Drogengesetzgebung und den Versuchen typischer und atypischer Moralunternehmer, ihre eigenen moralischen Überzeugungen als Überlebensbedingungen der Gesellschaft selbst darzustellen und ihnen diese Qualität durch den Gesetzgeber gleichsam notariell beurkunden zu lassen. In solchen Fällen ist Strafgesetzgebung keine Suche nach Gerechtigkeit, sondern Statuspolitik einer Wertekoalition gegen eine andere: einige Gruppen (z.B. Heterosexuelle, Marlboro-Raucher) lassen sich ihre kulturelle Hegemonie gegenüber Gruppen mit anderen Präferenzen (z.B. Homosexuelle, Cannabis-Raucher) durch das Strafgesetz bestätigen.

53 Vgl. Institut für Kriminalwissenschaften 1995; Amelung 1980; Jäger 1983, 1992; Böllinger 1991; Hill 1994; Hettinger 1995; Stäehelin 1998; Schulze-Fielitz 1988; Günther 1994.

54 Teubner 1984: 316.

55 Vgl. Habermas 1981, Band II: 522 ff.; wie man es auch nennt: man riskiert, im Teubnerschen Trilemma stecken zu bleiben, nämlich entweder eine völlige Indifferenz zwischen dem Regelungsinstrument und dem Regelungsgegenstand zu konstatieren (das Recht bleibt völlig wirkungslos), oder aber den Sozialbereich, auf den man regulierend einwirken will, unabsichtlich zu zerstören (Verrechtlichungs- und Kolonialisierungsproblem), oder aber durch die inadäquate Kopplung eine Selbstzerstörung des Rechts zu produzieren (vgl. Teubner 1984; Hegenbarth 1983).

56 Vgl. Teubner, op.cit.: 340; in diesem Zusammenhang wäre auch Höffles Unterscheidung von vollkommener, reiner und unvollkommener Verfahrensgerechtigkeit (S. 26) für eine Strafrechtsreform fruchtbar zu machen.

57 Es geht darum, Sachverhalte "in die institutionelle Logik der Bürokratie zu übersetzen und sobald wie möglich zu verschieben oder abzulegen", und die Bearbeitungsweise ist eher selbst- als fremdreferentiell: "Zerhaufen, Zertrennen, Hin- und Herschieben, bis der richtige Sachbearbeiter und die entsprechende gesetzliche Vorschrift gefunden worden sind (...) Von der Person des Klienten wird abgesehen. Das Problem wird aktenkundig" (Funk u.a. 1984: 20 f.). Die Auflösung der streng konditionalen Programmierung führt hier eher zu einer Struktur, "in which informal relationships and the survival needs of the organization become more important than the rights of the accused" (Cole 1973: 222).

58 Wie den Befürwortern der Strafe die Furcht vor der informellen Justiz zur Legitimation der Strafe dient ("alles andere wäre schlimmer"), so dient den Befürwortern der informellen Justiz die Angst vor den Schäden durch formelle Kriminalisierung also offenbar zur Legitimation eines anderen kaum haltbaren Zustands.

59 Vgl. Rawls 1990; Derrida 1991; Sousa e Brito 1995

60 "Moderne strafrechtliche Kontrollsysteme sind ein Teil der vielen Beispiele für verpaßte Gelegenheiten, Bürger an Aufgaben zu beteiligen, die sie unmittelbar berühren. (...) Das Opfer ist der erste Verlierer in dieser Situation (...). Der Staat steht im Rampenlicht, nicht das Opfer. Der Staat beschreibt und definiert die Schädigung: nicht das Opfer" (Christie 1986: 134).

61 Vielleicht spielt das Strafrecht die Rolle einer Projektionsleinwand, auf die man so lange seine Wünsche nach Anerkennung projiziert, solange man nicht wirklich mit ihm zu tun hat.

62 Wenn Opfer die Notwendigkeit der Strafe dennoch bejahen, dann sind damit häufig Dienstleistungen gemeint, die wir nicht gewohnt sind, vom Ensemble der Strafe analytisch zu trennen: die Frage der Versicherungsansprüche bei Eigentums- und Vermögensdelikten, die Frage der Identifizierung und Verfügbarmachung des Verdächtigen für die Geltendmachung der Ansprüche des Opfers, die Frage der Sicherung vor Wiederholungs- oder

Rache-Akten des Täters und vieles andere. Wie all diese legitimen Bedürfnisse genauer zu definieren und zu befriedigen sind, das weiß vielleicht nicht das Opfer selbst allein oder am besten, aber andererseits kann man auch sagen: ohne Ernstnehmen des jeweiligen konkreten Opfers, seiner Situation und Bedürfnisse, seiner Verletzungen und Behinderungen im Umgang mit der Welt nach einem Verbrechen wird dies jedenfalls auch keine andere Instanz wissen können.

63 Zur Problematisierung der Sachverhaltsrekonstruktion vgl. Hulsman/Bernat de Celis 1992: 20 ff.; Löscher 1999: 277 ff.

64 Nils Christie hat einmal die Stadien eines Prozesses in einem opferorientierten Gericht festgehalten: (1) Sachverhaltsrekonstruktion - es gilt herauszufinden, ob ein Rechtsbruch vorliegt und ob diese Person ihn begangen hat, (2) unter Umständen tagelange Erörterung der Lage des Opfers aus seiner Perspektive und in seiner Rahmung und Schwerpunktsetzung, ohne Zeitdruck oder Oktroi juristischer Relevanzstrukturen: "Besonders wichtig ist dabei die genaue Feststellung, wie dem Opfer geholfen werden kann, und zwar zuerst von seiten des Täters, sodann von der Nachbarschaft, und dann vom Staat", (3) Beratung über eine mögliche weitere, über die Pflichten des Täters einschließlich Genugtuungsleistungen gegenüber dem Opfer hinausgehende Sanktionsnotwendigkeit ("Möglicherweise muß auch nichts getan werden. Aber die Nachbarschaft findet es vielleicht unerträglich, daß nichts geschieht"), (4) Thematisierung des Täters und einer Reintegrationsperspektive auch für ihn. Für eine von den Beteiligten als gerecht akzeptierte Regelung, so Christie, wirke sich die dominierende Rolle und Definitionsherrschaft von Juristen nicht immer günstig aus; Sprachbarrieren, Professionsegoismen, bewußte oder unbewußte "Klassenjustiz", all dies und mehr scheint die klassische Vorstellung von der Überlegenheit juristischer Subsumtionen in Frage zu stellen; so plädiert Christie denn für ein Gericht aus Gleichen, aus Laien, und für Entscheidungen, die von einem großen Kreis von Personen getragen werden, die verbindlich sind, aber nicht autoritär von einem Vertreter des Gewaltmonopols verkündet werden (vgl. Christie 1986: 137 ff.). Vorschläge für ein opferorientiertes Gericht gehen so tief in die Struktur der Institution, daß man nicht recht wissen kann, ob sie sich einer besseren Strafe oder einer Überwindung der Strafe durch Besseres annähern (wollen/werden); ähnlich wie sich ja auch Vorschläge für integrationsorientierte Gefängnisse nicht einem besseren Gefängnis, sondern schon logisch eher dessen Überwindung nähern; weitergehend: Bianchi 1988; Hulsman 1986; Hulsman/Bernat de Celis 1992.

65 Reemtsma 1999: 10; vgl. auch Hassemer 1990: 69 f.; "Das Strafrecht entfernt das Opfer aus seiner polaren Stellung gegenüber dem Täter und nimmt diese Stellung selber ein. (...) Im Strafrecht ist das Opfer neutralisiert (...). Staatliches Strafrecht entsteht mit der Neutralisierung des Opfers" (Hassemer 1990: 69 f.); "Man könnte, wollte man den Sachverhalt mit Foucault formulieren, sagen, daß die Macht des Strafrechts auf der Entmachtung des Opfers beruht" (Reemtsma 1999: 10); "Der Staat setzt sich selbst an die Stelle des Opfers und damit in den Mittelpunkt des Geschehens, mehr noch: er versteht sich auch selbst als das eigentliche Tatopfer" (Koch 1988: 40).

66 Es wurde schon vorgeschlagen, den Strafprozeß von einer zwei- zu einer dreiseitigen Konfrontation zu machen: zwischen Opfer, Staat und Täter (Waller 1986). Konsequenterweise wird man sich aber fragen müssen, ob sich der Staat nicht auf Schutzdienste und Verfahrensgarantien zurückziehen sollte, - Marginale Verbesserungen der Rechte und Situation des Opfers im Strafprozeß genügen nicht. Gewiß: Polizei- und Gerichtsroulines werden verändert, Zeugschutz, Zeugenbegleitung und Zeugenbetreuung eingeführt, gemeinnützige Vereine nehmen sich als Zeugen geladener Kinder, Vergewaltigungsoffer und anderer traumatisierter oder durch den Prozeß re-viktimisierungsgefährdeter Zeugen an. Das Bedürfnis der Opfer, daß das ihnen Angetane öffentlich und verbindlich als Unrecht gebrandmarkt wird, wird gleichwohl durch das Urteil selten befriedigt.

67 Auf die Bedeutung der Semantik weist Hulsman hin (1986; 1992): gerade bei Delikten innerhalb des sozialen Nahrungsfeldes verfügt man nicht umsonst über ein reichhaltiges Arsenal nicht-kriminalisierender Deutungsmuster und entsprechender semantischer Techniken.

68 *Autoritäre Rudimente* wie die Strafe stören diese Anerkennungsverhältnisse nicht unerheblich. Sozialforscher meinen, daß das Vertrauen der Bürger in den Staat vor allem dann rapide abnehmen würde, wenn dieser versuchen sollte, obsolet gewordene Formen autoritärer Steuerung und paternalistischer Entmündigung wieder einzuführen. Vertrauen werde dem Staat heutzutage in dem Maße entgegengedrückt, in dem er willens und fähig sei, "to provide the conditions for diversity to flourish. Confidence will depend (...) on generating a sense of well-being, continuity, and existential freedom. Loyalty will probably only come into question if the state seeks to reinstitute paternalism. Also (...) the state and other political bodies will have to trust the citizens more, with the open circulation of information, and the devolution of power and responsibility. Governments of states and regions, and international bodies, will have to behave more as civil associations, holding the ring between exclusive groups rather than as inclusive and all embracing sovereign powers" (Gibbins/Reimer 1995: 331); weiter differenzierend vgl. Feinberg 1984, Lüderssen 1995; Ludwig-Mayerhofer 1995: 295.

69 Zum Begriffspaar kataskopisch-anaskopisch vgl. Hulsman 1986; zum jurizentrischen Weltbild vgl. Steinert 1980; eine weiter zu differenzierende Verknüpfung besteht wohl zwischen jurizentrischem Weltbild und der Ingroup/Outgroup-Spaltung des Strafrechts, wie Jakobs (1985) sie analysierte.

70 Vgl. folgenden Dialog zwischen F. Ringelheim und M. Foucault (in: Michel Foucault, *Dits et écrits 1954-1988*, Bd. IV: 1980-1988, Paris: Gallimard 1994: Qu'appelle-t-on punir?: 636-646, 643): "Louk Hulsman constate qu'une majorité de délits échappent au système pénal sans mettre la société en péril. (...) Je crois qu'il y a énormément de choses intéressantes dans la thèse de Hulsman, ne serait-ce que le défi qu'il pose à la question du fondement du droit de punir, en disant qu'il n'y a plus à punir. (...) C'est-à-dire que (...) pour lui, la réflexion sur le fondement du droit de punir et la manière de réagir à une infraction doivent faire corps. Tout cela me paraît très stimulant."

71 Interessanterweise scheint die Vorstellung, daß das Ausbleiben der Strafe zu unabherrbaren negativen Folgen führe, daß also "einzig das Strafrecht zwischen Ordnung und Chaos steht und jegliche Reduktion des Strafrechts mehr Unordnung bedeutet" (Steinert 1980: 304 f.), auf die Perspektive beschränkt, welche die Gesellschaft kataskopisch sieht. Es gehört zum *bias* der Herrscher, daß sie die Gesellschaft im wesentlichen für einen *leeren Raum* halten, der ohne ständige Ordnung von oben keinerlei Strukturierungs- und Orientierungsleistungen hervorzubringen vermöchte. Außerhalb dieses *jurizentrischen Weltbilds* (Steinert) existiert die Gesellschaft selbst hingegen aus hochkomplexen Feldern, Netzwerken, Kommunikationen und Interaktionen, Institutionen und auch Werten und Normen, im Verhältnis zu welchen die rechtlichen Ordnungsversuche häufig weniger als Wohltat denn als paternalistische Interferenz erscheinen; zur Unterscheidung von kataskopischem und anaskopischem Blick vgl. Hulsman 1986; vgl. weiterhin Kaiser (1987), v. Trotha (1983), Scheerer (1991).

72 Ein Untersuchungsausschuß kann Schuld festzustellen versuchen, muß aber nicht alles auf die Schuldfrage konzentrieren; es ist denkbar, daß man im Hinblick auf Schuld auch auf negative Sanktionen kommt - doch die werden nicht nach dem Wenn-Dann-Programm von Tatbestand und Rechtsfolge durch Subsumtions-Automatik ermittelt, sondern kommunikativ und kreativ ermittelt; sie sind nicht der Punkt, auf den alles hinausläuft, aber weil sie auf die individuelle Situation abgestellt werden können, sind sie effektiver und re-integrativer zugleich (re-integrative shaming; vgl. Braithwaite 1989). Großflächige Hintergründe interessieren genauso wie einzelne Handlungsunrecht, ohne daß das eine oder das andere alleine zu Konsequenzen nötig und damit womöglich den Schein der Erledigung von Problemen herstellt. - Der Täter schließlich sollte wissen, daß auch diejenigen, die über ihn urteilen und ihn verurteilen, sich bewußt sind, daß das, was er getan und zu verantworten hat, im Prinzip ihn nicht von denen unterscheidet, die ihn richten. Mit anderen Worten: die Sanktion, die wir ihm zumuten, muß immer so beschaffen sein, daß wir ihre Gerechtigkeit und Notwendigkeit auch dann anerkennen müßten, wenn sie den Menschen bestrafe, der uns am liebsten ist (vgl. Schmidhäuser 1971: 109).

73 "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"; Nietzsche 1887/1983: 60; Otfried Höffe (1999) kann dieses Zitat als positives Beispiel der (abolitionistischen) Strafrechtskritik - der er ja vorzuwerfen scheint, "sich in moralisierenden Pauschalvorwürfen zu gefallen" (S. 20) - nur deshalb vorhalten, weil er nicht weiß, wie sehr diese gerade das tut, was er verlangt, nämlich zu "überlegen, wie eine Gesellschaft aussehen mußte", die auf die Strafe verzichten könne (vgl. Christie 1986; Hulsman & Bernat de Celis 1982).

74 "Mutige und aufrichtige Gelehrte wie Dimitrij Drill üben radikale Kritik an der sozialen Institution der Strafe selbst und vergleichen den Staat, der das heutige Strafsystem handhabt, mit einem Menschen, der Beschädigungen an einer Maschine durch neue Beschädigungen gutmachen will" (Reik 1925/1974: 160). Reik selbst glaubte, daß sich künftig "das Geständnis vielleicht isoliert erhält und schließlich selbst an die Stelle der Strafe treten kann" und dann vielleicht "eine sehr ferne Zeit, die milde auf dies Heute blicken wird, die Strafe abschaffen wird" (Reik a.a.O.: 161).

75 Vgl. Burnheim 1987: 31; letztlich wird die Praxis entscheiden; die aber wird der theoretischen Praxis bedürfen, um in Gang zu kommen; erst kürzlich tauchte zumindest ein Seminarartikel auf, der nicht die Ethik der Strafe behandelte, sondern die *Ethik des Nicht-Strafens* (Dr. Carmen Gransee, Aufbaustudium Kriminologie, Universität Hamburg; vgl. Gransee 1999).

Literatur

- Achter, V. (1951). *Die Geburt der Strafe*. Frankfurt: Vittorio Klostermann.
- Adorno, Th.W. et al. (1950). *The Authoritarian Personality*. London: Norton.
- Albrecht, P.-A. (1994). Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik, in: *Tatsachenerfassung, Verteidigung und erweiterte Anwaltsaufgaben im Strafprozess* / 18. Strafverteidigertag vom 11.-13. März 1994 in Hannover (hrsg. v. den Strafverteidigervereinigungen), 1. Aufl. Köln: 15-33.
- Albrecht, P.-A., Hassemer, W. & Voss, M. (1992). *Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung*. Vorschläge der Hessischen Kommission 'Kriminalpolitik' zur Reform des Strafrechts. Baden-Baden: Nomos.
- Amelung, K. (1980). Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 92, 1980: 19 ff.
- Arndt, A. (1968). *Strafrecht in einer offenen Gesellschaft*. Sitzungsbericht J zum 47. Deutschen Juristentag, München: C.H. Beck 1968.
- Baumann, J. (1984). Strafe als soziale Aufgabe, in: *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich 1984: 27-36.
- Beccaria, C. (1764/1966). *Über Verbrechen und Strafen*. Frankfurt: Insel (Orig. Livorno).
- Ben-Habib, Sh. (1989). Der verallgemeinerte und der konkrete Andere. Ansätze zu einer feministischen Moralphilosophie, in: List, E. & Studer, H. (Hg.): *Denkerhalmische. Feminismus und Kritik*, Frankfurt: 454-487.
- Bianchi, H. (1988). *Alternativen zur Strafjustiz*. Biblische Gerechtigkeit. Freistätten. Täter-Opfer-Ausgleich. München: Kaiser, Mainz: Matthias Grünewald.
- Böllinger, L. (1991). Strafrecht, Drogenpolitik und Verfassung, in: *Kritische Justiz* 1991: 393 ff.
- Braithwaite, J. (1984). *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Braithwaite, J. (1989). *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brunkhorst, H. (1986). Sozialtherapie - Schuld - Strafe, in: Müller, S. & Otto, H.-U. (Hg.): *Damit Erziehung nicht zur Strafe wird*. Bielefeld: Bömmert: 27-28.
- Brunkhorst, H. (1994). *Demokratie und Differenz*. Vom klassischen zum modernen Begriff des Politischen. Frankfurt: Fischer.
- Burkert, W. (1999). Stichwort "Strafe. I. Antike", in: *Ritter & Gründer 1999*: 208-216.
- Burnheim, J. (1987). *Über Demokratie*. Alternativen zum Parlamentarismus. Berlin: Wagenbach (engl. Orig. 1985).
- Bussmann, K.-D. & Kreissl, R. (1996). Vorwort, zu: dies., Hg., *Kritische Kriminologie in der Diskussion*. Theorien, Analysen, Positionen. Opladen: Westdeutscher Verlag: 13-15.
- Campanella, T. (1623/1960). Sonnenstaat (Civitas Solis), in: Heinisch (Hg.) (1960): 111-169.
- Christie, N. (1985). Criminal Organization, in: *development dialogue*. A journal of intern. development cooperation published by the Jäg Hammar-skjöld Foundation, Uppsala, Schweden 2: 144-149.
- Christie, N. (1986). Konflikte als Eigentum, in: ders., *Grenzen des Leids*. Bielefeld: AJZ: 125-145.
- Cole, G.F. (1973). *Politics and the Administration of Justice*. Beverly Hills, London: Sage.
- Derrida, J. (1991). *Gesetzeskraft. Der 'mystische Grund der Autorität'*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Feinberg, J. (1984). *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. I, New York, Oxford: Oxford University Press.
- Fleischer, H. (1975). *Marxismus und Geschichte*. 5. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp.
- Foucault, M. (1994). Qu'appelle-t-on punir?, in: ders., *Dits et écrits 1954-1988*, Bd. IV: 1980-1988, Paris: Gallimard: 636-646.
- Frehsee, D. (1987). *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Frehsee, D. (1991). Die Kriminalität der Angepaßten, in: *Kriminologisches Journal*: 23: 25-45.
- Frommel, M. (1987). *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Funk, A., Haupt, H.G., Narr, W.D. & Werkentin, F. (1984). *Verrechtlichung und Verdrängung*. Die Bürokratie und ihre Klientel. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Gibbins, J.R. & Reimer, B. (1995). Postmodernism, in: J.W. van Deth, E. Scarbrough, eds., *The Impact of Values*. Oxford: Oxford University Press 1995: 302-331.
- Gransee, C. (1999). *Zum Verhältnis von abolitionistischen und feministischen Problemstellungen - Eine Re-Vision*. Unveröffentlichtes Manuskript (Hamburg).

- Grotius, H. (1646). *De jure belli ac pacis libri tres*. Amsterdam: Ioh. & Cornelius Blaeu; dt. Übersetzung in: Th. Vormbaum, Hg. (1998). *Strafrechtsdenker der Neuzeit*, 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos: 13-25 ("De iure belli ac pacis, 1625").
- Günther, K. (1989). Natürlich sind wir für die Abschaffung des Strafrechts! Sind wir es wirklich? Über einige moralische Aporien gegenwärtiger Kriminalpolitik, in: G. Gamm & G. Kimmerle, Hg., *Vorschrift und Autonomie: zur Zivilisationsgeschichte der Moral*. Tübingen: Ed. Diskord: 41-54.
- Günther, K. (1994). Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik, in: *Kritische Justiz* 1994: 135 ff.
- Habermas, J. (1981). *Theorie kommunikativen Handelns*. Band II, Frankfurt: Suhrkamp.
- Haffke, B. (1976). *Tiefenpsychologie und Generalprävention*. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung. Aarau: Frankfurt.
- Hanack, E.-W. (1969). *Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik*. Neuwied: Luchterhand.
- Hanak, G., Stehr, J. & Steinert, H. (1989). *Ärgernisse und Lebenskatastrophen*. Über den alltäglichen Umgang mit Kriminalität. Bielefeld: AJZ.
- Hassemer, W. (1983). Straftziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, in: Hassemer, W., Lüderssen, K. & Naucke, W., *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*. Heidelberg: C.F. Müller 1983: 39-66.
- Hassemer, W. (1990). *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2., 5. Aufl. geb. Aufl. München: C.H. Beck.
- Hassemer, W. (1997). Warum und zu welchem Ende strafen wir?, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 30: 316-321.
- Hegel, G.W.F. (1820). *Sämtliche Werke* (Glockner). Stuttgart: Frommann, Bd. 7.
- Hegenbarth, R. (1983). Selbstauflösung des Rechtssystems?, in: R. Voigt, Hg., *Abschied vom Recht?* Frankfurt: Suhrkamp: 67-90.
- Heinisch, K.J., Hg. (1960). *Der utopische Staat*. Reinbek: Rowohlt.
- Hermans, D. (1998). Zur Situation der Opfer: Das Opfer als Mittelpunkt der Konfliktbearbeitung - eine Alternative zur Instrumentalisierung des Opfers zu Zwecken am Täter, in: Komitee für Grundrechte und Demokratie, Hg., *Alternativen zur strafrechtlichen Gewalt*. Dokumentation einer Tagung. 1. Aufl. Köln: 55-70.
- Herzog, F. (1987). *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts?* Frankfurt, Zürich: Peter Lang.
- Hess, H. & Stehr, J. (1987). Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens, in: *Kriminologisches Journal* 2. Beiheft 1987: 18-57.
- Hettinger, M. (1995). Zur Rationabilität heutiger Strafgesetzgebung im Hinblick auf die Rechtsfolgenbestimmung, in: *Goldammer's Archiv*: 399 ff.
- Hill, H. (1994). Politikverdrossenheit - auch durch schlechte Gesetzgebung?, in: Letzgas u.a. (Hg.): *FS-Helmrich*, München: 513 ff.
- Höffe, O. (1999). *Proto-Strafrecht*. Programm und Anfragen. Hauptreferat auf der Tagung "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende". Berlin, Okt. 1999.
- Hulsman, L.H.C. (1986). Critical criminology and the concept of crime, in: *Contemporary Crises* 10: 63-80.
- Hulsman, L.H.C. & Bernat de Celis, J. (1982). *Peines perdues*. Paris: Le Centurion.
- Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M., Hg. (1995). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt, Berlin, Bern: P. Lang.
- Jäger, H. (1983). Strafgesetzgebung als Prozeß, in: G. Kohlmann (Hg.), *FS-Klug*. Köln u.a.: Heymanns: 83 ff.
- Jäger, H. (1992). Irrationale Kriminalpolitik, in: P.-A. Albrecht u.a. (Hg.): *FS-Schüler-Springorum*. Köln u.a.: Heymanns: 229 ff.
- Jakobs, G. (1983). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. Berlin, New York: Springer (2. Aufl. 1991).
- Jakobs, G. (1985). Kriminalisierung im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97: 751 ff.
- Kaiser, G. (1987). Abolitionismus - Alternative zum Strafrecht? Was läßt der Abolitionismus vom Strafrecht übrig?, in: W. Küper, Hg., *FS-Lackner*. München: C.H. Beck: 1027-1046.
- Kant, I. (1797/1968). Die Metaphysik der Sitten, in: Weischedel, W. (Hg.), *Kant, Werke in zwölf Bänden*. Frankfurt: Suhrkamp, Bd. VIII: 309-614.
- Kargl, W. (1995). *Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht*. Schlußfolgerungen aus dem Milgram-Experiment. Heidelberg: C.F. Müller.
- Klug, Ulrich (1968). Abschied von Kant und Hegel, in: J. Baumann (Hg.): *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer. Frankfurt: Luchterhand: 36-41.
- Koch, H. (1988). *Jenseits der Strafe*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Siebeck).
- Köhler, M. (1983). *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*. Heidelberg: R.v. Decker's & C.F. Müller.
- Liszt, F.v. (1883). Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 3: 1-47.
- Löschper, G. (1999). *Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Handelns*. Baden-Baden: Nomos.
- Ludwig-Mayerhofer, W. (1995). Diversion und Privatisierung staatlicher Sanktionen, in: F. Sack, Hg., *Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befunde, Konzepte, Tendenzen*. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos: 287-302.
- Ludwig-Mayerhofer, W. (1998). *Das Strafrecht und seine administrative Rationalisierung*. Kritik der informellen Justiz. Frankfurt, New York: Campus.
- Lüderssen, K. (1995). *Abschaffen des Strafansatzes?* Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1983). *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: Suhrkamp 1983.
- Malinowski, B. (1926). *Crime and Custom in Savage Society*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co.; zit. n. der deutschen Übersetzung der 3. Aufl. 1940: *Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern*. Bern: A. Francke (o.J./1949?).
- Matza, D. (1973). *Abweichendes Verhalten*. Heidelberg: Quelle & Meyer.
- Mead, G.H. (1918). The Psychology of Punitive Justice. *The American Journal of Sociology*. 23. March, Number 5: 577-602.
- Miller, A. (1983). *Am Anfang war Erziehung*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Morus, Th. (1516/1960). Utopia, in: Heinisch (Hg.) 1960: 7-110.
- Müller-Dietz, H. (1973). *Strafe und Staat*. Frankfurt: Vittorio Klostermann.
- Müller-Dietz, H. (1990). *Grenzüberschreitungen*. Beiträge zur Beziehung zwischen Literatur und Recht. Baden-Baden: Nomos.
- Naucke, W. (1964). *Die Lehre vom strafbaren Betrug*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Naucke, W. (1985). Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff. Stuttgart: Steiner.
- Naucke, W. (1991). *Strafrecht. Eine Einführung*. 6. Aufl. Frankfurt: Alfred Metzner.
- Naucke, W. (1995). Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus, in: *Institut für Kriminalwissenschaften*. Frankfurt 1995: 483-498.
- Nietzsche, F. (1887/1983). *Zur Genealogie der Moral*. Eine Streitschrift. Vollständige Ausgabe nach dem Text der Erstausgabe ... München: Goldmann
- Nietzsche, F. (1888/1966). *Der Wille zur Macht*. Vorrede. München: Hanser 1966.
- Ostermeyer, H. (1971). *Strafverfahren*. München: Carl Hanser.
- Paul, W. (1987). Auf der Suche nach etwas besserem als Strafrecht. - Eine Erinnerung an die Strafrechtsphilosophie von Karl Christian Friedrich Krause und deren Rezeption durch den Krausismo Espanol, in: W. Hassemer, Hg., *Strafrechtspolitik*. Bedingungen der Strafrechtsreform. Frankfurt/New York: Peter Lang 1987: 255-279.
- Peters, H. (1997). Distanzierung von der Praxis in deren Namen, in: *Kriminologisches Journal* 29: 267-274.
- Plack, A. (1974). *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*. München: List.
- Pogge, Th.W. (1995). Three Problems with Contractarian-Consequentialist Ways of Assessing Social Institutions, in: *Social Philosophy & Policy* 12: 241-266.
- Popitz, H. (1980). *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Popper, K. (1966). *The Open Society and its Enemies*. Vol. I. London: Routledge.
- Radbruch, G. (1929/1969). *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 8. Aufl. 1929, 12. durchgearbeitete Auflage nach dem Tode des Verfassers besorgt von Konrad Zweigert, Stuttgart: K.F. Koehler 1969.
- Rawls, J. (1990). *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. 5. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp.
- Reemtsma, J. P. (1999). *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem*. München: C.H. Beck.
- Reik, Th. (1925/1974). Geständniszwang und Strafbedürfnis. Probleme der

Psychoanalyse und der Kriminologie., in: Moser, T. (Hg.): *Psychoanalyse und Justiz*. Frankfurt: Suhrkamp 1974: 31-223.

Ritter, J. & K. Gründer, Hg. (1999). *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (völlig Neubearb. Ausgabe des 'Wörterbuchs der philosophischen Begriffe' von Rudolf Eisler). Band 10: St-T, Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft: 208-261.

Roxin, C. (1979). Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Kaufmann, A. (Hg.): *FS-Bockelmann*. München: C.H. Beck: 279 ff.

Rutschky, K., Hg. (1977). *Schwarze Pädagogik*. Quellen zur Naturgeschichte der bürgerlichen Erziehung. Frankfurt, Berlin, Wien: Ullstein.

Scheerer, S. (1991). Abolitionismus, in: Sieverts, R. & Schneider, H.J. (Hg.): *Handwörterbuch der Kriminologie*. In völlig neu bearb. zweiter Auflage, Band 5, Berlin: de Gruyter: 289-301.

Scheerer, S. (1993). Strafe muß sein! Muß Strafrecht sein?, in: Böllinger, L. & Lautmann, R. (Hg.): *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft: kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger*. Frankfurt: Suhrkamp: 69-78.

Schild, W. (1999). Stichwort "Strafe" III. Deutscher Idealismus; deutsche Philosophie bis zum Ende des 19. Jh., in: Ritter & Gründer 1999: 226-249.

Schmidhäuser, E. (1971). *Vom Sinn der Strafe*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Schmidt, E. (1965). *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Schulze-Fielitz, H. (1988). *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*. Berlin: Duncker & Humblot.

Schumann, K.F. u.a. (1987). *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*. Neuwied: Luchterhand.

Sousa e Brito, J.de (1995). Die gerechte Begrenzung der Gerechtigkeit im Recht, in: Ch. Demmerling & Rentsch, Th., Hg., *Die Gegenwart der Gerechtigkeit*. Diskurse zwischen Recht, praktischer Philosophie und Politik. Berlin: Akad. Verl.: 29-38.

Staechel, G. (1998). *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot.

Steinert, H. (1980). Kleine Ermütigung für den kritischen Strafrechtler, sich vom 'Strafbedürfnis der Bevölkerung' (und seinen Produzenten) nicht einschüchtern zu lassen, in: K. Lüderssen & F. Sack, Hg., *Seminar: Abweichendes Verhalten. IV. Kriminalpolitik und Strafrecht*. Frankfurt: Suhrkamp: 302-357.

Swift, J. (1726/1979). *Gullivers Reisen*. Stuttgart: Reclam.

Teubner, G. (1984). Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: F. Kübler, Hg., *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Baden-Baden: Nomos: 290-344.

Trotha, T.v. (1983). 'Limits to Pain'. Diskussionsbeitrag zu einer Abhandlung von Nils Christie, in: *Kriminologisches Journal* 15: 34-53.

Vila, A. (1998). A General Paradigm for Understanding Criminal Behavior: Extending Evolutionary Ecological Theory, in: S. Henry / W. Einstaedter, eds., *The Criminology Theory Reader*, New York, London: New York University Press: 508-531.

Vornbaum, Th., Hg. (1998). *Strafrechtsdenker der Neuzeit*. Baden-Baden: Nomos.

Waller, I. (1986). Victim vs Regina vs Malefactor: Justice for the next 100 Years, in: J.v. Dijk et al., eds., *Criminal Law in Action*. An overview of current issues in Western societies. Arnhem: Gouda Quint bv: 419-438.

Wolff, E.A. (1987). Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: W. Hassemer, Hg., *Strafrechtspolitik*. Frankfurt, Bern, New York: Peter Lang: 137-224.

Zimring, F.E. & Hawkins, G.J. (1973). *Deterrence*. The Legal Threat to Crime Control. Chicago, London: Chicago University Press.

Adresse

Prof. Dr. Sebastian Scheerer, Universität Hamburg, Institut für kriminologische Sozialforschung, Tropelwitzstraße 7, D-22529 Hamburg
E-Mail: Scheerer@uni-hamburg.de

Kritik

Gibt es tatsächlich überzeugende Alternativen zur (staatlichen) Strafe?

Hans-Jörg Albrecht

((1)) Die Kritik der "strafenden Vernunft" leitet ein mit der Konstruktion von Positionen zur (staatlichen) Strafe, die schlicht auf die Nenner "Strafe muss sein" und "Strafe muss nicht sein" gebracht werden können. Schon in den Eingangsbemerkungen wird dann zur Stützung der These "Strafe muss nicht sein" auf Entwicklungen in der Pädagogik verwiesen (2), anhand derer wohl ein gewichtiger Nachweis dafür erbracht werden soll, dass sich gesellschaftliche Systeme von Vorstellungen befreien können, die dem festen Glauben an den Einsatz von Strafen als notwendig und unabdingbar für die Erhaltung sozialer Ordnung verhaftet sind. Die Scheerersche Kritik der Strafe ist in vier Thesen aufbereitet, die die gesamte Breite der Auseinandersetzungen um die Strafe widerspiegeln. Jedoch bewegt sich die Kritik zwischen der Lösung "Es geht auch ohne (Staat und) Strafe" und einem Programm des "Es geht auch mit weniger Staat und weniger Strafe", ohne dass ganz klar würde, wohin die Reise letztendlich gehen soll. Es bleibt letztlich bei einem Versuch, wenn schon nicht das Verbrechen, so doch einen als notwendig angesehenen Zusammenhang zwischen Verbrechen und Strafe "wegzudenken". Vom Ausgangspunkt des "Die Strafe ist kein Kulturerbe der Menschheit" geht es zur Überlegung: "Die Strafe ist als Steuerungsinstrument nicht erforderlich", sodann zu der Erwägung: "Die Strafe markiert den Raum der Freiheit", und schließlich zum Fazit: "Besseres als die Strafe ist keine Utopie". Im wesentlichen geht es damit um die bekannten Forderungen nach einer Zurückschneidung des staatlichen Strafrechts auf ein "Kernstrafrecht" (47), für das der Bedarf an "Normvalidierung" akzeptiert und "Strafwürdigkeit" attestiert wird (41). Dahinter steht ein Bemühen, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Übermaßverbot im Zusammenhang mit Strafrechtssetzung, Strafandrohung und Strafanwendung zu konkretisieren. Die Konturen eines solchen "Kernstrafrechts" – und damit auch der Restbestände von notwendiger Strafe – bleiben freilich unsichtbar, sieht man von vagen Andeutungen ab, die Raub- und Sexualmord (41) sowie "unerträgliche" Angriffe (39) auf die Person zu Kandidaten eines solchen Strafrechts machen. Undeutlich bleiben auch die Konsequenzen, die sich für dieses Kernstrafrecht ergeben würden; insbesondere aber bleibt ungeklärt, ob und inwieweit in einem solchen Kernstrafrecht nach wie vor konventionelle (und auf Exklusion sowie die Zufügung von Leiden zielende) Strafen wie die Freiheitsstrafe eine tragende Rolle spielen würden. Das fehlende Profil wäre nicht sonderlich erheblich, wenn es nicht andererseits um eine Kritik ginge, die sich auf die Annahme gründet, dass sowohl etwas Anderes als auch etwas Besseres als Strafrecht und Strafe bereits existiert hat und zudem für die Zukunft möglich sei. Es steht zu erwarten, dass das Andere und Bessere über dieses Stadium des Vagen nicht hinauskommen wird. Da allerdings die Entwicklung des Straf-

rechts auf der einen und Theorien strafrechtlicher Sozialkontrolle auf der anderen Seite seit langem die Abhängigkeit des Strafrechts von anderen sozialen Systemen der Verhaltenskontrolle betonen und darüber hinaus heute wohl niemand mehr ernsthaft annimmt, Strafrecht und Strafe seien in ihren Wirkungen unabhängig von sozialen Normen und Akzeptanz oder grundsätzlich aus der Konkurrenz von Hypothesen zur Entstehung und zur Erhaltung sozialer Ordnung ausgenommen, wirkt das, was an Strafpositionen kritisiert wird – und dies ist nicht zuletzt auch sichtbar in der Literaturliste –, künstlich und für die Aufbereitung der Kritik hergestellt; schließlich bleiben die Erörterungen – doch sei dies bloß am Rande angemerkt – euro-zentriert.

((2)) Der ersten These ist zunächst leicht zuzustimmen. Die staatliche Strafe ist sicher kein Kulturerbe der Menschheit, vielmehr eine soziale Erfindung, die – wie die historische Forschung nachgewiesen hat – in die Dominanz von Rechtsnormen und (staatlicher) Strafe in der grundsätzlichen Organisation sozialer Beziehungen und dadurch zu Fortschritten in Vergesellschaftungsprozessen und Integration geführt hat (Brunner 1964; v. Trotha 1980), die allerdings aus der Perspektive Scheerers zum Rückschritt werden. Mit der Ausdifferenzierung von Rechtsinstitutionen und Rechtsnormen aus der Sozialstruktur sind freilich nicht nur die in Scheerers "Kritik der strafenden Vernunft" aufgegriffene Problematik von politischer Ausbeutbarkeit des Strafrechts, das Problem der Festlegung von Verhältnismäßigkeit und Übermaß oder das der stets als defizitär nachweisbaren Regulierungskraft (Generalprävention) wird eben erst dann eine relevante und stets prekäre Fragestellung, wenn das Problem der Zentralgewalt gelöst ist) verbunden. Die Macht des Strafrechts hat als Kehrseite im übrigen nicht bloß die "Entmachtung" des Opfers (59). Es ist vor allem die Entlastung der Verletzten, die eine bedeutsame Konsequenz der Monopolisierung von Gewalt darstellt und die – wie immer in abolitionistischer Rhetorik – unterschlagen wird oder in verklärenden Darstellungen der "Rache" (womit wohl die Systeme der Fehde gemeint sein sollen) eine Deutung erfährt (19), die die Entlastung zu einem wohlfeilen Preis für die raumgreifende und schließlich die Probleme erst hervorriefende Zentralgewalt werden lässt. Die polare (vor-staatliche) Struktur des Verhältnisses zwischen Opfer und Täter war allerdings immer mit erheblichen Risiken der Eskalation behaftet (Brunner 1964). Die Entmachtung des Verletzten ist deshalb nach wie vor der (faire) Preis für die erheblichen Entlastungen, die nicht nur dem Opfer zugute kommen, sondern auch dem Rechtsbrecher selbst, der nun nicht mehr mit unkalkulierbaren Weiterungen in der Aushandlung und gewalttätigen Durchsetzung von Sanktionen zu rechnen hat (Trotha 1980). Jedoch wird in der Darstellung der Alternativen auf diese entlastenden Mechanismen an zentraler Stelle zurückgegriffen, nicht zuletzt wohl deshalb, weil der "Schatten des Leviathans" eben doch benötigt wird, um gesellschaftsunmittelbare Schlichtung, Problemlösung, wie immer die Konsequenzen genannt werden mögen, plausibel werden zu lassen.

((3)) Die Behauptung, dass herrschaftsfreie Gesellschaften, in denen nicht repressive Sozialkontrolle, Reintegration des Abweichlers, Pazifizierung, Wiedergutmachung, Wiederherstellung des status quo charakteristisch gewesen seien, die längste Zeit der Menschheitsgeschichte gekennzeichnet hät-

ten (15), vergisst schlicht Krieg und Gewalt sowie das, was v. Trotha als "Sanktionsproblem" bezeichnet hat (Trotha 1980), lässt Herrschaft mit staatlich organisierter Herrschaft und damit der modernen Zentralgewalt beginnen (15) und zeichnet ein freundliches und optimistisches Bild vor-staatlicher Gesellschaften auf der einen Seite sowie der theoretischen Erklärungskraft "nicht-repressiver Sozialkontrolle" auf der anderen Seite.

((4)) Liest man diesen Ansatz weiter, so beginnen die Probleme moderner Gesellschaften eben durch die Entstehung sozialer Klassen, "antagonistischer Konflikte", schließlich des Kriminalrechts und der Kriminalstrafe. Verständlich werden dann auch die Hoffnungen, dass das Verschwinden der Kriminalstrafe und des Strafrechts zu einer Stärkung des "sozialen Gewebes" beitragen könnte (59) und dass der Wegfall von Referenzen zum Strafrecht zu einer leichteren Befassung mit den wirklichen Problemen führen würde.

((5)) Undeutlich dargestellt bleibt freilich die Entwicklung der Strafe und der Strafpraxis selbst; die Konzentration auf den Mechanismus des staatlichen Strafens versperrt damit den Blick auf Veränderungen und Wandel, denen die staatliche Strafe seit mehreren Jahrhunderten ausgesetzt war und die durchaus auch anders interpretiert werden können. Dieser Wandel kommt bloß mit einem kurzen Verweis auf leise, unauffällige und bürokratische Erledigung von Kriminalität zum Ausdruck (49). Hinter dieser unauffälligen Bemerkung versteckt sich eine ganz erhebliche Veränderung in der Strafe und in dem Prozess, der zur Festlegung der Strafe führt. Strafen und Sanktionen sind in Europa einem langfristigen Wandel ausgesetzt gewesen, der sich heute weiter fortsetzt. Der Wandel bezieht sich auf die Art der durch das Strafrecht angedrohten Sanktionen und darüber hinaus auf die Vorstellungen über den Sinn und den Zweck der Strafe. Versucht man eine Systematisierung der historischen Entwicklung, dann lassen sich in den letzten Jahrhunderten drei bedeutsame Übergänge erkennen, die Europa insgesamt erfasst haben. Zunächst ging es dabei um den Übergang von einer sehr stark von privater Initiative abhängigen Sanktionierung auf die durch die staatliche Zentralgewalt monopolisierte Strafe sowie um den Übergang von Leibes- und Lebensstrafen auf die Freiheitsstrafe und das Gefängnis. Ferner verändern sich in diesem Übergang Vorstellungen über den Charakter von Straftat und Kriminalität und diejenigen über die Voraussetzungen, unter denen staatliche Strafe erfolgen darf. Ein zweiter Übergang ist dann zu erkennen in den insbesondere im 20. Jahrhundert erfolgreichen Bemühungen um die Zurückdrängung der Freiheitsstrafe durch die Entwicklung zahlreicher Alternativen zur (vollzogenen) Freiheitsstrafe, wobei namentlich die Geldstrafe und die zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe eine erhebliche Rolle spielten. Schließlich befindet sich Europa derzeit in einem weiteren Übergang, der nicht zuletzt durch eine gewisse Abwendung von dem die Sanktionensysteme des 20. Jahrhunderts prägenden Resozialisierungsansatz und durch das (Wieder-)Aufgreifen von Vergeltungs- und Proportionalitätsüberlegungen in der Ausgestaltung von Strafen und Sanktionen gekennzeichnet ist. Daneben setzt neuerdings ein Trend zu einer ökonomischen, kosten-nutzen-orientierten Betrachtung strafrechtlicher Sanktionen ein, die Überlegungen zur Privatisierung beispw. von Gefängnissen einschließt; im übrigen ist auch eine stärkere

Berücksichtigung von Gefährlichkeit und Risiken im Umgang mit bestimmten Straftätergruppen und damit eine stärkere Betonung des Sicherungsgedankens zu beobachten.

((6)) Will man die Kritik Scheerers zusammenfassen, so wird wohl die Kritik der Strafe im wesentlichen darauf gestützt, dass diese nicht legitimierbar und ersetzbar sei. Die fehlende Legitimation wird erklärt durch überzeugende historische und gegenwärtige (außerstrafrechtliche) Alternativen, fehlendes Regulierungspotential, ein hohes Missbrauchspotential und – so schließt sich der Kreis – überzeugende historische und gegenwärtige Alternativen. Dem ist in einigen Bereichen zuzustimmen, zeigt doch die Forschung zu Spezial- und Generalprävention, ferner die so genannte Behandlungsforschung, dass weitreichende und langfristige Verhaltensänderungen durch strafrechtliche Sanktionen nicht erzwungen werden können. Die Strafe fällt entweder zu punktuell aus, als dass damit in theoretisch belangvoller Weise überhaupt Verhaltensänderungen erwartet werden dürften. Sie ist dann, wenn sie wie langjähriger Freiheitsentzug breitflächig in das Leben von Verurteilten eingreift, in aller Regel von unerwünschten, freilich die offiziellen Ziele der Strafe konterkarierenden Effekten begleitet. Im übrigen wird mit guten Argumenten auf die in Strafrechtsgesetzgebungen immer wieder fehlende Begründung der Notwendigkeit der Androhung von Strafe verwiesen.

((7)) Akzeptiert wird dann die Markierungs- bzw. Normvalidierungsfunktion der Strafe. Die Überlegungen führen zum Vorschlag, den konventionellen Mechanismus positiver Generalprävention, der auf der Belastung des für den Rechtsbruch Zuständigen durch die Auferlegung von Kosten (Strafe) beruht, zu ersetzen durch einen prozeduralen Mechanismus der Normverdeutlichung, in dem dem Opfer selbst und einem Diskurs über Verantwortung und Zurechnung wesentliche Bedeutung zukommen. Staatliche Strafverfolgungseinrichtungen haben hierzu aber Serviceleistungen zu erbringen (60); die Dienstleistungen bestehen in Ermittlung, Verfolgung, Verhaftung bei weitestgehender Entlastung des Opfers und Absehen von dessen Bevormundung. Das Programm endet in der Feststellung, eine Alternative zur Strafe hätte wohl dann eine Chance, wenn sie eine Normvalidierung von unten erlaubte, das Opfer stärkte, den Einfluss des Staates verringerte, die konditionale Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge auflöste und schließlich die Reaktionsalternativen erweiterte. Zur Durchführung des Programms (in Gestalt der Untersuchung einzelner Sachverhalte) wird eine Art "Parlamentarischer Untersuchungsausschuss" vorgeschlagen (65). Es fehlen Vorstellungen zum konkreten Verfahren selbst sowie zu den Konsequenzen, die durch solche Ausschüsse ausgelöst werden sollten. Mutmaßlich ist die Fortsetzung ansatzweise den Untersuchungen von Pratt (2000) zu entnehmen.

((8)) Jedoch geht die Bedeutung von Straftat und Strafe über die von Scheerer angesprochenen Markierungsfunktionen hinaus. Denn die Thematisierung von Kriminalität und Innerer Sicherheit sowie strafrechtlichen Antworten löst heute, stärker als noch in den sechziger und siebziger Jahren, weniger Effizienz- oder Präventionsüberlegungen aus, als vielmehr Emotionen. Im gesellschaftlichen Diskurs sind Kriminalität und Strafrecht von der Politik und von zahlreichen sozialen Gruppen als zentraler Werte- und subsystemischer Regula-

tionsbereich (wieder) entdeckt worden; der Vorhang, hinter dem die moderne staatliche Strafe über mehrere Jahrhunderte von Experten umgesetzt wurde, beginnt sich zu öffnen. Gerade der Begriff der Sicherheit – wie jener der Verlässlichkeit als soziales Pendant zu Vertrauen unabdingbar für gesellschaftliches Funktionieren – ist normativ besetzt. Er besitzt in dieser Hinsicht über die bewertenden Implikationen hinaus erhebliche psychologische und politische Mobilisierungskraft. Hassgewalt und Hasssprache, die sich gegen ethnische oder andere gesellschaftliche Minderheiten richten, sexuelle Gewalt gegen Frauen und Kinder, Jugendgewalt, organisierte und instrumentelle Gewalt, die zur Erweiterung von Anteilen an lukrativen Schwarzmärkten eingesetzt wird; der Handel mit Kokain, Heroin, Frauen und Kindern, die Herstellung und Verbreitung von (Kinder-)Pornographie in herkömmlichen und neuen Medien, Ausländerkriminalität und Drogenkonsum, jugendliche Karrieretäter, Kinderkiller und Killerkinder, Korruption, organisierter Betrug und Wirtschaftskriminalität finden sich als „Kandidaten“ auf einem Prüfstand wieder, auf dem weniger kritische und sorgfältige Prüfungen stattfinden, sondern vielmehr Forderungen nach Erweiterung, Verstärkung und Verschärfung der strafrechtlichen Reaktion platziert werden können. Wie sich derartige Entwicklungen mit vorgestellten Prozessen der Reduzierung des Strafrechts auf ein Kernstrafrecht vertragen, wird freilich nicht expliziert. Sicher ist, dass der Ruf nach dem Strafrecht und nach härteren Strafen die Bedeutsamkeit der politischen und gesellschaftlichen Positionen verdeutlicht und dass das erfolgreiche Aufgreifen eines Problems als Problem des Strafrechts die Position der Opfer oder der sie vertretenden Gruppen erheblich stärkt.

((9)) Der Annahme, dass alles, was dann (nämlich nach der Aufgabe des Strafrechts) käme, schlimmer wäre (als das Strafrecht und die Strafe selbst), entgegenzuhalten, dass die Erfahrungen in der Entwicklung der Pädagogik dagegen sprechen (51), lässt auf die Nutzung etwas wunderlicher Analogien in der Begründung der Kritik schließen. Das Denken in Analogien ist zwar weit verbreitet, setzt aber voraus, dass tatsächlich entsprechende Schlüsse gezogen werden dürfen. Dies ist bei den genannten Beispielen nicht erlaubt. Die Beispiele betreffen neben der Entwicklung im Umgang mit pädagogischer Klientel in Schulen den Umgang mit Nachbarschaftsstreitigkeiten sowie die politische Gestaltung solcher gesellschaftlicher Bereiche, in denen seit mehreren Jahrzehnten Krisen des regulativen Rechts (bzw. Implementationsdefizite) zu nachdrücklichen Diskussionen über Alternativen (nicht zuletzt in Gestalt von Deregulierungsprogrammen, Anreizsystemen und auf die Stärkung von Selbstkontrolle) führten (also insb. Wirtschaftssysteme und dort neuerdings die Korruption sowie seit langem typische Formen der Transaktionskriminalität), schließlich das Dunkelfeld der in der Gesellschaft bleibenden und dort (und ohne einen Zerfall der Gesellschaft herbeizuführen) offensichtlich informell erledigten Straftaten. Keines dieser Beispiele ist für eine Analogie geeignet. So lässt sich aus dem Bestehen eines Dunkelfeldes natürlich nicht folgern, dass auch die Straftaten, die durch die Instanzen verarbeitet werden, ebenfalls und mit denselben Folgen gesellschaftsunmittelbar oder "unten" hätten aufgearbeitet werden können. Dies hat bis heute ernsthaft auch niemand behauptet. Zudem ist bekannt, was im Dunkelfeld bleibt, nämlich vor allem solche (Bagatell-)Straftaten,

die von den Verletzten als zu geringfügig eingestuft werden, und solche, bei denen die Verletzten die Anzeige für aussichtslos halten. Jedoch sind es selbstverständlich auch Straftaten, die deshalb im Dunkelfeld bleiben, weil eine prekäre Lage der Verletzten den Zugang zum Recht (und zur Rechtsdurchsetzung) erschwert oder gar vollständig verhindert. Aus diesen Zuständen und unter Rückgriff auf die "Dichte" gesellschaftlicher Interaktionen folgern zu wollen, moderne Gesellschaften könnten – wie angesonnen – unmittelbar Regulierungsleistungen der angesprochenen Intensität erbringen (und dadurch Strafrecht und Strafe ersetzen), geht schlicht an der eigenen Diagnose eben dieser Gesellschaften vorbei.

((10)) Mit der Beschränkung auf eine Grundsatzkritik der staatlichen Strafe gehen schließlich Entwicklungen der Strafe unter, die neulich von Pratt (2000) zutreffend beschrieben wurden und eher einer kritischen Beobachtung bedürft hätten. Vielleicht zeigen diese Entwicklungen auch an, wie eine Welt aussehen könnte, in der ein re-empowerment des Opfers und der Öffentlichkeit/Gesellschaft samt der Einsetzung von "Untersuchungsausschüssen" flexible Antworten auf Straftaten ermöglichen.

Literatur

Brunner, O.: Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter. Darmstadt 1964.

Pratt, J.: The Return of the Wheelbarrow Men; or, the Arrival of Postmodern Penalty? *British Journal of Criminology* 40(2000), S. 127-145.

Spittler, G.: Streitregelung im Schatten des Leviathan. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1(1980), S. 4-32.

v. Trotha, T.: Die Dominanz von Rechtsnormen in der Organisation sozialen Verhaltens. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1(1980), S. 141-164.

Adresse

Prof. Dr. Hans-Jörg Albrecht, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Günterstalstr. 73, D-79100 Freiburg i. Br.

Zurück in die Zukunft?

Reiner Anselm

((1)) Frühe Gesellschaften hatten sie nicht – und in einer selbstbewussten Zivilgesellschaft der Zukunft wird sie auch keine Rolle mehr spielen, die Kriminalstrafe. Zurück in die Zukunft lautet dem entsprechend das Programm, das Scheerer entwirft. Dabei kann kein Zweifel herrschen: Die gängige Praxis des Strafvollzugs ist alles andere als zufriedenstellend. Welcher Begründung für das strafende Handeln des Staates man auch anhängen möchte, die praktische Umsetzung straft alle Theorie Lügen. Weder erfüllt sie in zureichender Weise ihre generalpräventive Funktion, noch gelingt ihr in wirklich überzeugendem Maß die Resozialisierung. Nicht selten löst der Strafvollzug dagegen eine abwärts gerichtete Spirale von sozialer Entwurzelung und daraus resultierenden neuen Straftaten aus. Eine kritische Betrachtung der herrschenden Strafrechtspraxis tut also Not. Dennoch geht Scheerer diese Herangehensweise nicht weit genug, denn "ob man straft und daß man straft, und weitgehend sogar wie man straft, richtet sich offenbar letzt-

lich doch nach anderen Gesichtspunkten, die mehr mit Werten als mit Techniken, mehr mit Vorstellungen von *Gerechtigkeit* als mit Effizienz zu tun haben" ((32)).

((2)) Mit dem Rekurs auf "Werte" und "Vorstellungen von Gerechtigkeit" ist bereits das Thema intoniert, das in den folgenden Überlegungen weiter ausgeführt wird und zugleich den argumentativen Rahmen absteckt, in dem die Auseinandersetzung mit der "strafenden Vernunft" gesucht werden soll. Scheerer problematisiert das für die Moderne charakteristische Auseinanderfallen von Ethik und Recht – von hier aus gewinnt auch seine Sympathie für jene frühen, herrschaftsfreien Formen des Zusammenlebens an Plastizität. Denn "wenn es einen Zweck der Strafe gibt, der ihre Existenz rechtfertigt, dann ist das die symbolische, *expressive Markierung moralischer Grenzen*" ((34)).

((3)) Scheerer reiht sich damit ein in die wachsende Gruppe derer, die eine Korrektur eines strikt formal-legalistischen Denkens im Recht fordern. Zugleich aber grenzt er sich auch ab von der Mehrzahl der Autoren, die eine stärkere Annäherung von Recht und Ethik mit dem Ziel verfolgen, durch eine enge Verbindung von Ethik und Recht dem Verbindlichkeitsverlust der Ethik in einer pluralen Gesellschaft entgegenzutreten. Nicht soll das Recht an die Stelle der Ethik treten, vielmehr ist offenbar daran gedacht, die Ethik selbst wieder an die Stelle der Rechtsstrafe treten zu lassen. Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, für eine pluralistisch-säkular verfasste Bürgergesellschaft Verfahren zu fordern, die die Geltung von Werten nicht mehr auf dem Weg staatlich-autoritärer Maßnahmen sicherstellen. Es gilt, die Rolle des Staates darauf zu beschränken, die Rahmenbedingungen für eine "prozeduralisierte expressive Normvalidierung" ((53)) sicherzustellen.

((4)) In der Tat: Es gehört zu den elementaren Bestandteilen einer liberal-rechtsstaatlichen Ordnung, auf das Definitionsmonopol in Fragen der normativen Orientierung ihrer Bürger zu verzichten. Doch gerade weil es sich bei der Unterscheidung von Recht und Ethik um einen zentralen Bestandteil der Ordnung für eine plurale Bürgergesellschaft handelt, muss dem komplexen Verhältnis zwischen diesen beiden Größen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Wenn die "Sphäre der individuellen Freiheit" das vorrangige Schutzgut des Strafgesetzes darstellt ((35)), sollte sichergestellt sein, dass die Konfliktregelungsmechanismen der Bürgergesellschaft nicht ihrerseits in eine Gefährdung individueller Freiheiten umschlagen. Werden unter individuellen Freiheiten nicht nur *äußere* Freiheiten verstanden, sondern auch die *innere* Freiheit von Gesinnung und weltanschaulicher Überzeugung, dann muss es aber fraglich erscheinen, ob eine Legitimation strafgesetzlicher Sanktionen ausgerechnet im Bestimmen und Bewahren *moralischer Grenzen* ((37)) gesucht werden kann. An diesem Punkt sind auch kritische Rückfragen an die Tragfähigkeit des historischen Arguments zu richten. Die Regelungsmechanismen für abweichendes Verhalten in den sog. herrschaftsfreien Gesellschaften basieren auf der Einordnung des Individuums in die Gemeinschaft. Reintegration durch Buße ist hier gleichbedeutend mit der von der Gemeinschaft geforderten Rücknahme einer Verhaltensform, in der das Individuum sich von den vorgegebenen Normen der Umwelt distanziert. Da hier die Legitimität individueller Handlungsorientierungen insgesamt be-

stritten wird, kann es auch nicht zu jenen Konflikten zwischen Individuum und Gesellschaft kommen, die in späterer Zeit unter Rekurs auf das Recht gelöst werden. Denn das Recht akzeptiert zumindestens im Grundsatz immer auch die Situation der Individuen als grundsätzlich legitim, auch wenn sie sich inkompatibel zu den Leitvorstellungen der Mehrheit verhalten.

((5)) Im Unterschied zum Ethos bestreitet das Recht also nicht die grundsätzliche Legitimität individuell abweichenden Verhaltens, es stellt lediglich die Frage nach dessen Legalität und operiert dabei mit einer grundsätzlichen Trennung zwischen Begründung und Geltung: Während das Ethos von der Kongruenz zwischen individuellen Überzeugungen und grundlegenden gesellschaftlichen Handlungsorientierungen ausgeht, ist es das Interesse der modernen Rechtsordnung, zwischen beiden zu differenzieren. An dieser Differenz sollte auch und gerade in Bürgergesellschaften festgehalten werden. Denn die diagnostizierte Krise des Strafrechts ist ohne weiteres auch als die Krise all derjenigen Versuche zu lesen, moralisches Verhalten der Bürger auf dem Wege strafrechtlicher Sanktionen durchzusetzen und damit das Strafrecht ethisch aufzuladen. In dieser Perspektive lässt sich zugespitzt formulieren: Die Inszenierung vertikaler Unterwerfungssituationen im Rahmen der überkommenen strafrechtlichen Ordnung ist nur dort problematisch, wo mit der Strafe mehr verbunden ist als die tatgebundene und tatbezogene Sühneleistung. Die Widersprüche und Schwierigkeiten staatlichen Strafens entstehen, wenn die Rechtsordnung mehr und anderes zum Ziel haben soll, als nur negativ die Bedingungen individueller Entfaltungsmöglichkeiten zu sichern. Besonders ausgeprägt gilt dies für die spezialpräventiven Funktionen, die der Rechtsstrafe zugemessen werden. Das Strafrecht steht beständig in der Gefahr, wieder hinter die in der Moderne in einem mühsamen Prozess erreichte Entmythologisierung des Täters, die Trennung von Täter und Tat zurückzufallen. Obwohl es sich bei dieser Unterscheidung um ein genuin christliches Gedankengut handelt – Gott hasst die Sünde, nicht den Sünder – waren es nicht zuletzt die theologischen Stimmen im Konzert der Strafrechtstheoretiker, die sich vom staatlichen Strafen mehr erwarteten als nur die äußere Sanktionierung begangener Taten. Das Spektrum dieses theologisch legitimierten Surplus reicht dabei von der Identifikation der weltlichen Strafe mit dem strafenden Handeln Gottes bis hin zu der Gleichsetzung des Strafgesetzbuches mit dem theologischen, auf die Notwendigkeit der Erlösung durch Jesus Christus hinweisenden Funktion des Gesetzes Gottes. Dennoch: Die Säkularisierung des Rechts ist ihrerseits die Folge religiösen Denkens. Das Wissen um die Unverfügbarkeit des transzendent gedachten Absoluten bewahrt davor, innerweltliche Ordnungsvorstellungen und Autoritätsverhältnisse mit dem Nimbus des Unveränderlichen und Unangreifbaren auszustatten. Darum liegt es auch gerade im Interesse der christlichen Theologie, die kategoriale Differenz zwischen weltlichem und göttlichem Strafgericht zu betonen und, in Aufnahme eines von Martin Luther klassisch ausgeführten Argumentationsgangs, darauf hinzuweisen, dass der Rechtsgemeinschaft grundsätzlich der Zugriff auf die inneren Werte und Einstellungen eines Menschen nicht zusteht.

((6)) Dabei droht das zu Grunde liegende Problem in den Hintergrund zu treten, wenn die Alternative zwischen der vertikalen, autoritativ durchgesetzten staatlichen Gewalt auf der

einen und horizontalen, subsidiär organisierten "pluripolaren und 'einbeziehenden' Prozessen" ((50)) auf der anderen Seite gesucht wird. Die Problematik des Strafrechts liegt in dem Versuch begründet, durch die Ausübung von *äußerem* Zwang die Veränderung *innerer* Einstellungen zu erreichen. Dieser äußere Zwang ist keineswegs exklusiv mit vertikalen Autoritätsstrukturen und staatlicher Gewaltausübung verbunden (vgl. ((47))). Er kann, vielleicht sogar sehr viel effektiver, auf dem Weg kleinerer, horizontal und pluripolar verfasster Gruppen ausgeübt werden. Die Vision von "originär zivilgesellschaftliche[n] Konfliktregelungskulturen und -kompetenzen" ((54)) steht darum vor der Aufgabe, ihre eigenen Validierungsprozesse so zu begrenzen, dass dabei noch Raum bleibt für die individuelle Persönlichkeitssphäre des Täters.

((7)) Das im Zuge der Diskussionen um die Reform des Strafrechts von den Vertretern der klassischen Strafrechtsschule immer wieder betonte Argument, beim Strafrecht handele es sich um die "Magna Charta des Verbrechers", hat in dieser Hinsicht nichts an Aktualität verloren. Der Sinn und die Begründung staatlichen Strafens könnten dann darin gesucht werden, die Strafe als Institution zu verstehen, die keine gesamtgesellschaftlichen Interessen verfolgt, sondern darauf abzielt, den Betroffenen den Umgang und das Weiterleben mit der Tat zu ermöglichen und gleichzeitig deren Folgewirkungen zu begrenzen: Die Rechtsstrafe dient dazu, die Tat von ihrem Täter abzulösen und ihm dadurch einen Neuanfang innerhalb der Gesellschaft zu ermöglichen.

((8)) Abweichendem Verhalten primär durch soziale Sanktionen zu begegnen und damit den Gedanken des Täter-Opfer-Ausgleichs umfassender auf das Verhältnis zwischen Täter und Gesellschaft auszudehnen darf dagegen nicht dazu führen, auf diesem Wege zugleich einen Ausgleich zwischen dem Ethos des Täters und dem für die jeweilige Gesellschaft maßgeblichen Ethos erreichen zu wollen. Dies droht aber, wenn die Fragen abweichenden Verhaltens auf der Ebene diskursiver Prozesse verhandelt werden sollen. Ein solches Verfahren müsste dahin gehend präzisiert werden, dass von den Beteiligten lediglich die äußere Akzeptanz, nicht aber die innere Zustimmung zu einem hier gefällten Schiedsspruch gefordert wird, dass also die Differenzierung von Recht und Ethik aufrechterhalten bleibt.

((9)) Diese Differenzierung ist in einer plural verfassten Bürgergesellschaft von besonderer Bedeutung. Die genauere Untersuchung ethischer Verständigungsprozesse hat gezeigt, wie sehr die konkrete Urteilsbildung von den jeweiligen Rahmenbedingungen abhängig ist. Aus diesem Grund ist es in einer modernen Gesellschaft kaum möglich, Recht durch Ethos zu ersetzen, es ist aber auch nicht wünschenswert, da ein einheitliches Ethos unter den Bedingungen gesellschaftlicher Pluralisierung nur durch die Ausübung von Zwangsmaßnahmen hergestellt werden könnte. Damit ist zugleich die Richtung angegeben, in der die Überlegungen Scheerers weiter auszuführen wären. Der Gedanke der Bürgergesellschaft sollte dazu anleiten, gesamtgesellschaftliche Regelungen auf das unbedingt notwendige Minimum zu beschränken und dieses Minimum, das für die Integration der zahlreichen und teilweise einander entgegengesetzten Lebensstile und Ethosformen notwendig ist, auf dem Weg staatlich sanktionierter und durchaus

strafbewehrter Regelungen des Rechts zu garantieren. Dabei wird von den einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft verlangt, diese Regelungen zu respektieren, unabhängig davon, ob sie sich mit ihrer eigenen ethischen Einstellung decken. Alles, was dieses "ethische Minimum" (Georg Jellinek) überschreitet, sollte jedoch auf dem Weg pluraler, horizontal strukturierter Normvalidierungsprozesse, etwa nach dem Vorbild des Standesethos, geregelt werden. Trotz aller Mängel ist der nach langen Konflikten gefundene Kompromiss im Blick auf das Abtreibungsstrafrecht hier ein ermutigendes Beispiel. Diese Zurückhaltung scheint auch deshalb geboten, da die Möglichkeit, entsprechende Übertretungen zu ahnden, keineswegs mit der stetigen Ausweitung von strafrechtlichen Sanktionen einhergeht (vgl. ((62))). Der Intention, einer staatlichen "Regelungswut", die sich auf möglichst alle Bereiche der Gesellschaft erstreckt, entgegenzutreten, ist darum ausdrücklich zuzustimmen. Die Zukunft sollte jedoch als Ausdruck der Trennung von Recht und Ethik gestaltet werden, nicht als Reintegration dieser beiden Größen.

Adresse

Prof. Dr. Reiner Anselm, Universität Jena, Professur für Systematische Theologie und Ethik, Fürstengraben 1, D-07743 Jena
E-Mail: Reiner.Anselm@rz.uni-jena.de

Etwas Besseres als Informalisierung der Strafe Die neue Hauptrolle der Opfer

Antonio Beristain

((1)) Aus der Perspektive der Kriminologie – einer inter- und transdisziplinären Wissenschaft und Kunst, die darum bemüht ist, das strafrechtliche Denken mit dem der Viktimologie (und der Soziologie, der Philosophie, der Theologie, der Pädagogik etc.) zu verbinden, finden sich in diesem ebenso soliden wie anregenden Artikel wichtige Nuancierungen, die einen Kommentar verdienen. – Entsprechend der von Scheerer vorgezeichneten Linie suche ich etwas Besseres als die Informalisierung der Strafe und auch etwas Besseres als deren Entjuridifizierung, für die bereits Marc Ancel eingetreten war. Ich wünsche mir vor allem, dass im Zentrum des Strafsystems nicht länger das stehen möge, was bisher dort den Ton angab: die vergeltende Strafe, die Tat, der Täter, das Dogma "in dubio pro reo", das abstrakte Rechtsgut usw., sondern andere Werte und andere Protagonisten: die unmittelbaren und mittelbaren Opfer, die umfassende Schadenswiedergutmachung, das neue Axiom "in dubio pro victima", das rechtlich zu schützende Interesse der Opfer usw., und dies alles vor der Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft.

((2)) Wirklich dringlich ist eine Kritik der strafenden, vergeltenden und sühneorientierten Vernunft, welche gegenwärtig in unserem Kulturraum vorherrscht. Hervorgehoben zu werden verdienen auch die leitende Rolle, die der Autor im Lichte der *restorative justice* für die Opfer fordert, und nicht zuletzt die Bedeutung, die er dem theologisch-ethischen, oder

besser gesagt, dem spirituellen Denken zubilligt. – Es ist notwendig, auf dem Kampf gegen eine strafende Vernunft zu insistieren, die sich aus dem Geist des Römischen Rechts vor zwanzig Jahrhunderten verstehen lässt, die aber im Jahre 2000 nicht mehr zu rechtfertigen ist. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass die Mehrheit der Richter, Polizeibeamten, Strafvollzugsbediensteten, Massenmedien, Bürger, Theologen, Sportler und so weiter auch heute noch der Meinung ist, dass auf die Begehung von Delikten mit einer Strafe reagiert werden müsse, die dem Autor der Tat Leiden und Schaden zufüge (vgl. Antonio Beristain, *De los delitos y de las penas desde el País Vasco*, Dykinson, Madrid, 1998, S. 103 ff.).

((3)) Vielleicht gibt es eine Diskrepanz zu Scheerer, wo dieser ((19, 20)) einen Unterschied zwischen Strafe und Rache verneint und erklärt, dass "beide, Strafe wie Rache, Leidensübel (seien), die aufgrund eines Handlungsübels zugefügt werden (...)" ((17)). Meiner Ansicht nach beinhaltet die Strafe weder begrifflich noch in der Praxis notwendig ein Übel. Erinnern wir uns an die Unterscheidung des *doctor eximius*, Francisco Suárez, S.J. (1548-1617): *aliud est punire, aliud vindicare* (es ist eine Sache zu strafen und es ist eine andere, sich zu rächen; vgl. A. Beristain, *De leyes penales y de Dios legislador*, Edersa, Madrid, 1990, S. 55 ff.). Im Lateinischen wie im Spanischen unterscheidet man innerhalb der "Strafe" zwei Institutionen: die "Sanktion" einerseits und die "Bestrafung" andererseits, wobei letztere immer vergeltenden Charakter besitzt. Auf der anderen Seite kann die Sanktion durchaus rational, proportional und auf die Erreichung von Aufarbeitungs- und Wiedergutmachungszielen hin orientiert sein (auch wenn sie das im Normalfall in der Praxis nicht ist). – Zum Beispiel erscheint es mir irrig, wenn man die gegenwärtig in einigen Strafgesetzbüchern aufzufindende Strafe der dem Opfer zugute kommenden Arbeitsleistung als Übel qualifiziert. Ebenso wenig würde ich die in Artikel 57 des spanischen Strafgesetzbuches enthaltene Möglichkeit eines vom Richter ausgesprochenen Verbots gegenüber (u.a.) Sexualdelinquenten, in der Nähe ihrer Opfer zu wohnen, als Übel stigmatisieren. Wer derlei Verbote als Übel ansähe, müsste es auch als ein Übel ansehen, dass wir mit unseren Autos nicht auf der linken Straßenseite fahren dürfen.

((4)) Weitere Passagen in Scheerers Artikel, insbesondere diejenigen, die sich mit der Rolle des Opfers in dem von ihm vorgeschlagenen System befassen ((22, 55, 57 ff., 60, 64)), verdienen verstärkte Aufmerksamkeit. – Hier ist vielleicht eine semantische Korrektur erlaubt. Ich ziehe es vor, von den Opfern im Plural und nicht von dem Opfer zu sprechen, im Singular. Mehrere Argumente begründen diese extensive Formulierung. Zwar geht die Strafrechtsdogmatik im Allgemeinen davon aus, dass zu jedem Delikt nur ein passives Subjekt gehört. Die Kriminologie lehrt uns aber – mit unwiderleglichen empirischen Argumenten – dass jede Straftat in aller Regel mehrere Opfer produziert: ein direktes Opfer und mehrere oder viele indirekte Opfer. – In demselben Sinne heißt es auch schon in den ersten Worten der Deklaration der Vereinten Nationen über die fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit für die Opfer von Verbrechen und von Machtmissbrauch vom 29. November 1985: "A. – Die Opfer von Straftaten. 1. Unter "Opfern" werden im folgenden Personen verstanden, die (...)". In Nummer 2 werden als indirekte Opfer "die Angehörigen

oder Betreuungspersonen, die eine unmittelbare Beziehung mit dem direkten Opfer haben sowie solche Personen, die (...) bezeichnet. – Ein Beispiel kann die Nützlichkeit des Plurals deutlich machen. Wenn ein Mädchen vergewaltigt wird, dann verstehen wir alle, dass sie das direkte Opfer der Tat ist – wir werden aber nicht zögern, auch ihre Eltern, Geschwister oder ihre Freundinnen, in deren Begleitung sie sich befunden hatte, als (indirekte) Opfer anzusehen.

((5)) Die angestrebte Hauptrolle für die Opfer hat unter den Pionieren der *restorative justice* in den letzten zehn Jahren eine sehr solide Unterstützung gefunden (vgl. Antonio Beristain, *Recreative penal justice: contrasting retributive and restorative cosmologies*, in: E. Fattah, T. Peters, *Support for crime victims in a comparative perspective*. University Press. Leuven, 1998, S. 111-125). – Die "restaurative" Sanktion nötigt zu einer Totalrevision des Rechtssystems ((45)). Manche meinen zum Beispiel, dass es die Einführung eines neuen und innovativen Basisprinzips erfordert: eines *in dubio pro victima* statt des traditionellen *in dubio pro reo*. – Die Handlungsbewertung der Strafe darf sich in erster Linie weder auf die deliktische Tat noch auf das Verhalten des Delinquenten beziehen. Sie muss ihre Aufmerksamkeit vor allem auf die Viktimisierung richten, auf die Nachteile, welche die Opfer erleiden, und das ist etwas ganz anderes als der Inhalt und die Ziele des traditionellen Strafsystems. Uns interessiert, was auf unerträgliche Weise die Sphäre der individuellen Freiheit verletzt ((35)), und zwar mehr, als das, was die gesamte Rechtsgemeinschaft verletzt, das Rechtsgut der Gesellschaft *in abstracto*. – Wir bemühen uns darum, einen Strafprozess und eine Sanktion nach Maßgabe der Bedürfnisse der vulnerablen und der verletzten Personen zu strukturieren. Zu diesem Zweck suchen wir eine Richtungsänderung, fordern eine stärkere Beteiligung der Opfer und eine Betonung der Bedeutung, die der Entschädigung eines jeden menschlichen Wesens in Bezug auf die erlittenen Schäden und Leiden zukommt (vgl. Albin Eser, *Menschengerechte Strafjustiz. Vision eines am Menschen als Einzel- und Sozialwesen orientierten Straf- und Verfahrenssystems*).

((6)) Schließlich verdient ein anderer zutreffender Punkt Scheerers hervorgehoben zu werden: das Insistieren auf und die Klärung von "spirituellen" (theologischen, ethischen, moralischen, axiologischen und philosophischen) Aspekten der Strafe. Er erreicht dies, wenn er das tragische Erbe benennt, das wir in diesem Kulturkreis empfangen haben: "stammt aus einer vordemokratischen Zeit, in der Gerechtigkeit vertikal, (...) von oben vorgegeben gedacht werden konnte" ((52)). Es ist angebracht, diese Ideologie, die in vielen Kreisen fortexistiert, zu kritisieren. Es gibt den Glauben, dass Gott mehr als die Hälfte der Menschheit mit ewiger Verdammnis bestraft. Von diesem Dogma leitet man dann ab, dass die menschlichen Richter – den unbarmherzigen Gott nachahmend – Missetäter bestrafen und ihnen Übel auferlegen müssen. – Michelangelo hat es vermocht, in der Sixtinischen Kapelle mit Kraft und Schönheit den Mythos des Jüngsten Gerichts zu veranschaulichen. Viele Theologen sehen ihn zwar mit sadistischen und masochistischen Augen. Ihnen zufolge erhebt Jesus Christus voller Zorn seinen rechten Arm gegen unzählige Massen von Sündern ... nämlich all jene zu seiner Linken, um sie in die Flammen der wahren Hölle hinabzustoßen; einer Hölle,

grausamer noch als in Dantes Göttlicher Komödie. – Noch im Jahre 2000 klammern sich zahllose Exegeten an diese irrende Hermeneutik des Evangeliums des Matthäus (25; 41, 46), wo Gott beim Jüngsten Gericht ausruft: "Weichet von mir, ihr Verfluchten, in das ewige Feuer, das dem Teufel bereitet ist und seinen Engeln (...) in 'ewige Pein'." – Die Wissenschaften und die Praxis der wichtigsten Religionen, die bis heute so viel getan haben, um das Strafrecht zu dehumanisieren, müssen ihre Mythen, Dogmen und Mysterien korrigieren, um die juristische Autonomie zu respektieren, um den Manichäismus von "gute Menschen vs. schlechte Menschen" zu überwinden, um mit der Forderung nach Entsöhnung aufzuhören, um mit einer empathischen Hermeneutik den Mythos des Kain zu interpretieren (dem Göttlichen, der Liebe, kommt es nicht in den Sinn zu strafen), um die Abschaffung der Todesstrafe – die der Katechismus des Vatikans immer noch erlaubt – zu fordern, um die Einstellungen gegenüber der Abtreibung zu nuancieren, aber auch gegenüber dem würdigen Sterben und der Geburtenkontrolle ... – Man muss nicht bestreiten, dass die Religionen ihren negativen Einfluss auf die Spitze getrieben haben, um es für angemessen zu halten, auch öffentlich daran zu erinnern, dass sie – ausweislich historischer Forschungen – auch einen nicht geringeren positiven Einfluss hatten. Ich beschränke mich hier darauf, das Werk des Jesuiten Friedrich von Spee, S.J. (25.2.1591-7.8.1635) zu zitieren, eines Propheten, der unter Einsatz seines Lebens und mit seinem Buch *Cautio criminalis* ein auf Versöhnung ausgerichtetes Strafrecht sowohl verkündete als auch ankündigte. Erinnern wir uns an den Beginn seiner 15. Frage, "Was sind es im wesentlichen für Leute, die immer die Fürsten gegen die Hexen anspornen? (...) Die erste Gruppe besteht aus Theologen und Prälaten, die gemächlich und zufrieden in ihren Studierstuben sitzend und mit ihren Gedanken beschäftigt stets in höheren Regionen schweben. Von dem, was in den Gerichten geschieht, vom Schrecken der Kerker, von der Last der Ketten usw. wissen sie nichts. Gefängnisse zu besichtigen, mit bettelarmen Leuten zu sprechen (...) das wäre ja auch unvereinbar mit ihrer Würde und ihren wissenschaftlichen Verpflichtungen." – Diese und viele Figuren (zum Beispiel der Jesuit Eugen Wiesnet, S. J. [1941-1983], mit seinem Buch, *Die verratene Versöhnung. Zum Verhältnis von Christentum und Strafe*, Patmos Verlag 1980), die transzendente Werte zur Geltung brachten, haben dabei geholfen (und helfen immer noch), etwas Besseres als das Strafrecht zu programmieren, was man in einem Satz zusammenfassen kann, der es wert wäre, als Motto des Strafgesetzbuchs und über allen Gerichtsurteilen zu stehen: **DIE OPFER SOLLTEN SO BEHANDELT WERDEN, WIE ES DAS GLEICHNIS VOM BARMHERZIGEN SAMARITER ZEIGT** (vgl. Antonio Beristain, *Geht die Gerechtigkeit vom Volke aus?*, Festschrift für Horst Schüler-Springorum, Köln, München 1993, 425-440; Antonio Beristain, *Kriminologie und Theologie. Notwendigkeit einer wechselseitigen kritischen Öffnung*, Festschrift für Otto Triffterer, Wien 1996, 15-39; Antonio Beristain, *La Criminología hodierna puede prescindir de los valores religiosos?*, Festschrift für Günther Kaiser, Berlin 1998, 31-45. Antonio Beristain, *La victimología ante las persecuciones a Ignacio de Loyola y los jesuitas*, in: ders., *Victimología. Nueve palabras clave*. Valencia, 2000, 245-290).

((7)) Aus Platzgründen muss ich schließen, ohne noch einige der insbesondere für einen nicht-deutschen Leser so berei-

chernden Fußnoten zu kommentieren. So etwa die Fußnote Nummer 60, in welcher Scheerer vorschlägt, dass es die Opfer sein sollten – und nicht der Staat –, denen die Kompetenz zustehe, die durch die Straftat hervorgerufenen Schäden zu beschreiben und zu definieren.

Adresse

Prof. Dr. Antonio Beristain, Direktor des Instituto Vasco de Criminología/
Kriminologiaren Euskal Institutoa, Avda. Ategorrieta 22, San Sebastián,
Euskadi, Guipuzkoa, Spanien

In the shadow of punishment

John R. Blad

((1)) Since I agree with most of the points so sophisticatedly developed by Scheerer you may find some comments here which are only elaborating various points of the critique of punitive rationality. But also I have done my best to express my doubts and play the devils advocate in Scheerers and my own case.

Because punishment is an ethically negative action – the deliberate attribution of pain – I do completely agree with him, that we will be proud of this penal abolition after we will have achieved that. Scheerer uses the word 'abolition' ((65)), which refers to an act or a decision, deliberately and consciously taken, but is it likely that there will ever be such a deliberate decision to abolish punishment? More probable is that the use of the most characterizing punishment of the criminal justice system (deprivation of liberty) will decline and/or that the social meaning of this deprivation of liberty will change from a way of delivering pain to something else, such as a temporary separation for various purposes.

((2)) Referring to pedagogical theory and counselling Scheerer tells us that we cannot find an institution of punishment anymore in family and school education ((2)), but it is quite clear from experience that punishment in the sense of 'negative sanction' has not disappeared from educational praxis in the context of family life and schooling. Negative as well as positive sanctioning is so much part-and-parcel of every day interaction and has so many forms that it is a generally unproblematic feature of social life. Punishment in the sense of simply giving and receiving a negative reaction to ones behaviour is so 'natural' that the few occasions, when people deliberately and consciously talk about it in every day life, are situations in which there appears to be no common understanding and clarity about legitimate social expectations (norms) and therefore questions arise as to the appropriateness of the sanction.

The most important point however of this every day reality of punishment is that it is only one of the many aspects of social relationships and that it expresses a perspective on continuing social relationships: it is an aspect of selfgovernance and selfregulation in social relationships. When we stop to sanction, perhaps we have lost interest in the other and the relationship is withering away. On the other hand, when there is a deliberate threatening with negative sanctions there is ap-

parently a conflict going on in which one of the social actors is seeking power and domination in this way. And a social relation which would be characterized by a permanent focus on sanctioning, is indeed tyranny.

The historical idea of punishment as the ultimate refuge in the domain of the national state and in public life can be understood as the extrapolation of these social experiences in private life with sanctioning¹, which may be one of the reasons why the notion of punishment has such a massive appeal: is indeed so natural. ((3))

The problematic consequences of this extrapolation from the micro-context of everyday (private) life to the macro-context of public life in the national state induce the need for legitimation theories, as Scheerer rightly indicates. ((4))

((3)) If the theoretical construction of punishment in public life is an extrapolation from the experiences in private life – the sphere of direct and continued face-to-face interaction – we can not do away with all transcendental aspects of the legitimation of punishment. Yes, we can better do without the notions of the pure retributionists ((7)): most modern retributionists are in fact consequentialist, meaning that they expect good social effects from giving 'just deserts' (Braithwaite/Pettit, 1990). But the theory of punishment can not be separated – functionally and conceptually – from the theory of the national state as a form of social organisation and both theoretical domains transcend actual and direct experience. Creating and establishing laws means designing a world according to the contemporary views of the ruling social classes on the nature of mankind and the most desirable social arrangements and behavioural patterns. The function of this designing activity is to make the world beyond our direct lifeworld as safe and predictable as possible when one is exploring the potentialities of the world.

Hobbes opinions on the nature of mankind were essentially negative but Locke was quite optimistic and their theoretical constructions of society, state and punishment differ accordingly. The point is: everyone who becomes involved in and committed to the public cause ('the general interest') will develop such a design and will want to realize a world according to his own ideals. Like the design of a house the design of society is normative but unlike the construction of a house society is shaped by many and often conflicting architectural ideas. Not all architects want to give all tenants a room with a view. Even in the most democratic society, an ideal I share with Scheerer, the legislator will want to set and maintain minimum standards and conditions to enable every equal citizen to freely develop and participate in social, economic and political life. The criminal law was one of the first means to do this and is indeed now competed with by various other systems of expressing and maintaining values ((45)).

((4)) Although the assumption of universality of punishment can indeed not be maintained ((12-16)) it is clearly important that the western world has culturally inherited a notion and a practice of punishment which is linked to a conception of a moderate government (Montesquieu, 1748) in the context of a 'Rechtsstaat' and that this 'Rechtsstaat' in principle facilitates a development towards (hopefully ever more) democracy. The relative stability of the 'Rechtsstaat' has facilitated the economic progress which has functionally fragmented the

western societies, thereby creating the multitude of 'semi-autonomous fields' in which social control can much better be effectuated than in the context of the state.

((5)) Scheerer acknowledges this transcendental dimension in his third thesis: punishment as the expression of moral boundaries in normative decisions with regard to the quality of certain transgressions ((34)). The broken socio-legal order – the social expectations that were frustrated and are now doubted as to their legitimacy – is symbolically restored by punishment (positive general prevention: reaffirmation of the rule), regardless whether the culprit will or will not become a recidivist or whether others are deterred from offending.

From a social constructionist position all social institutions, and especially the legal institutions have the important symbolic function of reaffirming and stabilizing institutionalized (that is objectivated) meanings, amongst other things with sanctions: 'The institutions must and do claim authority over the individual, independently of the subjective meaning he may attach to any particular situation. The priority of the institutional definition of situations must be consistently maintained over the individual attempts at redefinition'. (Berger/Luckmann, 1966:80)

Institutionalization itself is explained in this social constructionist approach as the way in which we construct and maintain social order. Institutionalization occurs through the processes of externalization, objectivation and internalization of (primarily subjective) meanings which as a result appear as objective social reality. This approach seems to imply that we can not abolish institutions, but only reform them, because already the attempts at reform will make social actors insecure about social meanings and reciprocal expectations. The proposition to abolish will fulfill them with feelings of great anxiety: 'On the level of meaning, the institutional order represents a shield against terror. To be anomic means to be deprived of this shield and to be exposed, alone, on the onslaught of nightmare (...) The symbolic universe shelters the individual from ultimate terror by bestowing ultimate legitimation upon the protective structures of the institutional order' (Berger/Luckmann, 1966:119).

After so many centuries in which we have learned to see punishment as the symbolic marker for crime it should not surprise us, that in cases like 'Raub- oder Sexualmord' ((41)) another reaction than punishment is not considered. In this note ((41)) Scheerer seems to imply, that if we would find other ways of effectively protecting the values of physical and sexual integrity, penalization of acts that deny or destroy these values would not be necessary. But when these protective arrangements do not prove to be effective (which is likely to be the case), wouldn't we need a public competence then to impose a sanction and express our disapproval? Could we do really without the occasional 'celebration of morality' through the ostentative and expressive trial and punishment in such cases? (Durkheim, 1893)

((6)) The competing systems of normvalidation Scheerer mentions in ((47)) are indeed authoritative and do produce good results, but they seem to lack the expressive symbolical force in the public domain that the criminal trial and conviction has. Moreover, most of these competing practices are developed in the shadow of the law², meaning that in their development

some relation to the criminal justice system is negotiated, as a result of which the criminal law is not abolished but conditioned in relation to the new systems. Social control becomes more complex with every new initiative that is accepted and the function of the criminal law changes but seems never to become obsolete. (Van de Kerchove, 1987)

Could it not be, that the secret of these successful diversions from the criminal domain is that they have the bad alternative of criminal prosecution and conviction as background? The crucial question, whether these competing systems are in fact ways of making the criminal justice system the 'ultima ratio' that it ought to be, or the prototypes of systems that can potentially substitute the criminal justice system is as yet not answered.

What we could do is to try and make them the substitute. Therefore we need the alternative practices referred to by Scheerer and a critique of punishment, but also a critique of crime (Hulsman, 1986/De Haan, 1990) since crime and punishment are each others symbolic constituents.

((7)) Decriminalization is often seen as only the disappearance of something that existed before (a criminal justice regime of formal social control): but in reality decriminalization-processes are reconstructions of formal (and informal) social control. (Council of Europe, 1980) Decriminalization as a process also, however, appears to have this inextricable link to residual criminal prohibitions. In the Netherlands (f.i.) euthanasia has been decriminalized (not only factually but de jure by court decisions) but only with regard to certain actors (physicians) under certain conditions.

This decriminalization is the result of a long normative debate in which new normative boundaries were drawn on the basis of a cultural acceptance of individual selfdetermination, also in matters of ones own death. Not only in this normative change democratization expresses itself, but also in the fact that it really was a public debate with rather massive participation. The striking thing is that, while doctors were virtually sovereign in their decisions over life and death of their patients in the era of criminal prohibition, they are now subject to rather intensified informal and formal social control. Far from having produced a free licence to kill, the decriminalization process has led to a more reliable system of social control on medical decisions concerning the end of life. In the meantime the legal register of 'crimes against life' has only slightly been altered (Blad, 1997).

((8)) An important road to change that Scheerer touches upon may be the growing movement of so-called restorative justice (see f.i. Bazemore/Walgrave, 1999/Walgrave, 2000), in which the victim of offences is put central and in which the perpetrator is primarily expected to restore the (material and immaterial) damages. The relation between the new restorative practices and the criminal law is by no means a matter of consensus between the proponents of restorative justice. Many want to stay away from the institutional context of criminal justice, others are seeking to establish relations with it and hope to bring about reform in the criminal justice field in the direction of restorative justice.

Important features here are the focus on direct moral communication and the intense participation of those directly involved in or affected by the offence. The judicial authority is induced

by the restorative body of ideas to judge together with the directly involved, not about them. Also here we see a conscious democratization of coping with conflict and: with good results. At the same time: this all happens in the shadow of the criminal law and with the consent of the prosecutor or the judge. It seems that developments towards criminal justice reform that appeal to us as enlightening all remain contrasted to the shadow of punishment as the last resort, however undesirable.

((9)) A final observation that can be made regarding note ((41)) is that criminal legislation is often a way of avoiding a real investigation of the social arrangements that produce undesirable behaviours and of the alternative ways of preventing these behaviours and of coping with them when they occur. Indeed criminalization is often a way of not coping with social problems but perpetuating or even aggravating them, because of a complex of social and political interests in these criminogenic arrangements, potential loss of power and control etc. Property crimes, perpetrated by those – often ethnic minorities – who are structurally excluded from the labour market because f.i. they receive no adequate schooling, can be used as the legitimation for their exclusion as 'criminals'. The failures of government with respect to an adequate and just distribution of schooling facilities is translated into (and hidden under) a moral failure of (in Holland f.i.) Moroccan juveniles.

((10)) In connection to this it can be argued that Scheerer seems to be too appreciative of the deterrence function of criminal law ((26)). Perhaps it is true that penal consequences are reasons for some kinds of actors to refrain from some kinds of illegal behaviours. But this 'gain' should then be confronted with the loss, that for other behaviours penal consequences only motivate other ways of committing the offence anyway, sometimes with more aggravating social effects. The dramatic 'war on drugs' for instance is an example of the socially destructive effects of a strategy of deterrence, destructive effects which are not balanced by any apparent benefit. Moreover, protective rights such as the right to a private life become undermined (since this market has its locations there) and the criminal law is less and less capable of effectively exerting normative control over the operations of criminal justice.

((11)) Scheerer's critique of the punitive rationality is, in sum, a critique of punitive instrumentalism and is most convincing for that matter. Things go wrong when we suggest to solve a problem with threats, because threats project antagonistic social relations and will have to be made true. And in making punitive threats true we lose the communicative ground we need to develop constructive social relations. We permanently need and use forms of communicating moral boundaries and the resort to punishment is the worst and most undesirable option.

If we accept the fact that in some cases also this worst option should be used (in a correct legal way), our critique cannot anymore be directed against the institution of punishment, but should be directed against all those who, although they are responsible for realizing a substantially democratic, that is inclusive society, seek the instrumental maximalization of punishment and discard all the potentialities of involving citizens in the restructuring of the social settings in which offending behaviour (and stigmatizing reaction) is produced.

The latter is a difficult and troublesome road to take and the punitive mind is lazy and selfish. To refrain from (threatening with) punishment as a solution requires a courage (Christie, 1981) that is seldom found in the political arena.

Endnotes

- 1 Notice that Beccaria formulated a hedonistic pedagogic model of punishment that has strong connotations with (civic or bourgeois) family life and notice the importance of the legal fiction of the good housefather in civil and penal law.
- 2 This notion is borrowed from M. Galanter, 1981.

Literature

- Bazemore, G./ L. Walgrave (Ed.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the harm of youth crime*, Criminal Justice Press, Monsey, New York, 1999
- Beccaria, C., *Dei delitti e delle pene*, 1764
- Berger, P./Th. Luckmann, *The social construction of reality*, London/New York, 1966
- Blad, J.R., *Schwache Patienten und kriminelle Ärzte?*, in: Detlef Frehsee/Gabi Löscher/Gerlinda Smaus (Hg), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat*, 5, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1980, Ss. 157-182.
- Braithwaite, J./Ph. Pettit, *Not just deserts, A republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990
- Christie, Nils, *Limits to pain*, Martin Robertson, Oxford, 1981
- Council of Europe, *Report on Decriminalisation*, Brussels, 1980
- Durkheim E., *De la division du travail social*, 1893, Presses Universitaires de France, Paris, 1967
- Galanter, M., *Justice in many rooms. Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, *Journal of Legal Pluralism*, 1981, vol. 19, Ss. 1-47
- Haan, W. de, *Politics of redress. Crime, Punishment and penal abolition*, Unwin Hyman, London, 1990
- Hulsman, L.H.C., *Critical criminology and the concept of crime*, in: H. Bianchi/R. van Swaaningen (Eds) *Abolitionism. Towards a non-repressive approach to crime*, University Press, Amsterdam, 1986, Ss. 25-41
- Kerchove, M. van de, *Le droit sans peines, Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987
- Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, 1748, in: Idem, *Oeuvres Complètes*, texte présenté et annoté par R. Caillois, vol. II, Paris, 1973
- Walgrave, L., *Met het oog op herstel, bakens voor een constructief jeugdsanctierecht*, Universitaire Pers Leuven, 2000

Address

Dr. John R. Blad, Erasmus Universiteit Rotterdam, Postbus 1738, NL-3000 DR Rotterdam

Kritik der Idealisierung

Lorenz Böllinger

I.

((1)) In Resonanz auf den Text meines entfernt befreundeten Kollegen Sebastian Scheerer fühle ich mich gleichsam aufgespalten: Als Strafrechtler und Kriminologe kann ich nur rundherum zustimmen und bewundernd feststellen, wie schön und

kriminologisch wie philosophisch enorm fundiert das Notwendige gesagt wird und dass ich das nicht so fertig gebracht hätte. Als praktizierender Psychoanalytiker, der ich auch bin, forsche ich immer nach dem Entwicklungskontext, insbesondere dem unbewussten. Diesen Teil meines vielleicht widersprüchlichen Selbst verwende ich nun hier. Wenn ich jetzt Sebastian Scheerer anhand seines Textes analysieren würde, wäre das ein Kunstfehler. Es ist aber erlaubt, Texte ebenso als Ausdruck systemischer Kontexte zu analysieren wie die Wahrnehmung und Reaktion der Adressaten und Leser. Insofern nehme ich ihn als den Schreiber jetzt einmal ebenso als Delegierten der Gesellschaft wie mich selber als Leser und Kommentator.

((2)) Die Metapher Spaltung bedeutet in der heutigen psychiatrischen und psychoanalytischen Nomenklatur ein Symptom auf den Ebenen von Wahrnehmung, Befindlichkeit und Verhalten: Die Fähigkeit oder Tendenz, innere und äußere Welt in eindeutige, polare Kategorien aufzuspalten und gegebenenfalls situativ nur eine davon wahrzunehmen und auszuleben. Bei den Fragen, wie Spaltung entsteht und ob sie etwas generell Pathologisches sei, scheiden sich die Geister. Erst recht bei der Frage, ob innerpsychische Mechanismen, seien sie nun pathologisch oder nicht, ihre Analogie in gesellschaftlichen Prozessen haben. Um es vorwegzunehmen: Mit Spaltung auf individuellem und kollektivem Niveau hat der Gegenstand Strafe nach meiner Auffassung sehr viel zu tun.

((3)) Ich meine, dass die menschliche Fähigkeit oder Tendenz, auf der bewusst-kognitiven Ebene ein- oder auszublenden, sich gut, ideal, manisch oder schlecht, ekelhaft, depressiv zu fühlen und die Außenwelt irgendwie komplementär als mehr oder weniger gut oder böse einzuordnen, universell und nur als Kontinuum zwischen den Definitionen gesund und krank zu verstehen ist. Ich behaupte weiter, dass der je andere Teil solcher Polarität nicht spurlos verschwunden ist, sondern lediglich durch diverse verfügbare, bewusste oder unbewusste psychische Mechanismen gemanagt wird. Dass ich hier als Psychoanalytiker schreibe, nenne ich eine nicht-pathologische, bewusste Spaltung im Dienste des Ich, im Dienste der Sache, der Vernunft. Das schließt nicht aus, dass meine andere berufliche Seite, der Strafrechtler, und diverse andere Anteile meiner Persönlichkeit mitschwingen, bewusst oder unbewusst. Auch wenn ich als Radfahrer auf einen Autofahrer schimpfe, bleibt trotz des momentan starken Affektes latent bewusst, dass ich das gelegentlich auch umgekehrt tue. Mein Privileg ist, dass es mir bewusst werden und ich über mich selbst schmunzeln kann. Psychotikern und als Borderline-Neurotiker diagnostizierbaren Mördern, Sexualstraftätern, Betrügnern etc. ist es bitter ernst: Sie müssen die andere Seite kognitiv verleugnen, affektiv isolieren und durch Projektion auf dafür sich eignende Andere externalisieren. Bei beiden Typen geht es um die Bewältigung von äußerer Realität unter Verwendung innerer Struktur. Bei letzterem handelt es sich um pathologische Symptome, bei denen, auch aus sozialpräventiven Gründen, zu fragen bleibt, warum und wie es zu dieser sich gelegentlich extrem destruktiv auswirkenden Abwehrstruktur gekommen ist.

((4)) In Sinne eben dieser Typologie behaupte ich die Anwendbarkeit psychoanalytischer Methoden und Theorien auf die gesellschaftliche Sphäre. Ich möchte die Fragestellung Se-

bastian Scheerers und seine Antworten um die Dimensionen der Sozialpsychologie und des Unbewussten erweitern, gleichsam nach der Puppe in der Puppe in der Puppe ... forschen. Dabei muss ich mich sogleich gegen die Vermutung verwehren, ich wolle einfach die Affekttheorie der strafenden Gesellschaft und die Diskussion der 70er Jahre wieder aufwärmen; und gegen die Unterstellung, hier neuerlich umstandslos psychoanalytischen Determinismen und Alleinerklärungsansprüchen zu frönen. Hier liegt meines Erachtens ein – wohl auch durch psychoanalytische Selbstmissverständnisse und Abschottungstendenzen mitbewirktes – externes Fehlverständnis der Psychoanalyse zugrunde. Es geht mir umgekehrt darum, die psychoanalytische Perspektive an die sozialwissenschaftliche und rechtsphilosophische anzuschließen.

II.

((5)) Erster Anknüpfungspunkt in der psychoanalytischen Methode ist die bewusste und vielschichtige Registrierung der kognitiven Wahrnehmungen und der sie begleitenden affektiven Reaktionen und Tönungen. Einige davon deutete ich eingangs an: inhaltliche Übereinstimmung, ästhetisches Empfinden, Bewunderung. Nächste Windung in der Spirale des Verstehens der Komplexität: Befriedigungsgefühle, aber auch Neid, Rivalität (*“Warum habe ich das nicht gesagt oder sagen können?”*). Aber auch vorläufig noch diffuse Ansätze in inhaltlicher Skepsis und der Stachel des Auftrags, einen Kommentar zu schreiben, also auch Kritisches zu sagen. Ein normaler Jurist oder Sozialwissenschaftler würde nun wahrscheinlich sagen, dass solche Empfindungen banal und peinlich seien, erst recht deren Mitteilung. Ich behaupte – meiner Delegationshypothese folgend –, dass diese Erweiterung der Diskussion um die selbstreflexive Kontextdimension methodologisch und inhaltlich gewinnbringend sein kann.

((6)) Zwei Punkte erscheinen mir zentral an Scheerers Entwurf:

– Strafe markiere symbolisch den Kernbereich der Freiheit (3. These). Im Sinne der zweckrationalen Zielbestimmung der positiven Generalprävention sei ihre Funktion die *“Darstellung der Handlungsbewertungen”* – nicht die *“Herstellung von Verhaltensänderungen”*. Sie symbolisiere die Wiederherstellung des durch den Verbrecher Zerstörten ((34)) und bezeichne das Stigma der objektivierten Unerträglichkeit für die gesamte Rechtsgemeinschaft ((35)). Es sei notwendig, aus der Beliebigkeit und Partikularität möglicher Mittel eines besonders herauszuheben: Strafe als Markierung des Bösen ((45)).

– Mit einer dreifaltigen wertrationalen Umsetzung dieser Zielbestimmung legitimiere sich die Kostspieligkeit und Dysfunktionalität der Strafe, ihre instrumentelle Wirkungslosigkeit, die Nichtberücksichtigung der problematischen Straffolgen für Täter und unbeteiligte Dritte; nämlich durch: 1. die Ziehung moralischer Grenzen; 2. die Bewahrung derselben und Wiederherstellung des Systemvertrauens; 3. die Vorbildwirkung humanen Umgangs mit Abweichung und Begrenzung staatlicher Intervention (Verhältnismäßigkeitsprinzip, Schuldprinzip).

((7)) Zunächst rein kognitiv: Ist das nicht die überkommene offizielle Selbstrechtfertigung des Strafrechts, das spezifische *“sozialethische Unwerturteil”*? Kann die Markierungs-

funktion ohne Steuerungsfunktion gedacht werden; gerät er damit nicht in Widerspruch zu These 2 ((22))? Die trivialpsychologische Hypothese der positiven Generalprävention, der normbegründenden und somit motivierenden Kraft des Strafrechts, schwingt unvermeidlich mit. In Wirklichkeit sind die Prozesse der Motivation zu delinquentem Handeln ebenso komplex wie diejenigen der sozialen Selektion, man denke nur an die Dunkelfeldforschung. Dann die affektive Resonanz: *"Die Kleinen hängen sie ..."*, oder: *"Jeder hat das gleiche Recht, unter Brücken zu schlafen!"* Warum ausgerechnet die Strafsymbolik, um etwas zu demonstrieren, wo doch jeder Nicht-Borderliner intuitiv fühlt, dass es nicht stimmt? Aber auch: *"Recht hat er; Geiselnern, Hooligans, Mafiosi oder korrupten Beamten muss doch einfach das Handwerk gelegt werden!"*

((8)) Der komplexe Kontext solcher vermeintlich reinen Wertmarkierung bleibt ausgeblendet. Es handelt sich um eine ideale Abstraktion, um eine kollektive Idealisierung um den Preis der Verleugnung sozialer Wirklichkeit, nämlich der komplizierten Interaktionsgeschichte solcher Taten, ihrer individuellen und kollektiven Symptomqualität. (*"Warum bin ich, trotz mancher Mordphantasien gegenüber bestimmten Mitmenschen, nicht zum Mörder geworden?"*) Damit haben wir auf kollektivem Niveau eine Manifestation des Spaltungsmechanismus im oben beschriebenen Sinne. Unbewusst bleibt das Abgewehrte im purifizierten Ideal präsent: primär grenzenlose Begehrlichkeit einerseits und grenzenlose Wut und Destruktivität andererseits gegenüber dem Sicherheit und Wunscherfüllung versagenden Objekt oder dem daran scheinbar schuldigen Rivalen. In der Essenz ist das nicht nur die an der Oberfläche bleibende Chiffre *homo homini lupus*, sondern auch und vor allem die Fixierung auf oder Regression zu der Position des traumatisierten Kindes. Denn auch auf kollektivem Niveau spiegeln sich die Urwünsche und Urängste der individuellen Entwicklung als beherrschende Phantasien und daraus abgeleiteten zivilisierenden Normen. Im essentialistischen Sinne auch kollektiv beherrschende Triebkraft ist wohl das Sicherheitsbedürfnis. Aus ihm leiten sich primäre Affekte und Handlungsorientierungen ab, welche durch stabile Vertrauensbeziehungen und Sozialisationsprozesse allmählich mehr oder minder zivilisiert werden. Diese Beziehungen und Prozesse sind störrisch, angesichts bestimmter Problem- und Konfliktsituationen sind individuell und kollektiv jederzeit Regressionen möglich. Ohnmachtsempfindungen und Angst sind die Folge, welche wiederum durch Machtphantasien und entsprechendes Verhalten abgewehrt werden. Auch eine machtvolle Autorität, mit der man sich identifizieren kann oder auf die man frühkindliche Abhängigkeitswünsche überträgt, kann diese Sicherheitsfunktion in der Phantasie erfüllen, in der Realität wird sie immer enttäuschen. Früher mag dem der "auratisch verklärte Staat" Hegel'scher Denkweise genügt haben ((6)), eine Projektionsfläche für Sicherheit suggerierende Ideal- u. Größenphantasien – im Ergebnis eine scheinbare Sozialintegration um den Preis des autoritären Charakters und explosiver Spannungen. In diesen Phantasien ist die reale Sozialisationserfahrung der durch vertikale Machtausübung und Ungleichheit charakterisierten Familie ebenso aufgehoben wie das Erleben der in der familialen Allmacht des Vaters bzw. der Eltern unbewusst enthaltenen Ohnmacht in Bezug auf die äußeren sozialen Verhältnisse.

((9)) Im Zeitalter der Globalisierung und des Chaos transnationaler Märkte schwindet diese Sicherheitssuggestion von Familie und Politik, dieser Ersatz für Urvertrauen. Umso mehr muss sich der Nationalstaat oder der überschaubare Zusammenschluss solcher Staaten – z.B. in Gestalt der EU – um die symbolische Demonstration oder Suggestion dieser Macht bemühen. Dadurch entsteht freilich ein Dilemma, mit dessen Reflexion Politik oder Strafrechtstheorie überfordert sind: Je idealer und damit, bezogen auf die psychische Realität, wirklichkeitsferner nämlich die "Markierung des Raumes der Freiheit", desto wirkungsloser ist deren Handlungsorientierung, desto wirkungsvoller wird der abgewehrte Anteil. Er begegnet uns in den Rationalisierungs- oder Neutralisationstechniken ebenso wie in der unverhüllten "neuen Unverschämtheit" der globalisierten Marktgesellschaft und der kollektiven Identifikation mit ihren dezivilisierenden Werten.

((10)) Symbolisiert wird mit Strafe auf einer unbewussten Ebene also die aggressive Macht des Staates, die "vertikale Normvalidierung" zu bewirken, sprich: die Übelzufügung schmerzhaft und willkürlich unabhängig von Gerechtigkeit zu vollziehen. Unbewusst löst das die Wiederkehr des traumatischen Ohnmachtserlebens aus, welches zwar wiederum durch Identifikation mit den Mächtigen und den Idealen abgewehrt werden kann. Die ohnmachts- und angstbedingte Enttäuschungswut kehrt jedoch in modifizierter Form wieder, sie wird auf geeignete Objekte verschoben und rationalisiert. Man kann das 16-jährige und durchaus andauernde "System Helmut Kohl" geradezu als Metapher für diese Prozesse verstehen: Verachtung demokratischer Wertrationalität – Verselbständigung instrumentellen Machthandelns – Machterhalt durch Manipulation – zugleich Ohnmachtserleben durch Komplizenschaft mit und Abhängigkeit von der transnationalen Wirtschaftsmacht – und noch im Untergang manische Ganoven-Heroik zwecks Aufrechterhaltung der Machtphantasie.

((11)) Dass die Strafe in der kollektiven Phantasie zur Wiederherstellung eines zerstörten Gleichgewichts gehört und doch faktisch das reproduziert, was zu bekämpfen sie vermeint, ist Resultat einer bemerkenswerten Themenkarriere, die man auch psychoanalytisch als Wiederholungszwang bezeichnen könnte. Erfolgsbedingung und Triebkraft dieser Karriere ist gerade das, was die Strafe eigentlich bekämpfen soll: die im Straffekt gebundene, überschießende Triebenergie, Residuen der ohnmächtigen Wut und des "Willens zur Macht" (Nietzsche), die Spaltung. Und: dass nicht das vernünftiger Mittel gesucht wird, hat auch mit der Verselbständigung und Selbstsicherung des Machtapparats zu tun, mit dem Schutz der Privatwirtschaft vor Freiheitsbeschränkungen, mit dem Erhalt des Privilegs, nicht wirklich dem Strafrecht unterworfen zu sein.

((12)) Ein gesellschaftliches Zurückholen der mittels des Strafsymbols abgespaltenen höllischen Anteile, eine psychologisch realistische, differenzierende Wertmarkierung ohne das Straffantasma wäre effektiver. Und zwar nicht aus moralisch-humanistischen, sondern aus rein instrumentellen Erwägungen. Eine Markierung der Freiheitsgrenzen, die auf erfahrungsgeliteten Einsichten beruht, die wiederum von einfühlungsgeliteten Affekten getönt sind, wäre wirksamer. Solch Integration abgespaltenen individual- und kollektivpsychologischer

Inhalte setzt allerdings eine Qualität gesellschaftlicher Beziehungs- und Erfahrungsorganisation, mithin eine Reife, voraus, von der wir sicherlich weit entfernt sind und die wir vielleicht nie auch nur näherungsweise erreichen werden.

((13)) Das bringt mich zu Sebastian Scheerers zweitem zentralem und mir an sich äußerst sympathischem Aspekt einer durchaus konkreten Utopie der Mittel und Wege. Seine Position läuft, wenn ich sie richtig verstehe, darauf hinaus, auf eine Zivilisierung der Strafrechtsfolgen zu vertrauen, ohne den im ersten Schritt als zur Markierung des Freiheitsraumes scheinbar notwendigen Strafgedanken überwinden zu müssen. Volle Unterstützung für die funktionalen Äquivalente, die er vorschlägt. Aber: Kontaminieren wir nicht mit der Übernahme des Strafgedankens in die Begründung dieser konstruktiven statt destruktiven, sozialisierenden "Straf-Substitute" das eigentlich Angestrebte? Ist das nicht gar die Position des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der Abtreibung oder der illegalen Drogen: Strafrechtswidrigkeit als Deklaration, Absehen von Strafe in der Praxis? Oder der Staatsanwaltschaften, die einen Großteil der Strafverfahren folgenlos "erledigen"? Wenn wir schon Utopien skizzieren, dann wenigstens solche, deren ideale Ziele nicht die Mittel dementieren.

((14)) Die Zukunft bestimmt ja gleichsam unsere Gegenwart mit: Das, was wir antizipieren, die Utopie, soll das, was in der Vergangenheit geworden ist, beeinflussen. Es genügt aber nicht die Formulierung einer konkreten Utopie und dessen, was geschehen müsste, um sie zu erreichen, z.B. rationale Gesetzgebungsprozesse, "pluripolare und 'einbeziehende' Prozesse der Normvalidierung" ((50)). Es ist auch zu reflektieren, ob und wie solche Prozesse "autoritativer statt autoritärer Normvalidierung" ((47)) funktionieren können. Scheerer begründet seine positive Prognose mit bereits in dieser Richtung absolvierten Entwicklungsschritten ((47ff.)). (*Ein Empfinden von Erleichterung und Hoffnung kommt in mir auf, aber auch wieder dieser hässliche Zweifel!*) Der Idee von einer Ersetzung der Strafe durch eine "prozeduralisierte expressive Normvalidierung, deren Verbindlichkeit weniger aus der Autorität der Strafgewalt als aus der Sicherstellung der Anerkennbarkeit und der Anerkennung von Prozeß und Ergebnis resultierte" ((53)), stimme ich voll zu. Die Utopie erscheint auch nicht idealistisch, denn in der Tat zeigt die allgemeine Steuerungstheorie im regulativen Recht das angesprochene "Trilemma von Indifferenz, Kontraproduktivität oder Selbsterstörung der Steuerungsinstrumente" ((48)). Die Tendenz von Verstaatlichung zu Vergesellschaftung, die Reduktion der Staatsfunktion zur Subsidiarität ((54)), zur Steuerung von Selbststeuerungsprozessen, zur Sorge für die Beachtung prozeduraler Gerechtigkeitserfordernisse scheint tatsächlich im Gang zu sein.

((15)) All dies erfordert aber einen Sozialisationstypus, den wir weniger und weniger haben (s.o.: "Helmut-Kohl-Syndrom"). Vielfältige, durch Technologie und Globalisierung bewirkte gesellschaftliche Veränderungen, die Enttäuschungen am Sicherheitsversprechen des Nationalstaats, die ungebrochene Destruktivität der Irrationalität lösen – wie immer schon – Modernisierungsängste und kollektive Regressionen aus. Sozialstruktur tendiert aber meines Erachtens heute mehr denn je zu Beziehungsverdünnung und sozialer Isolierung statt zu mehr "Dichte" im Sinne substantieller, beziehungs- und

einfühlungsfördernder Kommunikation und Partizipation ((62)). Über die psycho-sozialen Bedingungen letzterer im Sinne sozialer Integration statt Spaltung und Exklusion ist nachzudenken. Auch die subjektzentrierte Verarbeitung von Unrecht durch Opfereinbeziehung und -stärkung ((57)) ist eine voraussetzungsvolle substantiell-sozialpolitische Angelegenheit. Eine Vernunftkultur der kommunikativen Konfliktverarbeitung muss erst noch entwickelt werden, auch wenn Modelle des Täter-Opfer-Ausgleichs bei uns oder Versöhnungskommissionen in Südafrika hoffnungsvoll stimmen. Solche Entwicklung ist nur möglich, wenn die Spaltung sowohl im Denken als auch im Fühlen der Freiheitsgrenzen entbehrlich wird, wenn die Universalität der Unsicherheit und des Bösen akzeptiert und integriert wird, wenn die Ambivalenz von Affekten und davon geleiteten Phantasien bewusst wird.

Adresse

Prof. Dr. Lorenz Böllinger, Universität Bremen, FB Rechtswissenschaften, Postfach 33 04 40, D-28334 Bremen

The Gallows*

Nils Christie

I.

((1)) Where the railway-tracks ends in Lager Birkenau, a gallows was raised in 1945. Here they hang the Commander of the Camp.

((2)) I have never been able to understand it. One life against five million! One broken neck against five million suffocated, starved to death, or plainly killed. To me, the execution became a sort of denigration of the five million. Their worth became, for each of them, 1/5 000 000 of the worth of the Commander.

((3)) But what else could be done? So asked my Polish colleagues. I have no answer, except this: A trial had to be carried out. Day after day survivors would have to reveal what happened. All sort of victims would have to express their despair, rage and wish for vengeance. The Commander would also express his position, his reasons then, and now, in front of the survivors and his judges.

((4)) But then, for the judge, if he was a free judge and not only an executioner hired by the rulers, what should he in the end decide?

((5)) My suggestion would be that he should express as follows to the Camp-Commander: You have done it. You are guilty. Your acts are more morally repulsive than any ever reported in any human society. We have heard it. All in the civilised world will get to know about your horrible acts carried out at this horrible place. No more can be said and done. Go away in shame.

2.

((6)) Sebastian Scheerer has written an article which goes a long way towards this position in his interesting and well argued *Kritik der strafenden Vernunft*. Not much remains of the conventional arguments for punishment when that job is finished. The *Doxa* dissolves. Punishment has not always existed. It does not exist everywhere. The utility of punishment is neither obvious, nor proven. I do not think I ever have come across a more precise and devastating critique of the use, or abuse, of the penal law than in Scheerer's critique of these matters.

((7)) But then, and it is as if he here takes a long and hesitant breath, the punishment is at least for certain evil acts brought back to respectability. Not as a manipulative measure to govern the population, a *Steuerungsinstrument*, but as a declaration of the value of fundamental values ((32)). Seen like this, punishment get a respectability higher than ever after all the bad reasons for punishment have been removed ((33)). As a bird *Phoenicia*, punishment is back in respectability. When important values are threatened, punishment must be!

((8)) Sebastian Scheerer is of course not so simple-minded that he says this without conditions. He establishes several limits to punishment, limits that have to be considered before punishments is applied.

3.

((9)) First, punishment has only to be when used important values are hurt, *core values* is what he calls them. And what are the core values so highly esteemed that they deserve re-introduction of punishment? Scheerer tells us in paragraphs 34-35 that it has to do with the expressive underlining and re-establishment of those values that establish room of freedom for other human beings, - but it sound better in German: Die Strafe markiert den Raum der Freiheit. In footnote 50, he specifies the acts deserving punishment: It has to do with intentional ill-legal attack on body, life and freedom. Or in his own words: gewaltsame Angriffe auf Leib, Leben und Freiheit - also Mord, Totschlag, gewaltsame Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Vergewaltigung, und - soweit Menschen mit Gewalt geschädigt wurden - auch Hoch- und Landesverrat.

((10)) These are core values for Sebastian Scheerer, as they are for me. We are good friends, - certainly also by the reason of shared values. But I have other friends whom I also respect. Some are anarchists. State treason would not necessary belong to their core values. Others are strong believers in God and his supposed creations. Some of these equal abortion to infanticide. If they were listened to, the annual murder rate in Norway would not stay at its present 50 cases, but would include 14 000 additional cases a year. Others in my country, and they are not a minority, look at the distribution of drugs as one of the greatest attack of human freedom and life that can be conceived of. In their opinion, people are captivated in their dependence. Many die. Drug sharks, that are what they call them, have therefore to be severely punished to uphold the core values of life and freedom.

((11)) Scheerer makes an attempt to keep drugs away from the accepted territory of punishments. He establishes an additional limit to punishment by claiming that punishments can only be acceptable *in defence of already established values*. Society ought not to use punishment to establish new values ((40)). But the drug-fighters do not look at their crusade as a modern one; they look at themselves as defending ancient values. So, core values as exemplified by Scheerer is not a very efficient tool when it comes to limiting the area for punishment.

4.

((12)) But Scheerer is well aware that punishment means suffering. So, he adds that it has only to be used *when no other alternatives are in existence*. Even in the most severe cases as murder for money or sexual murder, such a question has to be raised ((41)). If alternative measures can be envisaged, there are no room for punishment.

((13)) I am very fond of the reasoning Sebastian Scheerer here develops. He discusses several alternatives, and gives strongly preference to these. I am personally convinced that a great number of alternatives to punishment can be used in nearly all cases which today are met with punishment. That is particularly so when values that Scheerer sees as in the core has been hurt. Cases of traditional violence are unusually well suited for alternatives. There will in such cases often be well defined parties, it will be particularly important for these parties to be brought in positions where they can see each other eyes, see each other as persons and not as monsters. And it will often be possible to create situations of compensation and thereby restore the former victim. This might also be the case when the victim means those that stand close to a person killed.

5.

((14)) If I understand Sebastian Scheerer correctly, his position is that he accepts punishment, but then within the severe limitations he establishes. Punishment is *not* for use as an *instrument for governing* the population, it is *only* to be used when *core values* are threatened, it is *not* to be used to establish *new* core values and it is *only* to be used when *no other alternatives* are available. I like the discussion so far, - but I miss one central point. I miss a discussion of *punishments as an attack on the very same core values they are supposed to defend!* We kill the killer to underline the value of life, we incarcerate to underline the value of freedom. Punishments might follow attack on core values, but are at the same time aggressive attack on the very same values!

6.

((15)) It is therefore not sufficient to discuss how (or if) punishments might re-establish values. We must at the same time discuss how punishments in that very attempt can destroy values. When Russia has 685 prisoners per 100 000 inhabitants, and the USA has even more, 705 per 100 000, then these states have created systems of punishment which are not easily com-

bined with a picture of them as ordinary democratic societies. We might look at the state in analogy to a person, and ask: Is it not the case that some states now are transgressing core values? How can we then counteract such behaviour? We might ask: Do we find it right to live in societies where the penal apparatus plays a major role? Do we find it acceptable, or even preferential to convert our societies into systems where punishment functions as in Russia or in the USA – countries that to a great extent govern their lower classes (and low ranking races) by the use of the penal systems?

7.

((16)) Concretely: Germany has by now some 85 prisoners per 100 000 inhabitants? But the pressure to increase the number is enormous. Mass-media thrive on crime, and modern states are weak in governing the economy and in preserving welfare and job-security for the people. This increases the temptation for authorities in showing strength in governing the supposedly dangerous classes. So, why should not Germany increase the prison population to 125 as Great Britain, or 215 as the Czech republic, or 410 as Latvia? The US has just now 2 million prisoners, but why not 3 or 4 million? Deplorable acts are in unlimited supply. An urgent need is therefore to develop criteria for when types and volume of punishments tip the balance, when the use of punishment threatens the core value of preserving the civil character of our societies.

8.

((17)) Formulated in this way, the challenge is to establish criteria for the amount of punishment acceptable within a society. The challenge is to present limits to punishments, which will make it possible to preserve our societies in a form, we find acceptable as representing a balanced totality of our values. Or in another formulation: We can create scenarios of societies with zero punishment at the one extreme, and at the other extreme with everybody except the ruling classes in prison or under the administration of penal law. The fascinating challenge is to think through the consequences of these two positions. Would e.g. a situation with zero punishment (total abolitionism) lead to hidden forms of punishment, may be more painful and less regulated than openly exposed? But then, what about the opposite: When is enough actually enough for those with endless complaints about our lack of stern measures? With regard to this position, it is interesting to observe that agitators for more punishment never specify the upper limits for that activity. Abolitionists (and minimalists) work from the premise that crime is a social construction. Unacceptable acts can be given meanings where punishment is not called for. The youngster can give the teacher a severe blow. If the headmaster scolds him and ends the case here, the understanding of the act might also end here, as a case of exceptional naughtiness. But if the police are called in, and that happen more and more in modern school systems, the act might receive quite another meaning, the blow becomes a crime. The maximalists take their point of departure at the last stage in the meaning-creating process. Acts are seen as given, crime exists, punishment becomes then a natural consequence of the

break of the law and the volume of crime creates the volume of punishment. As a consequence of this view, the maximalists do not need to discuss the limits for punishment.

((18)) Out of a wish to establish limits to the application of punishment in society, an essential first step is therefore to analyse the very processes whereby acts are given their meanings. Through such studies, penal thinking might lose its hegemonic position and situations might be created where attach on Sebastian Scheerer's core values remain as the very exceptional cases he wants them to be.

* I thank Knut Pappendorf for a stimulating discussion of the paper by Sebastian Scheerer.

Address

Prof. Dr. Nils Christie, Universitetet i Oslo, Inst. f. Kriminologi, St. Olavs Pl. 5, Pb: 6872 St. Olavs plass, N-0130 Oslo

Expressive Normbestätigung - mit oder ohne Strafe?

Axel Dessecker

((1)) Sebastian Scheerer geht es in seinen Thesen zur "Kritik der strafenden Vernunft" um den Nachweis, daß die Strafe durch etwas Besseres ersetzt werden muß. Er will die Schwerkraft unserer Fantasie überwinden, weil er meint, daß das Beharrungsvermögen der Realität überschätzt werde ((2)). Das ist ein anspruchsvolles Unternehmen. Wenn seine Vorüberlegung zutrifft, daß die Strafe nur in historischen Phasen zum Problem wird, in denen die bestehenden Machtverhältnisse¹ selbst in Frage gestellt werden ((10)) - und dafür spricht viel -, ist die Zeit für abolitionistische Bestrebungen alles andere als günstig.

((2)) Die kriminalpolitischen Vorstellungen der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien stimmen so weit überein, daß die bedeutenderen strafrechtlichen Änderungsgesetze der letzten Jahre mit großen Mehrheiten verabschiedet worden sind. Zunehmend werden Gesetze beschlossen, die erklärtermaßen zur "Bekämpfung" der Kriminalität als solcher oder auch aktuell als besonders bedrohlich apostrophierter Erscheinungsformen von Kriminalität dienen. Politikerinnen und Politiker sind am Ausmalen mediengerechter Bedrohungsszenarien, die diese Gesetzgebung legitimieren sollen, maßgeblich beteiligt (Albrecht 1999).

((3)) Sozialwissenschaftliche Politikberatung ist solchen Gesetzgebungsprozessen eher im Weg. Selbst kriminalpolitische Reformvorschläge, die auf eine Einschränkung des Strafrechts zielen und damit Scheerer's Fernziel der Abschaffung nicht einmal ins Auge fassen, sind in den letzten Jahren folgenlos geblieben. Das Beharrungsvermögen der Realität kann man aus dieser Sicht kaum überschätzen.

((4)) Obwohl Scheerer nicht den Anspruch erhebt, daß seine Thesen mit ihrer Realisierbarkeit in absehbarer Zukunft ste-

hen oder fallen, bemüht er sich, die Morgenröte einer besseren Zeit am Horizont wahrzunehmen. Der Blick für die Gegenwart wird dadurch etwas verzerrt. Ich konzentriere mich im folgenden auf zwei zentrale Thesen.

Ist die Strafe entbehrlich?

((5)) Aus der eher bescheidenen Bilanz der empirischen Forschung zu general- und spezialpräventiven Wirkungen der Strafe folgt nicht deren Funktionslosigkeit. Doch meint Scheerer, daß die Gesellschaft auf diese Steuerungsfunktionen verzichten könne. Das begründet er mit dem allgemeinen Rechtsprinzip der Verhältnismäßigkeit. Aus ihm ergibt sich im juristischen Kontext die Voraussetzung, daß keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen dürfen, die genauso wirksam wären - was Scheerer in die Kriminalpolitik übertragen will ((28)). Die Frage ist allerdings, was daraus folgt. Scheerer nennt - hauptsächlich am Beispiel der Korruptionskontrolle - funktionelle Äquivalente zu einer Strafverfolgung und behauptet, diese Alternativen zur Strafe seien nicht nur effektiver, sondern kämen ohne Schädigung "unschuldiger Dritter" aus ((29)).

((6)) Ich fürchte, das Problem ist vertrackter, als Scheerer meint. Selbstverständlich gibt es zahlreiche präventive Maßnahmen rechtlicher und nicht-rechtlicher Art, die als Alternativen zu Strafvorschriften in Betracht kommen. Läßt man sich auf rechtliche Instrumente ein, so sind je nach Sachgebiet unterschiedliche Rechtsformen gefragt. Für den Bereich der Korruption werden das verwaltungs- und steuerrechtliche Normen sein, für den Bereich der Alltagskriminalität eher das Zivilrecht. Die rechtssystematische Zuordnung sagt aber nicht allzu viel über die Wirkung einer Sanktion. Maßnahmen wie die disziplinarische Entfernung von Beamten aus dem Dienst oder eine hohe Schadensersatzforderung können ebenso gravierende Folgen nach sich ziehen wie eine Kriminalstrafe (Frehsee 1986). Das gilt nicht nur für die Personen, gegen die sich eine solche Maßnahme unmittelbar richtet, sondern auch für weitere Betroffene wie etwa Familienangehörige. Vollends ausgeblendet wird dabei, daß es auch im Verwaltungsrecht Freiheitsentziehungen gibt, etwa gegenüber unerwünschten Einwanderern. All das sind keine Strafen.

((7)) Allgemeiner formuliert: das Strafrecht ist auch in modernen Rechtssystemen viel enger mit anderen Rechtsgebieten verwoben, als Scheerer es wahr haben will. Es gibt zahlreiche Gesetze, die strafrechtliche Sanktionsdrohungen neben verwaltungsrechtliche Verbote mit Erlaubnisvorbehalt stellen. Und das Deliktsrecht des BGB arbeitet nicht mit prinzipiell anderen Mitteln als das Strafrecht. Wer als Straftäter verurteilt wird, kann zugleich schadensersatzpflichtig sein. Was nach einer Abschaffung der Strafe übrigbliebe, wäre eine Rechtsordnung mit zahlreichen strafähnlichen Sanktionen. Wenn Scheerer konsequent wäre, müßte er die Abschaffung des modernen Rechts fordern, nicht bloß die der Strafe.

Besseres als die Strafe - keine Utopie?

((8)) Für Scheerer steht gegenüber instrumentellen Zielsetzungen die symbolische Stigmatisierungsfunktion der Strafe

im Vordergrund. Zugleich macht er darauf aufmerksam, daß der Rückgriff auf diese Funktion noch nichts über die Legitimität der Strafe sagt. Selbst wenn das Strafrecht auf einen Kern weniger Paragraphen "für eine kleine Anzahl unerträglicher Angriffe auf die Person" reduziert werde, sei die Strafe nicht legitim, wenn es eine weniger problematische Alternative gebe ((39)). Diese Bedingung erfüllt für Scheerer das Modell der "prozeduralisierten expressiven Normvalidierung" ((53)) oder auch "subjektzentrierten Normvalidierung" ((56)). Damit verbindet er eine neue Rolle der Opfer von Unrecht ((55)) und eine neue Rolle des Staates, der auf Dienstleistungsfunktionen für sie beschränkt wird ((60)). Diese Alternative zur Strafe überzeugt mich nicht.

((9)) Eine Schwierigkeit besteht für Scheerer darin, den Gehalt seiner Utopie vorstellbar zu machen. Nachdem er das Recht der Barotse - einer Ethnie in Sambia - als Beispiel eher verwirft, greift er zu dem Vergleich mit dem Verfahren eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses ((65)). Nun sind solche Ausschüsse zumindest in Deutschland - bei allem Nutzen an zusätzlicher öffentlicher Kontrolle, die sie im Einzelfall ermöglichen - nicht gerade dafür bekannt, daß sie die Normgeltung expressiv bestätigen. Ihr Bild in der Presse wird eher bestimmt durch Untersuchungsaufträge, die nach politischer Opportunität festgelegt werden, Beweisaufnahmen, die in die Länge gezogen und allein durch das Ende einer Legislaturperiode begrenzt werden, und Abschlußberichte, deren Inhalt nicht unter allen Mitgliedern konsensfähig ist. Im übrigen arbeiten Untersuchungsausschüsse weitgehend nach den Normen des Strafprozeßrechts - die Scheerer doch allenfalls noch subsidiär beibehalten möchte ((60)).

((10)) Aber das ist ja nur ein Beispiel. Zentraler für das Modell ist sicher die Person des "Opfers". Das "Opfer" ist für Scheerer ein verletztes und traumatisiertes Subjekt, das im "staatszentrierten" Strafverfahren nur von neuem viktimisiert wird. Nun gibt es einige empirische Belege dafür, daß viele Strafverfahren von den Geschädigten tatsächlich so erfahren werden. Allerdings liegt in der Behauptung, dies gelte "für die meisten Opfer" ((55)), eine unangemessene Verallgemeinerung. Was für schwere Delikte gegen individuelle Rechtsgüter in manchen Fällen gelten mag, hat mit der Masse der Alltagskriminalität wenig zu tun. Daß der "Löwenanteil krimineller Delikte im Dunkelfeld" verbleibt ((62)), liegt weder an den Traumatisierungen der Geschädigten noch an effektiven Konfliktregelungsmechanismen im "gesellschaftlichen Raum", sondern schlicht daran, daß es sich eher um Bagatellen handelt, bei denen sich die Geschädigten von einer Strafanzeige wenig Nutzen versprechen. Welche Normverstöße als möglicherweise strafrechtlich relevant zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangen, hängt nämlich weitgehend von den Anzeigen (potentieller) Geschädigter ab.

((11)) Juristinnen und Juristen neigen möglicherweise zu einer Überschätzung des Rechts ((62)). Scheerer tappt selbst in diese Falle, die er doch umgehen wollte. Er verwechselt nämlich die internationalen Übereinkommen gegen die Todesstrafe mit der Praxis der Hinrichtungen. Ein Blick in einen beliebigen Bericht von amnesty international genügt, um zu erkennen, daß die Todesstrafe in nicht ganz unbedeutenden Ländern wie China und den Vereinigten Staaten von Amerika

keineswegs abgeschafft ist. Deshalb ist die Todesstrafe gegenwärtig eines der wichtigsten Forschungsthemen in der US-amerikanischen Kriminologie. Ähnlich steht es mit der Abschaffung der pädagogischen Strafe. Sie ist in Deutschland nicht einmal verboten, und über die Frage, ob sie verboten werden sollte, dürfte im gesellschaftlichen Raum viel weniger Übereinstimmung herrschen, als Scheerer meint.

((12)) Trotzdem befinden sich Strafe als Erziehungsmittel wie Todesstrafe wohl auf einem langfristigen Rückzug. Für die Kriminalstrafe insgesamt kann ich eine derartige Entwicklung nicht erkennen. Vielleicht sollte man in Erinnerung rufen, daß die Geschichte des Gefängnisses zugleich die seiner Reformen ist (Foucault 1975: 299 ff.). Das könnte auch für die Kriminalstrafe gelten. Wenn Scheerer die Stärkung der Geschädigten und die Reintegration der Verurteilten durchaus zustimmend als Inbegriff der heutigen Reformtendenzen schildert ((57)), ist dies allenfalls ein verzerrter Ausschnitt. Zugleich gibt es Reformen, die nicht zu einer Zurückdrängung, sondern zu einer Ausweitung der Strafe führen. Dazu gehören langfristige Freiheitsentziehungen gegen "gefährliche" Straftäter - welche Gruppen auch immer damit gemeint sind - ebenso wie der ständige Rückgriff der Gesetzgebung auf das Strafrecht als mutmaßliches Allheilmittel sozialer Probleme. Das heißt nicht, daß das Nachdenken über Alternativen zur Strafe sinnlos wäre. Aber mit einer Einschränkung des Strafrechts wäre in kriminalpolitischer Hinsicht schon viel gewonnen.

Anmerkung

1 Ich halte es für treffender, in diesem Zusammenhang nicht von "Gewaltverhältnissen" zu sprechen - zumal sich Scheerer an anderer Stelle ((16 Fn. 27)) auf Heinrich Popitz bezieht, der sich überzeugend gegen einen undifferenzierten Gewaltbegriff wendet (Popitz 1992: 48).

Literatur

- Albrecht, H.-J. (1999). Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 111, 863-888.
- Foucault, M. (1975). *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*. (7. Auflage). Frankfurt/M. 1987: Suhrkamp.
- Frehsee, D. (1986). Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht. *Kriminologisches Journal*, 18, 105-114.
- Popitz, H. (1992). Gewalt. In H. Popitz, *Phänomene der Macht* (S. 43-78). 2. Aufl. Tübingen: Mohr.

Adresse

Dr. Axel Dessecker, Universität Göttingen, Juristisches Seminar, Platz der Göttinger Sieben 6, D-37073 Göttingen

Legitimität und Modalität der Strafe

Peter Fischer

((1)) Das Thema *Strafe* bewegt die Gemüter und verleitet zum Rasonieren. Die Gefahr dieser oder jener Art ideologischer Voreingenommenheit oder populistischer Meinungsmache ist hier groß. Der theoretischen Diskussion ist daher vor allem Nüchternheit und begriffliche Klarheit, soweit nur irgendwie möglich, anzuraten.

Sebastian Scheerer stellt sich die Aufgabe, "möglichst voraussetzungslos" zu argumentieren (vgl. ((11))). Damit ist zunächst gemeint, daß transzendente Begründungen der Legitimität der Strafe (vgl. ((7))) ebenso zurückgewiesen werden wie Berufungen "auf die Transzendenz" (vgl. ((12))). "Transzendent" und "transzendental" scheinen für S. Scheerer ohnehin Begriffe selben Inhalts zu sein, weshalb ihm z. B. Kants Philosophie als ein nur "scheinbar säkularisierter Widerschein derselben transzendentalen Ökonomik des Heils" gilt, die S. Scheerer von Theologen vertreten sieht (vgl. ((7))). Ohne solche und ähnliche Stellungnahmen zu philosophischen Theorien der Strafe kommentieren zu müssen, darf man festhalten, daß sich S. Scheerer vom philosophischen Denken offensichtlich keine Hilfe für sein "kritisches Denken" (vgl. ((5))) erwartet.

((2)) Doch ganz voraussetzungslos ist S. Scheerers Argumentation nicht. Anscheinend möchte er zumindest *methodisch* an jene "Theorien" anschließen, die die Notwendigkeit der Strafe "als empirische Zweck-Mittel-Relation" verstehen (vgl. ((8))). Nach diesem Ansatz wäre die Strafe dann gerechtfertigt, wenn sich ein empirischer Zweck angeben ließe, der Strafe als Mittel heiligen und mit praktischer Notwendigkeit fordern würde. Weil dabei, wie S. Scheerer ausführt, "der Begriff der Notwendigkeit durchaus auch Fragen ihrer Wertrationalität" umfassen soll (vgl. ((21))), darf wohl geschlossen werden, daß relevante Werte empirisch aufgewiesen werden müßten. Weil der empirische Aufweis von Werten wahrscheinlich nicht im Sinne einer Schau objektiver Werte gemeint ist, was man sicher ausschließen darf, kann es nur darum gehen, durch eine soziologische Studie zu ermitteln, welche relevanten Werte mit welcher Häufigkeit in welcher Sozietät vertreten werden. Für die Bestimmung empirischer Zwecke ist ein solches Verfahren durchaus sinnvoll, denn schließlich werden mögliche Ziele erst durch den Wert, den man sich von ihrer Realisation verspricht, zu Zwecken, die man als solche anerkennt und sich tatsächlich setzt. Eine Konsequenz dieses methodischen Ansatzes besteht dann darin, daß die Legitimität der Strafe jeweils nur im Hinblick auf eine faktische Wertegemeinschaft gerechtfertigt ist.

((3)) Nun darf man sicherlich annehmen, daß bestimmte Ziele von sehr vielen Menschen für wertvoll gehalten werden: Wahrung von Recht und Ordnung, Schutz der Friedfertigen, Abschreckung und Besserung von sogenannten Straftätern. Die Frage lautet also: Sind Strafen geeignete Mittel, diese Zwecke zu realisieren? Eine schlechthin bejahende Antwort reicht aber nicht aus, um Strafen die praktische Notwendigkeit im Rahmen einer empirischen Zweck-Mittel-Relation zu bescheinigen. Von der bejahenden Antwort wird in zweifacher Hinsicht eine bestimmte Qualifikation gefordert.

((4)) Der erste Aspekt könnte der *wertrationale* genannt werden: Die konkreten Maßnahmen, die den Inhalt der Strafe ausmachen, dürfen nicht so bewertet werden, daß sich ein Wertekonflikt mit den Zwecken der Strafe ergibt. S. Scheerer bringt diesen Gesichtspunkt zur Geltung, wenn er schreibt: "Zum Problem wird die Strafe nur, wenn die Gewaltverhältnisse selbst zum Problem werden." ((10)) Die "Ökonomik" der Werte, die hier zugrunde gelegt wird, läßt sich so darstellen: Täter werden wegen ihrer Gewaltanwendung bestraft; Gewalt wird also negativ bewertet. Die Strafenden üben aber gegenüber den Tätern auch Gewalt aus, folglich muß auch die

Strafe negativ bewertet werden: Strafe ist also Gewalt und daher Unrecht, weshalb sie durch Besseres ersetzt werden sollte (vgl. ((10))). S. Scheerer läßt dieses Argument offensichtlich gelten; ich werde darauf zurückkommen.

((5)) Der zweite Aspekt könnte der technische, genauer: der *sozialtechnische*, heißen: Hierbei geht es sozusagen um die Wirkung oder um den Wirkungsgrad der Strafe. Dem methodischen Ansatz gemäß müßte empirisch ermittelt werden, ob entweder die Strafe oder ein anderes Mittel besser geeignet ist, die gesetzten Zwecke zu verwirklichen. Das Kriterium für die bessere Eignung kann aber unterschiedlich festgesetzt werden, nämlich erstens als Wirkung und zweitens als Wirkungsgrad: 1) Welches Mittel erzielt das absolut beste Ergebnis? 2) Welches Mittel erzielt in Relation zum Aufwand das beste Ergebnis? Auch die Frage, was als Ergebnis gilt, könnte unterschiedlich gestellt werden, z. B.: 1) Welches Mittel erreicht die geringste Anzahl an Straftaten? 2) Welches Mittel erreicht die geringste Quote an straffälligen Personen in einer Population? 3) Welches Mittel erreicht die geringste Rückfallquote unter Straftätern? Außerdem wäre zu bedenken, daß nicht alle meßbaren Verhaltenseffekte allein auf die Anwendung des jeweiligen Mittels zurückgeführt werden können. Andere Faktoren müßten – auch in ihrem Wirkungszusammenhang mit den Mitteln – berücksichtigt werden. Jedenfalls müßten alternative Mittel zur Strafe bereits Anwendung finden, wenn die sozialtechnisch bessere Eignung empirisch festgestellt werden soll, wobei der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz nicht verletzt werden dürfte.

((6)) Die mit diesen Überlegungen nur angerissenen Schwierigkeiten einer empirischen Feststellung der sozialtechnisch besseren Eignung von alternativen Mitteln sind wohl der Grund dafür, daß S. Scheerer seine Argumentation nicht auf aussagekräftige empirische Untersuchungen stützen kann. In dieser Frage kann er eigentlich nur seine Meinung vorstellen. Eine Vielzahl anderer Meinungen, die auch den einen oder anderen plausiblen Grund für sich geltend machen könnten, wäre denkbar. Spätestens hier begönne dann das Razonieren über die Legitimität der Strafe.

Die ersten Punkte meines Beitrages dienten dazu, mein Verständnis des Ansatzes von S. Scheerer offenzulegen und jene Stellen zu kennzeichnen, bei denen ich Schwierigkeiten sehe. Insbesondere meine Skepsis gegen die Rechtfertigung der Strafe auf der Grundlage einer empirischen Zweck-Mittel-Relation sollte deutlich werden. Um meine Position, daß das Problem nicht in der *Legitimität* sondern der *Modalität der Strafen* besteht, einsichtig darstellen zu können, werde ich mich nun dem *Begriff der Strafe* zuwenden.

((7)) Für die Opfer und ihre Angehörigen bedeutet die Bestrafung des Täters zumindest auch, daß sie Genugtuung für ein zugefügtes Leid erhalten. Strafe muß daher von anderen Weisen, Genugtuung zu erlangen, unterschieden werden. Die entscheidende Differenz ist der Bezug zum *Recht*. Von Rache oder von Schadenersatz wird auch dann gesprochen, wenn keine Rechtsverletzung vorliegt. Die Niederlage in einem Wettbewerb, die abgewiesene Liebeswerbung oder ein Unfall, dessen Verursacher noch nicht einmal Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann, sind Anlässe, die Rachedgedanken aufkommen lassen können, aber keine Rechtsbrüche darstellen.

Dagegen ist der Rechtsbruch eine *notwendige Bedingung* der Strafe. Wenn in der Tat kein Recht mißachtet wurde, dann darf auch keine Strafe erfolgen. Für die Legitimität der Strafe läßt sich daraus schließen: Wenn kein legitimes Recht in Geltung ist, dann kann es auch keine legitimen Strafen geben. Die begriffliche Beziehung zwischen Recht und Strafe läßt sich bis jetzt so zusammenfassen: Wenn keine Verletzung legitimen Rechts durch den Täter erfolgte, dann kann er auch nicht legitim bestraft werden.

((8)) Die weitergehende Frage lautet nun: Ist die Geltung legitimen Rechts im Falle seiner Verletzung eine *hinreichende Bedingung* für die legitime Strafe? Die Geltung des Rechts muß sich in der sozialen Wirklichkeit bewähren. Das Recht muß wehrhaft sein. Für all jene, die sich, aus welchen Motiven auch immer, an das Recht halten, ist das Bewußtsein wehrhafter und sich bewährender Rechtssicherheit wichtig. Der Gewalt, die in der Rechtsverletzung ihren Ausdruck findet, muß daher begegnet werden. Das Recht, sogar die Pflicht, zur reaktiven Gewalt ist also unerläßlich: Es gibt keine Wirklichkeit des Rechts ohne die Befugnis zum Zwingen. Dies ist einer der Aspekte, die das Recht von der Moralität unterscheiden: Wenn jeder aus Moralität die Normen einhalten würde, bedürfte es keiner Befugnis zum Zwingen; die Rede vom Recht wäre dann unnötig. Dieser Gesichtspunkt wird von S. Scheerer als allgemeines Merkmal des Rechts anerkannt, wenn er ausführt, daß die "sanktionsbewehrte" Durchsetzung des Rechts auch im Zivilrecht notwendigerweise ihren Platz hat (vgl. Anm. 44 zu ((34))). Aber S. Scheerer wendet sich gegen die Gleichsetzung von "sanktionsbewehrt" und "strafbewehrt". Die Legitimität der Befugnis zum Zwingen gilt ihm also nicht als hinreichende Bedingung für die Legitimität der Strafe. Er schreibt: "Das Besondere der Strafe, so scheint es, wird hier noch verfehlt." (Anm. 44)

((9)) Immerhin müßte S. Scheerer wohl zustimmen, daß die Strafe, wenn sie denn legitim wäre, ihre Rechtfertigung dem Umstand verdanken würde, daß sie eine besondere Form jener Sanktionen ist, die notwendigerweise zum Recht gehören und ihm seine soziale Wirklichkeit sichern. Das wertrationale Argument, nach dem Strafe als eine Form von Gewalt ein Unrecht sein soll, ist damit bereits ausgeräumt. Es bleibt nur noch das sozialtechnische Argument, daß anhand der Frage, "welcher Art die positiven Wirkungen der Strafe [...] sind" (Anm. 44), über die Legitimität der Strafe als einer besonderen Form rechtssichernder Sanktionen entscheiden will. In der Frage der Legitimität sind aber weder Wirkung noch Wirkungsgrad der Strafe als Mittel ausschlaggebend, sondern die Beziehung zur Legitimationsinstanz des Rechts: Bestimmte Mittel könnten noch so effektiv sein und würden doch nicht für legitim gelten, wenn ihre Anwendung zwangsläufig z. B. die Rechte unschuldiger Dritter dauerhaft außer Kraft setzte. Andererseits erfordert es die Verbrechensbekämpfung mitunter, daß Unschuldigen zeitweise eine Einschränkung ihrer Rechte oder zumindest das In-Kauf-Nehmen von Nachteilen zugemutet wird. Was hier gilt, könnte auch für Strafen gelten. Wären die Rechte unschuldiger Dritter dauerhaft außer Kraft gesetzt, dann würde die Grenze der Legitimität überschritten. Aber die zeitweise Einschränkung der Rechte unschuldiger Dritter oder auch die bloße Zumutung von Nachteilen muß noch nicht die Legitimität des fraglichen Mittels, hier also der Strafe, aufhe-

ben. Es gibt nicht nur Grenzen der Legitimität, sondern auch Spielräume der Angemessenheit.

((10)) Mein Vorschlag lautet daher: Strafe als eine Sanktion, die dem Recht Geltung verschafft und das Bewußtsein der Rechtssicherheit befördert, ist legitim, weil sie eine reaktive Gewalt gegen die Gewalt der Verletzung des Rechts darstellt. Im Rahmen der Legitimität der Strafe gibt es einen Spielraum für die Angemessenheit der Strafmaßnahmen. In der Festsetzung der Modalität der Strafe findet nicht nur die Bewertung der Straftat ihren symbolischen Ausdruck. Ausgedrückt werden auch das Niveau der Kultur, der Bildung und der Zivilisation, das eine Gesellschaft erreicht hat: Der Grad der Humanität offenbart sich eben auch im Umgang mit den Straftätern, ihren Opfern und den Angehörigen beider Gruppen. Trotz der Möglichkeiten fortschreitender Humanisierung der Strafmaßnahmen sollte aber am Begriff der Strafe festgehalten werden: Einerseits, um bereits damit die Reaktion auf Rechtsverletzungen im "Kern-Raum der individuellen Freiheit" (((36))) symbolisch von zivilrechtlichen Sanktionen zu unterscheiden, und andererseits, um daran zu erinnern, daß auch die Durchsetzung humaner Strafen mit der Befugnis zum Zwingen verbunden ist.

((11)) Aus dieser Sicht dreht sich die Diskussion nur noch darum, welche Strafmaßnahmen in unserer heutigen Gesellschaft möglich sind und für angemessen erachtet werden sollten. Eine solche Frage läßt sich nicht theoretisch entscheiden. Selbst wenn auf empirische Studien über die Wirkung bzw. den Wirkungsgrad von Strafmaßnahmen zurückgegriffen werden könnte, dienten diese nur der Meinungsbildung freier Bürger, die in Abhängigkeit von ihrer eigenen Bildung das empirische Material zu bewerten hätten. Dieser Entscheidungsprozeß vermittelt sich über politische Verfahren und Institutionen; den Experten obliegt die Aufgabe der Aufklärung. Wenn Experten eigene Vorschläge zu den Modalitäten der Strafen unterbreiten, dann reden sie als Bürger.

((12)) S. Scheerer schlägt einen "Prozeß der Normvalidierung" auf der Grundlage des "Subsidiaritätsprinzips" vor (vgl. ((60)). Er plädiert also weniger für diese oder jene konkrete Maßnahme, sondern dafür, die Rolle des Staates bei der sanktionsbewehrten Rechtssicherung, zumindest aber beim Strafrecht, zurückzudrängen: "Der Staat bliebe nicht untätig, aber er wäre Dienstleister für den Prozeß der Normvalidierung, nicht Herr dieses Verfahrens (Ermittlung, Verfolgung, Verhaftung, ausüben und begrenzen unmittelbaren Zwangs, weitestmögliche Entlastung des Opfers vom Selbst-Betreiben der Angelegenheit, ohne es aber zu bevormunden). Einen *eigenen Strafanspruch* benötigte der Staat dazu nicht, und wenn die Reaktion auf Unrecht auch *ohne Einschaltung des Staates* oder *ohne Rahmung der Angelegenheit in der Sprache des Kriminalstrafrechts* befriedigend erfolgen kann, dann wäre auch nicht einzusehen, warum ihm ein solcher zugestanden werden sollte." (((60))) Was wären die Konsequenzen? Daß Mord, Vergewaltigung, Raub oder Diebstahl in Bayern anders "normvalidiert" werden würden als in Mecklenburg-Vorpommern? Oder, wenn sich das Subsidiaritätsprinzip auf noch kleinere Einheiten bezieht, daß die Gruppe derer, die von einer Straftat unmittelbar emotional betroffen sind, darüber entscheidet, welche Reaktion auf Unrecht "befriedigend" ist? Das Wissen um Volkes Zorn gibt wenig Hoffnung, daß die Auf-

hebung des Gewaltmonopols eines demokratischen Staates die Humanisierung der Strafen befördern würde. Freilich läßt sich darüber trefflich rasonieren. Der Grund für S. Scheerers Meinung liegt m. E. darin, daß er in der Strafe nicht zuerst ein Mittel der Gerechtigkeit, sondern der Repression sieht. So ist für S. Scheerer ein Hauptunterschied der Strafe von der Rache "ihre Angewiesenheit auf ein Milieu der Ungleichheit, während Rache auch und gerade in einer Gesellschaft von Gleichen existieren kann. Strafe gibt es nur *von oben nach unten* [...]" (((18))) Wäre es nicht richtiger zu sagen, daß in einem Milieu der Ungleichheit die staatlich geregelte Strafe ein Mindestmaß an Gerechtigkeit herstellen kann, während die Rache unter Ungleichen nur die Ungleichheit und die Ungerechtigkeit vergrößern würde? Gewiß können der Staat – und damit das Strafrecht und die Strafe – zu Instrumenten der Repression verkommen, die von bestimmten gesellschaftlichen Gruppen gegen andere eingesetzt werden. Davor schützen aber eher die Wahrnehmung der Bürgerrechte, die Gewaltenteilung und die demokratische Kontrolle als die Abschaffung des Strafrechts und die Aufhebung des Gewaltmonopols des Staates.

((13)) Was die heutigen konkreten Strafmaßnahmen betrifft, so hat S. Scheerer sicher recht, wenn er sie für reformbedürftig hält. Zweifellos sollten alle diese Maßnahmen stärker als bisher darauf ausgerichtet sein, a) die Resozialisierung des Täters zu befördern, b) Unschuldige unter der Bestrafung der Täter nicht leiden zu lassen und c) Gelegenheiten der Wiedergutmachung an den Opfern durch die Täter einzuräumen, wenn dies möglich ist. An welche konkreten Maßnahmen S. Scheerer denkt, wenn er vom "Prozeß der Normvalidierung" spricht, wäre interessant zu erfahren.

Adresse

Dr. Peter Fischer, Universität Leipzig, Institut für Philosophie, Burgstr. 21, D-04109 Leipzig

Besseres als Strafen: Eine Frage von Kräfteverhältnissen

Helmut Fleischer

((1)) Vom "Straftatbestand" führt der eine, kurze Weg zum "Täter", vom *crimen* zum Kriminellen: "Dieser Mensch ist ein Verbrecher". Der andere, längere und weitverzweigte Weg führt zum *Subjekt* (oder besser im Plural: zu den Subjekten) der "strafenden Vernunft", des Strafrechts und des Strafvollzugs. Dessen Extrem von "Endlösung", die Todesstrafe, hatte Immanuel Kant (im Gegensatz zu dem Mailänder Aufklärer Graf Beccaria) noch nicht für einen Exzess erachtet, und selbst im größten Mutterland der "westlichen politischen Kultur" ist sie noch heute in Aktion.

Ich begrüße es, daß Sebastian Scheerer – aus genügend vielen gegebenen Anlässen – aufs neue die Gewissensfrage nach der höheren Legitimität des Strafens zur Diskussion stellt, und ich bin auch ganz damit einverstanden, wie er den höheren Sinn rechtlicher Sanktionen gegen Rechtsverletzer umschreibt; was er über den strikt *symbolischen* Sinn des unverzichtbaren Minimums an autoritativer Sanktion gegen "unerträgliche

Angriffe auf die Person" ((39)) sagt, könnte ich allenfalls terminologisch variieren.

Zustimmen kann ich auch seiner geschichtlichen Ortsbestimmung: Daß das Strafen ein Erbteil der vor-republikanischen Sozialkultur und ihrer Barbarismen ist.

((2)) Wo ich meine Probleme habe: In meiner philosophischen (transzendental-reflexiven) Disziplin bin ich darauf eingeschworen, das Rückfragen nach den *subjekt-eigenen Voraussetzungen* aller Erkenntnis-, Kommunikations- und Handlungsdispositionen sehr radikal zu betreiben und mich nicht mit essential-normativen und überhaupt argumentativen Begründungen (und zumal nicht mit einer zirkulären "Letztbegründung") zufriedenzugeben. Auch folge ich nicht der Suggestion, eine praktisch-existentielle *Entschiedenheit* in ethisch-normativen Belangen auf einen Akt der *Entscheidung* (für oder gegen etwas) zurückzuführen und damit den Alarm *Dezisionismus ante portas* auszulösen.

Die Probleme, die ich mit der Vorlage von S. Scheerer habe, kommen daher, daß er sich mit seinem Plädoyer "etwas zu viel" auf dem Boden des thematischen Diskurses um die *Legitimität* des Strafens im Hinblick auf die apperzipierten Tatbestände bewegt und die besagten subjekt-eigenen Prämissen in ihrer gesellschaftlich-geschichtlichen Formierung wohl angelegentlich in den Blick nimmt, sie jedoch noch nicht so weit aufschließt, wie mir dies tunlich erscheint. Auf solche Rekurse möchte ich mich beschränken und nicht auf die pragmatischen Konsequenzen eingehen.

Koordinaten und Instanzen: Da sind die Prämissen einer *Axiomatik des Legitimierens*, auf die Sch. sich positiv bezieht: Eine auf ihre expressive Funktion konzentrierte Strafe wäre "nur dann legitim, wenn ... es keine weniger problematischen Alternativen zu ihr gäbe. Daß sie aus unabdingbarer Notwendigkeit folgt, müßten Gesetzgeber und Rechtssprechung jeweils nachweisen. ... Denn zumindest in der Theorie ist die Legitimierung der Strafe eine Bringschuld derer, die sich ihrer bedienen." ((39)) Nach einer kritischen Revue von Nachlässigkeiten und Mißbräuchen heißt es dann, daß "Politik, Justiz und Wissenschaften" der großen Aufgabe seit jeher nicht genügt hätten.

((42)) Auf dieser Linie liegt der Rekurs auf eine "wertrationale Expressivität" im Verhalten zu Straftatbeständen ((46)) und der abschließende Verweis auf einen "Wertewandel" ((65)). Was wandelt sich da, und was wirkt dem entgegen?

((3)) Die Textvorlage selbst bringt indessen auch *Realinstanzen* in Ansatz, die nach meinem Dafürhalten nicht nur "ebenfalls" einen Anteil haben, die vielmehr als das eigentlich Konstitutive gelten könnten. Auf diese "Primärebene" kommen wir schon, wenn wir die *sozialkulturgeschichtliche* Ortsbestimmung von Sch. aufnehmen: Den Übergang vom vor-demokratischen, autoritären Etatismus ((47)) zu einer "selbstbewußten Zivilgesellschaft" ((65)). Auf dieser Linie liegt es, wenn in den institutionalen Einfassungen und Sinnbestimmungen – wie dem "Strafanspruch des Staates" ((59)) – der *Primat von Personen* und Personenverhältnissen sichtbar gemacht wird. In einer (noch zu diskutierenden) Abhebung von der Institution Staat figurieren sie als relativ autonome Individuen, Gruppen und "Teil-Kulturen" ((52)), und Sch. nimmt sie mit ihren "Gerechtigkeitsvorstellungen" kontrapunktisch als potentielle zivilgesellschaftliche "Konfliktregelungskulturen" ((54)) in seinen Prospekt auf.

Schon das Dictum über Versäumnisse von "Politik, Justiz und Wissenschaften" bringt den Instanzenverbund "Staat und Gesellschaft" in eine Antiposition, und es setzt sich fort in dem Gedanken, daß die "Zivilgesellschaft" in ihrem Gegenüber zum Staat etliche seiner Funktionen übernehmen könnte. Von dieser verbreiteten Sichtweise abweichend, hege ich keinen *Korporationsbegriff* von Zivilgesellschaft, sondern einen *Charakterbegriff* von *ziviler Vergesellschaftung*, deren Gegenpol man autoritär, imperial oder suprematistisch nennen mag. Diese Antiposition deckt sich nicht mit der von Staat und Gesellschaft. Stets ist jeder herrschaftliche oder kooperative (und solidarische) Charakterzug etwas von der Konstitution der *Gesellschaft*, die *als Staat agiert*, als Politik, Rechtsordnung (und Rechtskultur) wie auch als Wissenschaft. Es ist nichts im Staat, was nicht ebenso ursprünglich in der Gesellschaft wäre – diese nicht als System, sondern als "Gesellschaft der Gesellschafter" verstanden; und umgekehrt ist nichts in der Gesellschaft, was sich nicht auch im Charakter ihrer Staatlichkeit manifestierte. Ein Votum der heute üblichen Art – "Hier ist die Politik gefordert" – finde ich einfach *kategorial schief*, wie sehr es auch als "Realabstraktion" einen temporären gesellschaftlichen Bewegungszustand signalisieren mag; ein Defizit an vital-originärer Basisaktivität von höherer gesamtpolitischer Valenz, namentlich in den zu besonderer Nachdenklichkeit bestallten soziokulturellen Schichtlagen.

((4)) In meinen ethisch-theoretischen Überlegungen war es mir (im Sinne von Hegels Devise, das Vernünftige als ein Wirkliches in seiner Wirklichkeitsgestalt in den Blick zu nehmen) von Anfang an darum zu tun, nach der normativen Instanz und Kraft im Wirklichen zu fragen.¹ Von der Rechtsordnung und Strafrechtspraxis führt der transzendental-analytische Rekurs über die (den beiden vorgelagerte) *Rechtskultur* und das Ethos einer Gesellschaft weiter zu den (wandelbaren) Maßbestimmungen ihrer Personalitäts- und Kommunikationskultur. Diese Kultur des Personalen und Sozialen stellt, was ihre zivil-kooperativen und imperial-kompetitiven Potentiale angeht, bisher stets eine "Gemengelage" dar, und in ihrer energetischen Faktur ist sie ein Kraftfeld, in dem von jedem Punkt aus Impulse ausgehen und umgekehrt etwas aus dem Umfeld einwirkt. In diesem Ganzen gehört jedes Individuum auf seiner persönlichen ethisch-rechtlichen Kulturstufe einer "Teilkultur" an, deren Gewichtsanteil ohne diesen seinen Anteil um ein infinitesimales Quantum geringer wäre.²

Um den *essentialen Geltungsindex* (die Legitimität und die legislative Berechtigung) des von Sch. exponierten – und praktisch-generativ mitrepräsentierten – Segments einer zivil-kooperativen Rechtskultur mache ich mir nicht so viel Kopfzerbrechen³ wie um den Stand ihrer praktischen Konsolidierung und um die *Steigerung* ihrer reformatorischen Potenz innerhalb des gesittungs- und rechtskulturellen Ganzen.

((5)) Es ist eines, am Leitfaden von "Wertvorstellungen" deduktiv den Inbegriff einer Menschengesellschaft zu entwerfen, wie sie "*sein soll*", und ein anderes, in einer analytischen Heuristik dem nachzugehen, durch welche normativen Akte und Interaktionen diese Gesellschaft ihre Anordnung und Distribution von Betätigungen, Berechtigungen, Obligationen und zivilisatorischen Ausstattungsgütern erhält, ihre entweder mehr symmetrische oder mehr asymmetrische Zuordnung von Annehmlichkeiten und Gütern, Belastungen und Einschränkungen

gen. Innerhalb des so umschriebenen *Ethos* als einer normativ statuierten Ordnung des Verhaltens in den Güterverhältnissen menschlichen Lebens und Miteinander-Umgehens haben auch die Arten von Sanktionen bei Verstößen gegen die kardinale Lebensgüterordnung ihren charakterlich entsprechenden Anteil. In ihnen spezifiziert sich das Spektrum von Interessen, Befähigungen, Bereitschaften und Toleranzgrenzen, der Zuwendungen und Zumutbarkeiten. In diesen (und den noch dazugehörenden) Koordinaten ist auch der Modus möglicher Modifikationen ausgelegt, in dem relevante Partnerkontingente die Maßbestimmungen (oder auch Maßlosigkeiten und Willkürlichkeiten) des Strafens verändern. Die hier waltenden essential und metrisch differentiellen Grundverhältnisse von Achtung und Wohlwollen (Solidarität) erscheinen organisch-konstitutionell mit den Qualifikationen von Selbstsein/Selbsttätigkeit verschränkt.

Das Sanktionenwesen ist, als Ausleger der ethischen Gemengelage, in seinen Maßverhältnissen von *moral economy* ein historischer Kompromiß zwischen denen, die sich den Umgang mit den Missetätern möglichst wenig kosten lassen möchten, und den anderen, die zu einem höheren Aufwand bereit sind: Sie unschädlich zu machen oder ihnen nach Kräften bei der Rückkehr ins geordnete zivile Zusammenleben zu helfen. Schon in den Erkenntnisleistungen steckt ein differenter Anteil an praktisch-kommunikativer Zuwendung – Eine Einsicht gewinnen heißt gegenüber von Personen immer auch "ein Einsehen haben".

Die Generalsupposition einer moralitätsbezogenen Willensfreiheit bedeutet eine Abkürzung des Verfahrens. Die Menschen, erklärt Nietzsche, wurden frei gedacht, um schuldig werden und daraufhin gerichtet und gestraft werden zu können.⁴ Den Begriff "freier Wille" nennt Nietzsche gar ein "Folterinstrument".⁵ Das Hinableuchten in den naturalen Untergrund und in die Fälle des soziopersonalen Mißratens von Individuen: Man läßt sich entweder darauf ein oder nicht. Und das setzt sich fort in den Dispositionen für den Strafvollzug.

((6)) Eine analytisch verfahrenende Heuristik dieser Prozeduren und Prozesse wäre demnach das *thema probandum*. Ihre Leitfrage wird etwa lauten: In welchen Gesellschaftssegmenten innerhalb der besagten Gemengelage besteht und mehrt sich aufgrund welcher Inkremente an personalen und sozial-kommunikativen Kompetenzen eine Bereitschaft, die von S. Scheerer angezeigte Charakterveränderung im Sanktionenwesen, über die jetzigen Limitationen hinaus, weiter voranzubringen? Auch heute werden nicht alle die Empfindung von Nietzsche teilen, daß eine Hinrichtung "uns mehr beleidigt als ein Mord".⁶ Nach dem Tötungsexzess der NS-Blutjustiz konnte der Widerstand gegen die Abschaffung der Todesstrafe nicht wieder die Oberhand gewinnen.⁷

Eine offene Frage ist im übrigen auch, wie viel von einer einmal geschichtlich erreichten Stufe humaner Rechtskultur fest in Konstitutionen der Personal- und Sozialcharaktere verankert ist und wie viel im Konjunkturellen einer temporären Situation. Selbst wenn das Desiderat jener Aufklärer erfüllt wäre, daß man das Verbrechen nicht mehr am Einzelnen strafe, käme man doch nicht dadurch, daß man die "antisozialen Geburtsstätten des Verbrechens" zerstört hätte⁸, an ein Ende dieses Übels.

Eine weitergehende oder gar radikale Reduktion des Strafwesens wird jedoch, selbst wenn sie als Desiderat allgemein

akzeptiert sein sollte, in den konkreten Maßbestimmungen des Gewährens und Verzichtens bis auf weiteres immer viele offene Fragen, Unsicherheiten und auch Strittiges enthalten. Im Moment sieht es wenig danach aus, daß in dieser Richtung ein bedeutender reformatorischer Impetus wirksam ist. Er könnte seinen Ort nur im Verbund einer Konzentration von bis jetzt recht diffusen Kräften einer Zivilisationsreform haben. Fast überall in der Welt von heute drängen weit elementarere Nöte an. Vielleicht ist es gerade darum aktuell, wenn der Autor eine höchste Errungenschaft ziviler Rechtskultur erneut bekräftigt.

Anmerkungen

1 "Über die normative Kraft im Wirklichen" war der Titel eines Aufsatzes in dem von A. Honneth und U. Jaeggi herausgegeben Band *Arbeit, Handlung, Normativität*, stw 321 Frankfurt 1980

2 Einige "Reflexionen über politisches Ethos" habe ich in einem Beitrag zur Festschrift für meinen Darmstädter Kollegen Adalbert Podlech notiert. (*Die Freiheit und die Macht – Wissenschaft im Ernstfall*, Hrsg. E. Nickel, A. Roßnagel u. B. Schlink, Nomos Baden-Baden 1994)

3 Natürlich weiß ich um die erkenntniskritischen Schwierigkeiten mit dem reflexiven Rekurs auf kognitive und praktische Subjektstitutionen, namentlich auf solche, die nicht ohne weiteres gattungs-allgemeiner Provenienz sind. Das wäre Sache einer eigenen Diskussion.

4 *Götzen-Dämmerung*, Werke ed. K. Schlechta II, 977)

5 *Ecce homo*, Ebd. II, 1159. In *Morgenröte*, den "Gedanken über die moralischen Vorurteile", heißt es: "Schaffen wir den Begriff der *Sünde* aus der Welt, und schicken wir den Begriff der *Strafe* bald hinterdrein!" (Ebd. I, 1150)

6 *Menschliches, Allzumenschliches*, Ebd. I, 495

7 Schwieriger als in Fällen von gewöhnlicher Gewaltkriminalität scheint es im Blick auf die "Makrokriminalität" kollektivterroristischer Gewalt und Ausrottungspolitik zu sein, die von S. Scheerer erwogene Ablösung traditioneller Strafbegriffe mitzuvollziehen. Hätten nach 1945 nicht die Siegermächte bei den Hauptkriegsverbrechern den "Naturzustand" des Krieges prolongiert, hätte die Justiz der souverän gewordenen Bonner Republik auch gegen sie keine Todesstrafe verhängen dürfen. Für eine Sanktion wie die gegen den "Führer-Stellvertreter" Rudolf Heß konnte man sich allerdings einen sehr viel anderen, für den Delinquenten wie für die Öffentlichkeit human ergiebigeren Modus vorstellen.

8 So K. Marx / F. Engels, *Die heilige Familie* (1845), MEW Bd.2, 138.

Adresse

Prof. Dr. Helmut Fleischer, Ericaweg 10, D-29313 Hambühren

Die Vernunft der kritischen Strafe

Werner Greve

((1)) Das Plädoyer von Scheerer zur Abschaffung der Strafe provoziert natürlich – schön, das soll es. Dass seine Thesen vielfach angreifbar sind, ist Scheerer gewiss bewusst: greifen wir sie also an. Die im folgenden dazu herausgegriffenen Aspekte sind zwar nicht gerade wahllos herausgegriffen, es hätten aber auch genauso viele und genauso wichtige andere sein können, und sie hätten eine Entgegnung nicht weniger verdient.

((2)) Die mehrfach wiederholte Behauptung, dass die Pädagogik die Strafe abgeschafft habe (z.B. ((1)), ((2)), ((51)), ((65))), ist gefährlich irreführend. Abgeschafft hat man (hier-

zulande) den Rohrstock, sonst nichts, nicht einmal Zeugnisse. Abgesehen davon, dass man sehr wohl sogar darüber streiten könnte, ob eine Ohrfeige nicht mitunter besser (effizienter, humaner, nebenfolgenärmer) wäre als manch andere Reaktion, ist es vor allem nicht wahr, dass nur durch Schlagen und Einsperren gestraft wird. Soziale Isolation, Beschränkung von Ressourcen und Freiheiten, selektive Zuweisung zu Maßnahmen aller Art (vom Training zur Therapie) und nicht zuletzt die zahllosen Varianten informeller Sanktionen (vom Stirnrücheln über die symbolische Geste bis zur sozialen Ächtung) bestimmen die Erziehungspraxis wie eh und je, und sie sind durch ihre soziale Tarnkappe gewiß nicht harmloser geworden. Wenn die Palette des Ausdrucks sich gewandelt hat, bedeutet das nicht, dass die Struktur verschwunden ist. Empirische Untersuchungen (die Scheerer im übrigen weder zitiert noch diskutiert) könnten zweifellos zeigen, dass weiter gestraft wird, allemal dass Betroffene soziale Reaktionen so empfinden (beispielsweise Jugendliche, die zu sogenannten "ambulanten Maßnahmen" verurteilt werden, was als *Alternative* gemeint, aber als *Variante* erlebt wird).

((3)) Die Forderung, Strafe abzuschaffen, bedeutet, die Frage nach alternativen Reaktionen beantwortet zu haben. Prinzipiell sind drei Richtungen denkbar, in denen man nach einer solchen Antwort suchen könnte.¹ Die erste lautet: "ersatzlos streichen". Das ist schwer einsehbar, denn wir brauchen positive und negative Verhaltenskonsequenzen, um die Einhaltung derjenigen Verhaltensregeln durchzusetzen, die einerseits für den Zusammenhalt und das Gedeihen der sozialen Gemeinschaft nötig sind (welche auch immer das im einzelnen sind; diese Frage steht hier nicht zur Debatte), und die andererseits nicht von allen Mitgliedern zuverlässig eingehalten werden. Selbst im Bereich der Jugendstrafe beginnt sich die Einsicht durchzusetzen, dass die ersatzlose "Diversion" offenbar keine angemessene Reaktion auf jene Jugendlichen ist, die die sozialen Regeln so heftig oder so häufig brechen, dass ihr Verhalten schon kurzfristig nicht tolerabel ist. Ein zweiter Punkt kommt hinzu: auch *wenn* empirisch Diversion in einigen oder vielen Fällen sinnvoll wäre (was empirisch erst gezeigt sein müsste), bleibt die Frage, ob es aus normativer und moralischer Sicht vertretbar ist, auf Normverletzung nicht strafend zu reagieren, völlig offen; dazu muss unten etwas mehr gesagt werden.

((4)) Die zweite Richtung, in der man nach Antworten auf das "sondern?" suchen kann, ist die Idee "Therapie statt Strafe". Die therapeutische Position aber ist entweder absurd oder empirisch unhaltbar und in beiden Fällen inhuman. Wer behaupten wollte, das bloße Verletzen von sozialen Regeln sei per definitionem "krank", weiß offenbar nicht, was er sagt. Wer aber behaupten wollte, es sei *empirisch* so, dass Straftäter/innen sämtlich krank und behandlungsbedürftig seien, hat einfach unrecht. Denn es gibt kalt und nüchtern geplante Gesetzes- und Regelverletzungen. Beispielsweise im Bereich von Wirtschafts- und Umweltkriminalität wird das eher die Regel als die Ausnahme sein (Affektdelikte etwa sind dort schlechterdings kaum vorstellbar). Mindestens diese *sind* dann aber doch strafbar (und nicht therapiebedürftig), was sofort zum Ausgangsproblem zurückführt. Zudem wird hier ein fundamentales Problem im Zusammenhang von Strafrechtfertigung und -kritik deutlich. Eine zentrale Voraussetzung von Strafe

wird von Scheerer nicht einmal angesprochen: die prinzipielle Zurechenbarkeit. Alles, was daran theoretisch hängt – unter anderem Konzepte der Verantwortung, des freien Handelns und der Wahl- und Willensfreiheit, der Schuld –, wird von Scheerer benutzt, nicht diskutiert. Dies ist intellektuell fahrlässig oder unredlich. Denn daran hängt inhaltlich viel. Wenn es Wahl- und Willensfreiheit gibt, gibt es Verantwortung, und diese wiederum impliziert – jedenfalls in einem bestimmten Verständnis – die Konsequenz der Strafe (wie immer sie fest- und durchzusetzen wäre). Tatsächlich ist eine strafende Reaktion in dieser Perspektive die *humanere* Reaktion, denn sie ist bereit, menschliches Verhalten im Prinzip als autonomes Handeln ernst zu nehmen (die Frage, *wie* ggf. zu strafen ist, muss von der Frage, ob überhaupt zu *strafen* ist, sehr genau unterschieden werden). Die Gegenposition, Abweichungen allenfalls "behandeln" zu wollen, eben weil eine individuelle Verantwortung nicht vorläge, ist philosophisch höchst prekär und daher einer sehr ausführlichen Begründung bedürftig (die Scheerer vollständig schuldig bleibt).

((5)) Der dritte Weg, nach Alternativen zur Strafe zu suchen, weist in eine erzieherische Richtung. Jedoch ist die These, jeder Regelverletzung müsse mit Erziehung (in irgendeiner Form) begegnet werden, entweder trivial oder praktisch nutzlos. Trivial ist sie, wenn damit gemeint ist, dass man auf Regelverletzungen so reagieren sollte, dass weitere Regelverletzungen weniger wahrscheinlich werden. Die Frage, wie wir dies effektiv und auf vertretbare Weise bewerkstelligen sollen, liegt ja gerade der Debatte zugrunde. Nutzlos ist sie, wenn nicht zugleich begründet würde, dass Strafe *kein* Mittel von Erziehung sein kann. Diese These aber wäre natürlich Unfug, denn es ist offensichtlich, dass Strafe ein Erziehungsmittel sein *kann*. Ob sie ein gutes, ein wünschenswertes, ein angemessenes, ein moralisch vertretbares Mittel ist, d.h., ob und unter welchen Bedingungen man sie zur Erziehung einsetzen *soll*, ist ja eine andere Frage, zumal eine, die hier gerade zur Debatte steht. Übrigens zeigt dieser Punkt auch, dass die Frage der Berechtigung (oder Notwendigkeit) von Strafe nicht nur im Hinblick auf die Straftenden und das bestrafte Handeln, sondern auch in bezug auf die bestrafte Personen differenzierter diskutiert werden muss. Es macht einen erheblichen Unterschied, ob ein Erwachsener (s)ein Kind oder ein Erwachsener einen anderen straft. Auch in diesem Sinne ist die suggerierte Parallele zwischen Strafrecht und Pädagogik ("da wir sie bei letzterer abgeschafft haben, brauchen wir sie doch auch bei ersterer nicht!") eher unheilvoll als hilfreich, weil sie substantielle Unterschiede (etwa im Hinblick auf die Zuständigkeit des Straftenden und die Verantwortlichkeit des Bestraften) ignoriert.

((6)) Das Erziehungsproblem führt zugleich zum nächsten grundsätzlichen Problem: Gibt es moralische Gründe *für* das Strafen? Ein Aspekt ist eben berührt worden: die Notwendigkeit, autonome Entscheidungen von Personen als solche zu akzeptieren, impliziert, dass sie für falsche Entscheidungen auch Verantwortung übernehmen müssen. Dies führt zu zwei Fragen. Erstens: Gibt es überhaupt "falsche" Entscheidungen (Handlungen) und woran erkennen wir sie? Gibt es "natürliche" Rechte und Pflichten? Es ist unüblich geworden (bisweilen fast anrühlich), darüber nachzudenken, aber es ist vielleicht nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, dass niemand

gezeigt hat, dass es sie *nicht* gibt. Gewiss, es fällt schwer, sie zu erkennen; aber das ist ein praktischer, kein prinzipieller Einwand, wie Astronomie, Kernphysik oder andere Beispiele zeigen. Warum soll es nicht definitiv falsche Handlungen geben (Raubmord zum Beispiel), und warum soll das nicht auch sicher entscheidbar sein? Die alte These eines prinzipiellen Dualismus von Sein und Sollen, von Wissen und Gewissen ist viel zitiert, aber nicht überzeugend begründet worden. Tatsächlich ist sie weniger das Ergebnis als vielmehr die *Voraussetzung* einer kategorialen Unterscheidung von Tatsachenfeststellungen und Forderungen (ausführlicher Müller, 1995).

((7)) Zweitens: Folgt nun aber aus der Identifikation (moralisch) falscher Handlungen (Strafanlässe) das Recht oder sogar die Pflicht zur Strafe, d.h. zur willentlichen Zufügung von Leid für den Übeltäter durch eine übergeordnete Instanz? Grundsätzlich gibt es hier zwei Argumentationslinien. Die moralische Linie weist auf Vergeltung, Buße und die symbolische Erneuerung des Wertekonsenses der Gemeinschaft hin. Sie hat natürlich mehrere Probleme, z.B. die Frage, warum vergolten werden muss, oder welche Verfehlungen zu büßen sind. Immerhin hat sie den Vorteil, dass – eine Antwort auf derartige Fragen vorausgesetzt – sie nicht mehr auf alle empirischen Probleme antworten muss, vor allem nicht auf unangenehme Aspekte für den Bestraften.

((8)) Die utilitaristische Linie dagegen argumentiert mit dem *Nutzen* von Strafe, d.h. mit dem Effekt (für den Bestraften, für die Allgemeinheit, für das Opfer²). Die wichtigste Schwierigkeit dieser Linie besteht darin, dass sie von empirischen Sachverhalten fast vollständig abhängig wird: eine Strafe, die einen bestimmten (geforderten) Effekt empirisch nicht hat, ist damit dann *eo ipso* delegitimiert. Hier sind vor allem die möglichen Nebenwirkungen ein Problem, zumal diese ja prinzipiell nicht abschließend geklärt werden können. Zudem ist das empirische Wissen über die Risiken und Nebenwirkungen von Strafen erschütternd schlecht. Das betrifft etwa die alte These, Strafe sei "paradox" (((4)), ((23))), weil sie Kriminalität produziere statt eindämme ((24)); sie ist empirisch schlicht nicht belegt. Beispielsweise im Bereich der Jugendkriminalität liegen keine methodisch akzeptablen Längsschnittbefunde vor (von experimentellen Daten ganz zu schweigen), die die Behauptung einer *kausalen Beziehung* zwischen Strafe und nachfolgender Kriminalität stützen könnten. Nicht mal für die Gefängnisstrafe ist dieser angebliche Effekt bislang angemessen untersucht, geschweige denn überzeugend gezeigt worden.

((9)) Aber selbst wenn schädliche – auch de-legitimierende – Effekte von Strafe bei bestimmten Formen und Personen auftreten sollten (was sicher der Fall ist), ist das keineswegs das Ende der Debatte. Beispielsweise impliziert die Tatsache, dass Strafe von Herrschenden vielfach instrumentalisiert wurde, um Ideologien mit brutaler Gewalt durchzusetzen und Mißliebigen ungerechtfertigt zu unterdrücken, *nicht*, dass diese Funktion (oder Wirkung) der Strafe sozusagen inhärent ist. Warum soll es nicht denkbar sein, dass es legitime Herrschaftsformen geben *kann*, dass *in diesem Falle* also Gewalt als Mittel ihrer Sicherung erlaubt, sogar geboten wäre, dass die Sanktionierung von unerlaubtem Verhalten gerechtfertigt, ja gerecht sein *kann*? Dies zeigt, dass die utilitaristische (instru-

mentelle) Strafdiskussion eine prinzipielle Deckungslücke aufweist. Denn sie muss auch zeigen, dass es moralische Gründe *jenseits* der Straf Wirkung nicht gibt. Dies führt zu einem weiteren wichtigen Aspekt der Debatte, der Frage nach der Beweislast; auch sie ist leider nicht trivial (wie Scheerer lakonisch behauptet: ((39))). Muss die moralische ("Vergeltungs"-) Linie zeigen, dass es Gründe gibt, die für Strafe sprechen (unabhängig von ihrer faktischen Wirkung), oder muss die utilitaristische (instrumentelle) Linie zeigen, dass es jenseits der Effekte *keine* straflegitimierenden Argumente geben kann?

((10)) Ein letzter Punkt: "Voraussetzungslos" möchte Scheerer argumentieren ((11)). Aber schon im nächsten Absatz geht es wieder los: "Seit man sich nicht mehr auf die Transzendenz berufen *kann*...". Wie ist das zu verstehen? Gewiss, man beruft sich *faktisch* nicht mehr auf sie, zumal nicht in jener Diskussionskultur, auf die sich Scheerer bezieht (in anderen, etwa theologischen, durchaus), aber das zeigt zunächst nur Konjunkturen, nicht ihre Berechtigung. Beispiele für diese Voraussetzungs(reich)haltigkeit von Scheerers Plädoyer gibt es viele. Beispielsweise ist das *ultima-ratio* Prinzip, auf das sich Scheerer wiederholt bezieht (z.B.: ((28f.))), nicht etwa trivialerweise wahr. Tatsächlich ignoriert es die Alternativposition, derzufolge eine gewisse Strafe bei schuldhaft unerlaubtem Handeln *in jedem Fall* angemessen ist, und zwar *egal*, welche Folgen sie hat. Mitunter sind Voraussetzungen zugleich unhinterfragt, mehrdeutig und suggestiv: "Strafe stammt aus einer vordemokratischen Zeit" ((52)). Na und? Erstens stammt auch Moral aus einer vordemokratischen Zeit und zweitens ist Demokratie *per se* keine Legitimationsinstanz. Mir erscheint dieser an vielen Stellen sichtbare stillschweigende (unbemerkte?) Bezug auf gehaltvolle Voraussetzungen intellektuell gefährlich: Gerade in Fragen der Moral und Ethik (der Legitimation von Normen und ihrer Durchsetzung) muss die Debatte ideologiefrei geführt werden, wenn sie eine Diskussion bleiben soll. Sonst ist es gleich gescheiter, sich zu prügeln.

Anmerkungen

1 Scheerer diskutiert vor allem eine vierte, nämlich eine prozeduralisierte expressive Normvalidierung. Abgesehen davon, dass ich die Voraussetzung nicht teile, Normvalidierung sei der einzig legitime Zweck von Strafe (und auch sie sei nicht mehr konkurrenzlos), ist vor allem die zivile und individualisierte Normregulation (wenn sie ernstlich nicht mehr strafbewehrt wäre) zugleich das Ende der Universalität der Norm und ihrer gesicherten Durchsetzbarkeit und damit das Ende der Normen überhaupt (sofern der herrschaftsfreie Diskurs nicht doch dereinst zur Einigung führen sollte).

2 Die Frage nach den Bedürfnissen von Opfern (und anderen) nach Strafe ist extrem kompliziert und im übrigen ebenfalls ein empirisches Desiderat, dem die Sozialwissenschaften bislang viel zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet haben (Gabriel & Greve, 1996). Vermutungen und Unterstellungen über das, was Opfer wahrscheinlich brauchen oder wollen (etwa ((55)), ((58)), ((59))), kann Empirie nicht ersetzen.

Literatur

Gabriel, U. & Greve, W. (1996). "Strafe muß sein!" Sanktionsbedürfnisse und strafbezogene Einstellungen: Versuch einer systematischen Annäherung. In C. Pfeiffer & W. Greve (Hrsg.), *Forschungsthema Kriminalität* (S. 185-214). Baden-Baden: Nomos.

Müller, A.W. (1995). *Ende der Moral?* Stuttgart: Kohlhammer.

Adresse

Dr. habil. Werner Greve, Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen, Lützerodestr. 9, D-30161 Hannover

Chancen und Probleme öffentlicher Normvalidierung im Kontext „selbstbewußter Zivilgesellschaft“

Otto Hansmann

((1)) Scheerer eröffnet unter dem vielversprechenden Titel „Kritik der strafenden Vernunft“ einen Diskurs in historischer, systematischer und vor allem kritisch-produktiver Perspektivik, der aus meiner Sicht keine grundsätzlich neuen Überlegungen zum Thema Strafe entwickelt, in der Fokussierung jedoch auf eine öffentliche Normvalidierung unter Rahmenbedingungen „selbstbewußter Zivilgesellschaft“ ((65)) anregende Alternativen zur Strafe im Sinne einer „Normvalidierung von unten“ ((64)) in Erwägung zieht und zur Disposition stellt.

((2)) Überlegungen zum Wert und Unwert von Strafe sind grundsätzlich in philosophischen, pädagogischen bzw. erziehungswissenschaftlichen und psychologischen Diskursen erwogen und in Richtung auf Äquivalente der Strafe kontrovers erörtert worden, u.a. v. Bastian (Hrsg.) 1995, Cloer 1982, Geißler 1966, Kodalle (Hrsg.) 1998, Lewin 1931, Netzer 1959, Nohl 1926/1965, Scheibe 1966. Der Hinweis auf die Quellensammlung von Rutschky 1977 und Miller 1983 ((6)) wirft zwar Licht auf die ältere Diskussion in der Pädagogik aus spezifisch interessierter Kritik an Auffassungen von bürgerlicher Erziehung, deckt aber die Breite des theoretischen Diskurses, vor allem in der Moderne, nicht ab.

((3)) Im Vergleich mit den Diskursen in der Philosophie, der Pädagogik bzw. der Erziehungswissenschaft und der Psychologie scheint der Strafrechtsdiskurs vor allem hinsichtlich der Erwägung von Alternativen zur Strafe in Zivilgesellschaften der Moderne Nachholbedarf anzuzeigen. Vielleicht liegt dieses mögliche Defizit darin begründet, daß sich die juristische Profession vom rechtsphilosophischen Diskurs, womöglich aus professionellen Profilierungsabsichten zu stark abgehängt hat. Diese Vermutung läßt sich aus der Spezifizierung und Repräsentierung der Rechtswissenschaften, an den Universitäten ableiten. So sind Lehrstühle für Rechtsphilosophie, welche die Diskurse bündeln und für die Rechtsentwicklung fruchtbar aufbereiten könnten, eine Rarität.

((4)) Der Titel des Artikels „Kritik der strafenden Vernunft“ ist klug gewählt. Er knüpft an die Perspektivik kritischer Philosophie vom Zugriff Kants an, macht aber in rechtsphilosophischer Hinsicht nicht explizit Gebrauch davon. Das scheint mir insofern schade, als die Kantische praktische Philosophie stichhaltige Argumente entwickelt, welche die „Vorüberlegungen zur Kritik (der Strafe)“ ((10ff.)) ethisch-moralisch hätten unterfüttern und die Zielrichtung Scheerers systematisch ergänzen können. So könnte Kants Unterscheidung von juridischer Argumentation einerseits, welche von einem Recht handelt, das den einzelnen zwingend auf gesetzmäßiges Handeln zu verpflichten legitimiert ist, und einer ethisch-moralischen Argumentation andererseits, welche von der Moralität handelt, die auf reiner Selbstverpflichtung aus Einsicht in die Notwendigkeit eines Handelns aus Pflicht gründet, den entscheidenden Hinweis für den Boden einer „Kritik der strafenden Vernunft“ liefern. Denn: Auf äußerem Zwang beruhendes pflichtgemäßes Handeln nach Recht und Gesetz fordert im

Falle der Pflichtverletzung durch unrechtmäßiges oder gesetzwidriges Handeln den Staat heraus, von seinem Gewaltmonopol Gebrauch zu machen und eine angemessene Strafe zu verhängen, um die „Normvalidierung“ durchzusetzen. Scheerer weist aus für mich überzeugenden Gründen nach, daß die Legitimation einer etatistischen Strafpraxis in eine Krise ((50)) geraten ist. Es sei deshalb geboten, über Alternativen zur Strafe ((42 u.ö.)) nachzudenken. Hier sieht Scheerer ein gravierendes Defizit im Strafrechtsdiskurs der Moderne ((44)).

((5)) Chancen für die Ersetzung „autoritärer etatistischer Normvalidierung“ ((47)) eröffnen sich Scheerer, wenn man das „Subsidiaritätsprinzip“ ((60)) in den Strafrechtsdiskurs einführt und für die Legitimation zur Begründung von Handlungsnormen und zur Durchsetzung ihrer Geltung Formen prozeduraler Öffentlichkeit, womöglich im Sinne von Gerechtigkeitsdiskursen, institutionalisierte, so daß dem Staat nur noch die Verantwortung für eine geregelte Rahmung obliegen würde ((60, 65)). Der Hinweis auf Deprofessionalisierung im letzten Satz des Abschnitts ((63)) scheint mir ebenso treffend wie die dann notwendige Umkehrung des Trends der Verrechtlichung in vielen Bereichen der Gesellschaft.

((6)) Dieser Vorschlag folgt nach meiner Auffassung zwar konsequent, jedoch allzu leichtgänglich dem Theoriedrive in Richtung moderner Verfahrensdemokratie (Maus 1992, Habermas 1999). Damit verbundene Voraussetzungen und Probleme werden nicht erwogen. Auf ein Problem und auf eine aus meiner Sicht damit verknüpfte Voraussetzung möchte ich in den folgenden Abschnitten aufmerksam machen.

((7)) Das Problem möchte ich mit der Frage beschreiben: Wieviel Öffentlichkeit verträgt die Aufrechterhaltung von Gerechtigkeit und die Durchsetzung von Normgeltung in einer prozeduralen Zivilgesellschaft? Und die damit verbundene Voraussetzung betrifft die Herstellung von Öffentlichkeit für sittliche Diskurse. Beides, Problem und Voraussetzung, sehe ich in engem Zusammenhang mit Fragen einer schulischen und öffentlichen Erziehung in einer Zivilgesellschaft, deren Terrain mit Blick auf Europa erst noch zu vermessen wäre, eine Aufgabe, welche die jüngste Initiative von Joschka Fischer immerhin ins öffentliche Bewußtsein gehoben hat.

((8)) Auf dem Gebiet der schulischen und öffentlichen Erziehung mangelt es nicht an Vorschlägen zur Vermeidung von Strafe, zur Ersetzung der Strafe durch Alternativen oder zum professionell-kritischen Umgang mit Strafe. Woran also liegt es, daß empirische Untersuchungen noch immer Mehrheiten für eine etatistische Strafpraxis finden und auf einem Niveau moralischer Bildung anzusiedeln sind, das der Law-and-Order-Mentalität entspricht? Eine bündige Antwort wird es darauf nicht geben, vielleicht aber Teilantworten. Zum Beispiel deckte die Parteispendenaffäre ein verbreitetes Staatsverständnis auf, welches von Vorstellungen einer Zivilgesellschaft noch weit entfernt scheint. Ferner sind die Institutionen schulischer Erziehung überwiegend noch immer so verfaßt, daß Demokratie nicht zureichend gelernt und moralische Erziehung auf bloße Normvalidierung hinausläuft, weil schulische Kommunikation im Anschluß an Niklas Luhmann auf institutionelle Selbsterhaltung zielt und das Personal, die Schüler eingeschlossen, als funktionale Bestandteile von Schule konstruiert, nicht

aber freigibt, um Schule, Lernen und Erziehung zum gemeinsamen Thema zu machen und um damit schrittweise Öffentlichkeit herzustellen. Wie anders als durch Erziehung soll die von Scheerer anvisierte „Normvalidierung von unten“ ((64)) vorbereitet, angeleitet und womöglich begleitet werden? Denn das Thema ist zu wichtig, um es nicht zweifelhaften Formen „öffentlicher Befassung“ ((65)) auszuliefern und damit in der Folge dem öffentlichen Diskurs zu entziehen.

((9)) Hat man, wie Scheerer mit gutem Grund, Fragen der Prävention strafwürdiger Tatbestände vor Augen, empfiehlt es sich, nicht nur über alternative plurale Verfahren der Normvalidierung zu reflektieren, sondern vor allem kommunikative Prozeduren der Normbegründung einzubeziehen und sich zu fragen, wie diese durch Erziehung und Lernen gesellschaftlich implementiert werden können, um die etatistisch-autoritäre Strafgewalt durch eine kommunikative Macht „öffentlicher Befassung“ ((65)) beschränken oder letztlich sogar ersetzen zu können. In der Tat: Dieser Diskurs ist überfällig, und er mußte die Diskurse zu dieser Problematik beispielsweise in den Feldern der praktischen Philosophie, der Politiktheorie, der Pädagogik bzw. kritischen Erziehungswissenschaft, der politischen Psychologie und der Strafrechtstheorie zusammenführen, wie dies ansatzweise bei Kodalle (Hrsg.) 1998 und schon in „Pädagogik der Strafe“ (1967) geschehen ist.

Literatur

- Bastian, Johannes (Hrsg.): „Strafe muß sein“? Das Strafproblem zwischen Tabu und Wirklichkeit. Weinheim und Basel 1995.
- Cloer, Ernst: Disziplinieren und Erziehen. Bad Heilbrunn 1982.
- Geißler, Erich E.: Erziehungsmittel. Bad Heilbrunn 1966.
- Habermas, Jürgen: Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie. Frankfurt a.M. 1999 (Kapitel V).
- Kodalle, Klaus-M. (Hrsg.): Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen, Juristen, Pädagogen im Gespräch. Würzburg 1998.
- Lewin, Kurt: Die psychologische Situation bei Lohn und Strafe. Leipzig 1931.
- Maus, Ingeborg: Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant. Frankfurt a.M. 1992.
- Netzer, Hans: Die Strafe in der Erziehung. Weinheim 1959.
- Nohl, Herman: Der Sinn der Strafe (1926). In: Aufgaben und Wege der Sozialpädagogik. Weinheim 1965.
- Pädagogik der Strafe. Hrsg. v. Willmann-Institut. Freiburg i.Br. 1967.
- Scheibe, Wolfgang: Die Strafe als Problem der Erziehung. Weinheim 1966.

Adresse

Prof. Dr. Otto Hansmann, Universität Bayreuth, Kulturwissenschaftliche Fakultät, Postfach 10 12 51, D-95440 Bayreuth

Die ultima ratio der Personen

Günther Jakobs

((1)) Strafe soll nach *Scheerer* (*Sch.*) nur als ultima ratio eingesetzt werden dürfen (Zusammenfassung, Motto, ((29, 33, 60)) und *passim*). Ohne Bezeichnung des Rahmens, innerhalb

dessen die Alternativen liegen müssen, besagt das nichts. Kraß, nicht nur Strafe wird überflüssig, sondern schon die Tat ist nicht mehr Unrecht, wenn man die enttäuschte Erwartung preisgibt (Graffiti auf öffentlichen Verkehrsmitteln stören dann nicht mehr, auch stört nicht mehr das Fehlen des abgestellten Fahrrads bei der Rückkehr); ferner, Straftaten innerhalb nicht gerade überlebenswichtiger sozialer Beziehungen lassen sich vermeiden, indem man solche Beziehungen nicht erst eingeht (wer keine Gemälde kauft, kann keinem Fälscher aufsitzen), und bei aufgedrängten Beziehungen läßt sich mit Selbstschutz vielem prävenieren (gegen Einbruchsdiebstahl helfen Stahltore, Fenster aus Panzerglas und bissige Hunde). Auch mit ubiquitärer Polizeipräsenz ließe sich manches Verbrechen verhüten. Ist schon wegen des Bestehens dieser Möglichkeiten Strafe nicht mehr ultima ratio? Geht man aber davon aus, die enttäuschte Norm sei eine legitime Norm, müsse also nicht preisgegeben werden, das Opfer habe nur geringe Obliegenheiten zum Selbstschutz zu treffen und Allgegenwärtigkeit der Polizei sei nicht wünschenswert, so schrumpft der Rahmen der Alternativen auf das, was man *beim Täter* „holen“ kann, und das heißt in der Hauptsache, Strafe rangiere nach zivilrechtlichen Erledigungsmöglichkeiten und nach der Geldbuße des OWiG. Solchem wird schon aus Kostengründen jeder zustimmen. „Empirisch“ ((8, 9, *passim*)) läßt sich freilich die Frage nach der Legitimität einer Norm und nach dem Maß der Obliegenheit zum Selbstschutz sowie dem Umfang des vom Staat zu leistenden Schutzes - anders als *Sch.* suggeriert - nicht beantworten; vielmehr muß man versuchen, den Geist der Zeit zu ermitteln.

((2)) Das Subsidiaritätsprinzip beläßt bei *Sch.* „idealerweise“ nur solche Taten als strafbar, die „auf unerträgliche Weise die Sphäre der individuellen Freiheit verletzen“ ((35)). „Strafe ist die Reaktion auf die vorsätzliche Nicht-Anerkennung der garantierten Rechtssphäre eines jeden einzelnen“, genauer, des „Kern-Raums der individuellen Freiheit“ ((36)). Man wird das nicht nur deshalb metaphorisch nehmen müssen, um - über den Schutz individueller Rechte hinausgehend - einen zumindest ansatzweisen Schutz des Staates und seiner Organe einschließlich der bürgerlichen Partizipation (etwa Schutz gegen Wahlfälschung) zu ermöglichen, sondern auch, um vom „Kern-Raum der individuellen Freiheit“ zu den Bestandsbedingungen einer freiheitlichen, also komplexe Kontakte ermöglichenden sowie unterschiedliche Werthaltungen tolerierenden, zudem noch personell großen, also anonymen Gesellschaft vorzudringen.

((3)) Eine solche Gesellschaft hat einen immensen Standardisierungsbedarf, wie hier kurz am Beispiel des Straßenverkehrs skizziert werden soll: Ohne Teilnahme an diesem verkümmert individuelle Freiheit zur Stubenhockerei, aber eine Teilnahme ist nur möglich, wenn erwartet werden darf, als unerträglich gefährlich begründbares Verhalten werde nicht vollzogen werden, zumal nicht massenhaft. Diese Erwartung zwingt wegen der unterschiedlichen Risikomaximen der am Straßenverkehr teilnehmenden Personen dazu, den Verlauf der Grenzlinie zwischen dem noch Erträglichen und dem Unerlaubten nicht dem Urteil jedes einzelnen zu überlassen, sondern für alle verbindlich, unabhängig von deren Einsicht in die Sache, festzulegen. Gewiß, nicht jede kleine Grenzverletzung bedarf der Strafe - das Bagatelproblem stellt sich bei schlechthin jedem Schutzobjekt -, aber der Schutz der öffentlichen Si-

cherheit, unter welcher individuelle Güter erst "gut" aufgehoben sind, muß auch nicht prinzipiell nach dem Schutz dieser individuellen Güter rangieren². Es geht also um mehr als nur um den Schutz eines "Kern-Raums" individueller Güter.

((4)) Selbst der bei *Sch.* noch verbleibende (allerdings, wie soeben skizziert, zu klein geschnittene) Bereich von Straftaten soll pro futuro nicht notwendig staatliche Strafe auslösen müssen, sondern, einer vorgeblichen Tendenz von der Verstaatlichung zur Vergesellschaftlichung folgend ((48)), in einem Prozeß "originär zivilgesellschaftlicher" Konfliktregelung, der insbesondere durch ein "empowerment des Opfers" ((59)) ausgezeichnet zu sein habe, verarbeitet werden, wobei sich der Staat auf die Garantie der Verfahrensprinzipien soll beschränken können ((54)): "Normvalidierung von unten" ((64)). In einer wertpluralen Gesellschaft dürfte ein solches Konzept keine Chance haben: Es müßte zur Vermeidung von Willkür wie von Zufallsergebnissen garantiert werden, daß die Zivilgesellschaft im Verfahren repräsentativ vertreten ist, aber es bleibt unerfindlich, wie das geleistet werden soll. Die im politischen System zur Schaffung repräsentativer Organe erprobten Verfahren lassen sich nicht auf die Bildung von Gerichten oder gerichtsähnlichen Gremien übertragen, dies schon nicht wegen der notwendigen Größe der Gremien, die ihre Dialogfähigkeit ausschließen würde. Die von *Sch.* genannten Parlamentarischen Untersuchungsausschüsse ((65)) sollten eher abschrecken: Jedes Mitglied, weil es Politiker ist, sucht seinen politischen Vorteil, mit anderen Worten, der Bock wird Gärtner. Entsprechend wäre das machtvolle Opfer nichts anderes als eben machtvolle *Prozeßpartei*. Jedenfalls muß garantiert bleiben, daß die Normgeltung, ein öffentliches Gut, weiterhin öffentlich stabil gehalten wird. Dadurch werden, zumal am unteren Rand kriminellen Verhaltens, Alternativen zur formellen gerichtlichen Verurteilung - Diversion - nicht ausgeschlossen, wohl aber wird es die hauptsächlichliche Vergesellschaftung dieser Verfahren³.

((5)) Was den Begriff der Strafe angeht, so entfaltet ihn *Sch.* als eine "symbolische Wiederherstellung des durch den Verbrecher Zerstörten" ((34)), die durch die Stigmatisierung freiheitsverletzenden Verhaltens erfolge ((36, 37)), wobei die Ernsthaftigkeit sich darin zeige, daß die negativen Folgen für den Täter und für dritte Personen in Kauf genommen würden ((38)). Was das Abstellen auf den symbolischen Gehalt angeht, ist *Sch.* mit der Maßgabe zuzustimmen, daß es nicht nur um Symbolik, sondern auch um wirkliche Diminution der Freiheitsmittel des Täters geht. Aber, so bleibt zu fragen, warum erfolgt der Ausdruck, das Täterverhalten sei nicht anschlussfähig, gerade durch Eingriffe in die Güter des Täters und nicht etwa durch andere Opferungen, ja, warum überhaupt durch Eingriff in Leben, Leib, Freiheit oder Eigentum und nicht nur durch allgemeine Aufklärung? Zur Beantwortung sei zunächst auf *Hegel* verwiesen⁴. Für diesen geht es bei der Philosophie des (Straf-)Rechts um die Idee des Rechts, also den Begriff und seine *Verwirklichung*⁵. Das Verbrechen als äußerliche Verletzung ist ein bloßer Schaden⁶. Das Recht an sich ist unverletzbar⁷. Somit verbleibt als Verbrechen die in der Tat objektivierte Anmaßung als der besondere Wille, der individuelle Geist des Verbrechers⁸. Diese Anmaßung besteht, bis sie ihrerseits "verletzt" wird, was geschieht, indem die Nichtigkeit, die Ohnmacht dieses Willens durch Verkür-

zung der Mittel, deren er sich bedient, herbeigeführt wird - eine, wenn man so will, Gegenanmaßung, jedenfalls abermals mehr als nur eine äußerliche Verletzung. Dieses "Aufheben des Verbrechens" - nicht als bloßes Postulat, sondern in eine Verletzung des Verbrechers umgesetzt - ist die "Wiederherstellung des Rechts"⁹: Die Welt ist wieder, wie sie sein soll; denn das Recht ist verwirklicht, die Anmaßung als *Anmaßung* etabliert.

((6)) Übertragen auf Gesellschaft als Kommunikationszusammenhang heißt das: Es geht um die Wirklichkeit personaler Kommunikation¹⁰, nicht nur um deren Sollgestalt (die nicht verletzbar ist). Verbrechen ist die in der Tat objektivierte Anmaßung einer Person, die Freiheit einer anderen usurpieren zu dürfen. Diese Anmaßung als Weltentwurf einer Person ist so lange kommunikativ anschlussfähig, bis sie durch einen gleichgewichtigen Gegenentwurf blockiert, ohnmächtig gemacht worden ist, eben durch Verkürzung der Mittel des Anmaßenden - wiederum mehr als nur eine äußerliche Verletzung; denn etwas verletzen bedeutet, dieses sei oder gelte als unmaßgeblich, eben als wertlos oder im Wert nachrangig. Durch eine (sonstige) Opferung läßt sich diese Charakterisierung der Anmaßung als Anmaßung (und nicht etwa als Unglück, natürliche Bedrohung und anderes mehr) nicht erreichen. Der bloße Schuldspruch enthält freilich bereits die Charakterisierung als Anmaßung, aber ihm fehlt eine hinreichende Objektivierung¹¹. Wie nicht schon der Tatplan, auch nicht der geäußerte Tatplan, sondern erst die Tat eine wirkliche Anmaßung ist, so ist auch erst die Strafe wirkliche Zurückweisung dieser Anmaßung. Mit der Strafe *hat* das Kommunikationssystem seine Gestalt bestätigt; der Strafzweck *ist* erreicht.

((7)) Bei *diesem* Verständnis von Strafe - und *Sch.* Konzept von der Verhaltensstigmatisierung ist nicht weit von der hiesigen Skizze angesiedelt - liegt nahezu auf der Hand, daß *Sch.* Hinweis auf das Abdanken der Strafe in der Pädagogik ((1 ff und passim)) nichts bringt: Dort war die Strafe Mittel zum Aufbau einer fremdbestimmten Person, hier ist sie Mittel bei der Zurückweisung von Fremdbestimmung, die sich eine (formell) freie Person¹² anmaßt. Anders formuliert, hier geht der Strafe die Zurechnung voraus, Freiheit sei mißbraucht worden. Die Parallele von *Sch.* ist also so schief, wie Dressur und Verantwortung schief zueinander liegen.

((8)) Letztlich, hat das alles nichts mit Steuerung zu tun? Als latente Funktion¹³ der Strafe, unter oder neben der skizzierten Funktion in der personalen Kommunikation, in der Praxis meist sogar darüber, läßt sich mit Strafe auch lernen, abschrecken, sichern und anderes mehr, also nicht die Person, sondern das Leid scheuende Individuum verwalten. Schließlich sind die Personen auch "Malefizanten" (wie diese auch Personen zu sein haben). Wenn *Sch.* hier jegliche Eignung der Strafe leugnet ((22 ff)), so dürfte das richtig sein, was manche Produkte strafrechtsaktionistischer Politik betrifft, muß aber nicht gleich für alle Bereiche gelten. Daß eine immer wieder erfolgende Stigmatisierung eines bestimmten Verhaltens zu der allgemeinen Überzeugung führt, ein solches Verhalten sei bei eigenen Planungen nicht erst einzubeziehen, ist immerhin ebenso plausibel wie die Annahme, die drohende Strafe für Mord werde manchen davon abhalten, wegen allzu beiläufiger Ziele zu töten. Anders formuliert, wenn man der Pflicht

zum Schadensersatz eine Lenkungsseignung zuspricht, weshalb sollte diese der Geldstrafe fehlen? Allerdings, darauf ist zu bestehen, darf die Lenkung der Individuen nur durch Mittel erfolgen, die den Personen gegenüber als einsehbar gerecht begründet werden können. Was darüber hinausgeht, führt zu einem Feindstrafrecht¹⁴, also zu Zwangsregeln außerhalb personaler Rechtsverhältnisse, was sich an dieser Stelle jedoch nicht näher ausführen läßt.

Anmerkungen

1. Ob man diesen Schutz in mediatisierten (!) Individualschutz umrechnen kann, muß hier dahinstehen.

2. Müssig Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S. 194 ff; *Jakobs ZStW 107 S. 843 ff, 857*, jeweils mit Nachweisen zum Streitstand. - Speziell zum Umweltstrafrecht *Stratenwerth ZStW 105 S. 679 ff*.

3. Siehe hierzu und zum hiesigen Thema überhaupt *Roxin* in: *Gössel u.a., Hrsg., Gedächtnisschrift für Zipf, 1999, S. 135 ff, 142 f*.

4. Hierzu neuestens präzise *Kaiser* Widerspruch und harte Behandlung, 1999, S. 86 ff, 122 ff.

5. *Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820/21, § 1.

6. *AaO*. (Fn. 5), § 98.

7. *AaO*. (Fn. 5), § 99.

8. Wie Fn. 7.

9. Wie Fn. 7.

10. Diese personale Kommunikation steht gegen bloß instrumentale Abstimmung; dazu *Jakobs* Norm, Person, Gesellschaft, 2. Auflage, 1999, S. 29 ff.

11. Es ist eingewandt worden, hier gehe die Semantik (Widerspruch) in die Pragmatik (Objektivierung) über (*Puppe* in: *Samson u.a., Hrsg., Festschrift für Grünwald, 1999, S. 469 ff, 476*). Strafe in der Wirklichkeit der Kommunikation kommt ohne Pragmatik nicht aus. Freilich geht es um die Pragmatik der Kommunikation, nicht etwa um ein Hervorrufen sozialpsychischer Veränderungen; letztere spielen sich in einem anderen System ab, auch wenn sich Bewußtsein und Kommunikation interpenetrieren.

12. Dazu *Jakobs* (Fn. 10), S. 98 ff.

13. Das Abstellen auf eine latente Funktion unterscheidet sich von einer Vereinigungstheorie dadurch, daß diese mehrere offene Funktionen nebeneinanderstellt; gegen Vereinigungstheorien *Jakobs* in: *Kodalle, Hrsg., Strafe muß sein! Muß Strafe sein?*, 1998, S. 29 ff.

14. *Jakobs* (Fn. 10), S. 109 ff; zudem, was vorverlagerndes Strafrecht angeht, *ders. ZStW 97 S. 751, 793 f*.

Adresse

Prof. Dr. Günther Jakobs, Universität Bonn, Rechtsphilosophisches Seminar, Adenauerallee 24-42, D-53113 Bonn

Muss Strafe sein? Ja, aber ...

Siegfried Müller

((1)) Auf der Suche nach Alternativen zum staatlichen Strafen verweist Scheerer auf die Erziehung und Erziehungswissenschaft. ((2)) Hier habe sie vollzogen, was sich im 19. Jahrhundert noch kaum jemand habe vorstellen können; nämlich die „Abschaffung der Strafe in der Erziehung“. ((2)) Heute – so behauptet er – sei das „Thema Strafe aus den Theorien der Erziehungswissenschaft, den Traktaten der Eltern- und Erziehungsberatung und aus der Praxis so gut wie verschwunden“ ((2)). Angesichts der Disziplinprobleme (z.B. in den Schu-

len) erscheint ihm das „Glück dieses Fortschritts“ zwar nicht ungetrübt, aber auch kein Grund, „deshalb die Strafe wieder einzuführen“ ((2)). Aus wenigstens zwei Gründen ist m.E. der ermunternde Verweis auf die Erziehungswissenschaft und die pädagogische Praxis in die Irre führend. Zum einen, weil sich mit der Abschaffung der „Schwarzen Pädagogik“ (*Rutchky 1977*) die Frage, ob die Strafe einen Ort in der Erziehung hat (also ein legitimes Mittel ist), keineswegs erledigt hat – weder in der Erziehungswissenschaft und schon gar nicht in der erzieherischen Praxis. Zum anderen, weil es sich bei der Legitimation der Strafe in der Erziehung und der Legitimation staatlichen Strafens um grundlegend verschiedene Diskurse handelt.

((2)) Die Schwarze Pädagogik gehört der Vergangenheit an. Doch die Frage, ob die Strafe ein legitimes Mittel der Erziehung ist, ist damit keineswegs obsolet. In der pädagogischen Praxis – in der Schule weniger und anders als in der familiären Erziehung – wird nach wie vor gestraft (vgl. *Trube-Bekker 1982*); sicherlich subtiler als vor hundert Jahren und vor allem mit anderen Mitteln und größeren Skrupeln. Doch diese Zivilisierung der Strafe kann nicht auf das Konto der Abschaffung der Strafe in der Erziehung verbucht werden ((2)). In der Erziehungswissenschaft wird das Thema Strafe kaum noch verhandelt und wenn ja, dann vor allem im Zusammenhang mit schwierigen Kindern (vgl. *Redl 1971*) und Kindern und Jugendlichen, die Probleme machen, weil sie gegen Strafnormen verstoßen (vgl. *Müller/Peter 1998*). Ich plädiere dafür, diese Diskurse getrennt zu verhandeln. Beim erziehungswissenschaftlichen Diskurs geht es um die Frage, ob die Strafe ein legitimierbares Mittel der Verhaltenssteuerung ist, sich als pädagogisch rechtfertigen läßt. Dabei bleibt der Strafbegriff allerdings recht diffus und läßt sich nicht – wie im strafrechtlichen Diskurs – auf das Zufügen von Leid begrenzen. Es geht hier – ganz allgemein – um den Widerstand der Erzieher und Erzieherinnen gegen Handlungen, Neigungen und Einstellungen, die sie für schädlich und schlecht halten, und um das Ziehen von Grenzen. „Strafen müssen“ – so *Flitner (1982: 96)* – wenn sie überhaupt zur Erziehung eingesetzt und pädagogisch gerechtfertigt sein sollen, „eine aufbauende Komponente haben, mit der sich die Verletzung der Grenze und die Verletzung der Beziehung überwinden läßt. Sie müssen auf das Wiedergutmachen, Wieder-in-Ordnung-bringen der Situation verweisen ... Strafen als Sühne, als Rache, als Schadenszufügen, als Abschreckung – sie alle haben in der Erziehung keinen Ort“. Anders formuliert: Die Strafe hat einen Ort in der Erziehung nur, wenn sie erstens in der Beziehung von Erwachsenen und Kindern integriert ist, wenn sie zweitens die Grundlagen dieser Beziehung nicht zerstört und wenn sie drittens die Möglichkeit der Auseinandersetzung mit Grenzverletzungen nicht blockiert. Das Thema Strafe ist also nicht – wie *Scheerer* behauptet – aus den Theorien der Erziehungswissenschaft heute „so gut wie“ verschwunden ((2)). Es wird nach wie vor verhandelt, wenn auch nicht so häufig wie zuvor und wesentlich emotionsloser. Und das ist auch gut so angesichts einer Alltäglichkeit der Strafe in der erzieherischen Praxis, die nicht selten hinter dem zurückfällt, was hier als rechtfertigende Bedingung skizziert ist.

((3)) Das staatliche Strafen läßt sich so nicht – jedenfalls nicht hinreichend – legitimieren. Staatliches Strafen ist – und da

stimme ich Scheerer zu – das absichtliche Zufügen eines Übels ((4)). Die Übel-Reaktion Strafe lässt sich – und hier beziehe ich mich auf Schild's Rehabilitierung der absoluten Straftheorie – sinnvoll nur denken und rechtfertigen, wenn man sie *nicht nur* als ein Übel ansieht. „Der einzig sinnvolle Begriff von Strafe kann nur erarbeitet werden, wenn man in ihr und ihrer Voraussetzung – nämlich der Straftat – „nicht nur ein Übel sieht, sondern sie auf die menschliche Freiheit bezieht“ (Schild 1982: 369). Wenn man die Rechtsordnung, deren Inhalt die Strafe und Straftat ja sind, nicht als ein freiheitseinschränkendes Übel sondern als ein freiheitsverbürgendes Gutes ansieht, also als Bedingung und Verwirklichung der Freiheit selbst, dann ist die Straftat eine Negation der Bedingungen freiheitlichen Zusammenlebens. Ein solches Handeln ist nicht verallgemeinerbar. Es kann nicht – zumal und insofern es gegen grundlegende und interkulturell konsensuale Werte des Zusammenlebens verstößt – zur Grundlage des Handelns unter den Bedingungen der Freiheit gemacht werden. Die Strafe als Negation der Negation hört dann auf, Zwang – und damit Übel – zu sein, wenn sie sich gegen ein Handeln wendet, das selber Zwang und dadurch Unrecht ist. Mit einer so gerechtfertigten Strafe wird der Geltungsanspruch universalistischer, freiheitsverbürgender Normen nicht aufgegeben. Das heißt allerdings nicht, dass alles das, was heute im materiellen Strafrecht als *strafwürdig* ausgewiesen ist, dort auch einen legitimen Platz hat. Ganz im Gegenteil: Ein verschlanktes Kernstrafrecht ((35ff.)) hat unbestritten den Vorteil, dass es den Blick für die wesentlichen Normen menschlichen Zusammenlebens schärft und damit offen ist für Alternativen zum Strafrecht. Dennoch: die Straftat darf dem Täter nicht genommen werden, denn mit Strafe wird der Straftäter als ein vernünftiges Subjekt „geehrt“, weil seine Tat als Ausdruck seines freien Willens ernstgenommen wird. Die Straftat muss auf die Verantwortung des Täters bezogen werden. Er muss die Verantwortung für sein Handeln übernehmen. Es geht daher im Strafrecht in erster Linie um die Tat und nicht um den Täter selbst. Wenn mit der Strafe der Straftäter als „Vernünftiges geehrt“ (Hegel) wird, hat dies allerdings unabdingbar zur Voraussetzung, dass sein Handeln Ausdruck seines freien Willens ist, dass er – um einen anderen Begriff zu verwenden – ein vernünftiges Subjekt, also mündig ist. Nun bedarf allerdings die hier – mit Bezug auf die Gerechtigkeit – vorgetragene (und sicherlich nicht unumstrittene) *absolute* Straftheorie einer wichtigen Präzisierung. Die Strafe ist hier ihrem *Wesen* nach kein Übel, sie tritt aber – da sie Zwang ist – als Übel in *Erscheinung*. Sie ist somit, will sie nicht pure Vergeltung sein, letztlich doch einem *Zweck* unterworfen: der Re-Integration des Straftäters in die Gesellschaft. Als „Sozialisierungsstrafe“ stellt sie eine Vermittlung der Vergeltung der Tat ... und Gnade dar“ (Schild 1982: 381). Gnade nicht im Sinne von Begnadigung, sondern im Sinne einer von Gedanken der Toleranz (vgl. Rössner 1989) geprägten Strafklugheit.

((4)) Obwohl Scheerer zutreffend feststellt, dass mit dem Strafrecht nur sehr bedingt – wenn überhaupt – das Verhalten von Tätern und potentiellen Tätern beeinflusst werden kann ((22ff.)), geht er bei seiner Suche nach weniger eingriffsintensiven Alternativen davon aus, dass diese einen Zweck (und sei es „nur“ die positive Generalprävention) zu erfüllen haben. Wenn die Legitimierung der unabdingbar notwendigen Strafe eine Bringschuld derer ist, die sich ihrer bedienen

((39)), dann gilt das auch für die Alternativen, die nicht schon allein dadurch gerechtfertigt sind, dass sie weniger eingriffsintensiv sind. Auch sie sind wie die unabdingbaren Strafen nicht zweckfrei und bleiben auf diese Weise im primär individuumszentrierten Präventionskäfig gefesselt. Aus ihm kann man sich m.E. nur befreien, wenn man den Gedanken einer – was die Spekulation auf Verhaltenssteuerung betrifft – zweckfreien und an den Kriterien der Gerechtigkeit orientierten absoluten Straftheorie weiterentwickelt. Alles andere ist die aufwendige Suche nach funktionalen Äquivalenten zu einem Strafrecht, dessen Vernunft Scheerer zurecht kritisiert.

Literatur

- Flitner, A. 1982: Konrad, sprach die Frau Mama ..., Berlin
 Müller, S./Peter, H. (Hg.) 1998: Kinderkriminalität. Opladen
 Redl, F. 1971: Erziehung schwieriger Kinder. München
 Rössner, D. (Hg.) 1989: Toleranz - Erziehung - Strafe. Hofgeismarer Protokolle Nr. 266. Hofgeismar
 Rutschky, K. (Hg.) 1977: Schwarze Pädagogik. Quellen zur Naturgeschichte der bürgerlichen Erziehung. Frankfurt/M.
 Schild, W. 1982: Strafe - Vergeltung oder Gnade?, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, S. 364-384
 Trube-Becker, E. 1982: Gewalt gegen das Kind. Heidelberg

Adresse

Prof. Dr. Siegfried Müller, Universität Tübingen, Institut für Erziehungswissenschaft, Münzgasse 22-30, D-72070 Tübingen
 E-Mail: siegfried.mueller@uni-tuebingen.de

Sympathisch, aber ...

Jan Philipp Reemtsma

((1)) Besser, als Sebastian Scheerer es getan hat, kann man die Kritik an der Institution der Strafe wohl nicht vorbringen. Das allerdings zeigt, wie es um diese Position bestellt ist. Die Vorstellung einer Welt ohne das Institut der Strafe ist gewiß sympathisch, aber trotzdem stellt sich niemand eine solche Welt vor. Auch die Kritiker der Strafe nicht. Das gibt zu denken.

((2)) Daß den Verfassern utopischer Entwürfe alles Mögliche eingefallen ist, nur keine Gesellschaft, die auf das Institut der Strafe verzichtet, muß nicht an ihrer Phantasielosigkeit liegen. Es könnte auch daran liegen, daß die Idee nicht so gut ist. Bezeichnenderweise verzichtet auch Sebastian Scheerer in seinem Aufsatz darauf, so etwas vorstellbar zu machen. Dabei wäre ein Phantasiespiel in dieser Richtung so sehr viel überzeugender als eine noch so triftige Kritik von Straf- und Strafzwecktheorien. Jedenfalls reicht mir der Hinweis auf das „Recht der Barotse“ (Scheerer 63/65), die ich nicht kenne, nicht aus. Der Hinweis, daß es Gesellschaften gibt, die das Institut der Strafe nicht kennen – wohl immer kleine Gesellschaften von geringer sozialer Komplexität –, heißt ja keineswegs, daß andere Gesellschaften sich das zum Beispiel nehmen könnten.

((3)) Die Kritik an der Institution der Strafe ist darum von großer Bedeutung, weil sie das Bewußtsein aufrechterhält, daß Strafen ein Übel ist, das Menschen vorsätzlich zugefügt wird. Ein Denken, das darauf zielt, die Welt weniger grausam zu machen, darf auf diese Einsicht nicht verzichten. Da aber auch die Institution der Strafe diesem Ziel dienen sollte, muß gezeigt werden, daß sie diesem Ziel *nicht* dient. Daß sie ihm nur *unvollkommen* dient, ist eine Binsenweisheit – bzw. nur dann keine, wenn ein plausibles anderes Mittel, das mindestens ebenso wirksam und weniger grausam ist, vorgeschlagen werden kann. Solange das nicht der Fall ist, braucht man sich mit der Triftigkeit der Kritik an den bestehenden Straf- und Strafzwecktheorien mit dem Ziel der Kritik an der Institution der Strafe als solcher nicht vorrangig zu beschäftigen, wie mir scheint. Ich will es trotzdem tun, weil ich meine, daß die Art und Weise, wie dies in Scheerers Aufsatz geschieht, in gewisser Weise symptomatisch für eine Art über soziale Institutionen nachzudenken ist, die man sich meiner Meinung nach abgewöhnen sollte.

((4)) Scheerer kritisiert die Geschichte der Straftheorien als intellektuell niveaulos und wundert sich, daß alle Welt sich einig sei, Strafe müsse sein, aber nicht warum. Das ist alles andere als sonderbar. Das ist ein Phänomen, das bei sehr vielen sozialen Institutionen auftritt: Ehe, Staat, Kirche, Sozialfürsorge, Schule, Armee etc. Alle diese Institutionen sind ja nicht entstanden, weil man sie aus wohlwogenen Gründen erschaffen hätte, sondern sie haben sich herausgebildet und – in einem jeweils zu spezifizierenden Sinn – bewährt. Das heißt nicht, daß sie gegen Kritik immun wären. Aber diese Kritik geht an der Sache vorbei, wenn sie sie als Erfindungen behandelt, die gut oder schlecht gelungen sind, anstatt als entstandene Gebilde, die uns nötigen, zu überlegen, wie wir mit ihnen weiter verfahren wollen. Soziale Institutionen sind auch nicht vernünftig oder unvernünftig, und müssen also auch vor keinem „Forum der Vernunft“ (Scheerer 16) bestehen. Zu fragen ist allein, welchen unserer unterschiedlichen Zwecke sie dienlich sind, und in welcher Weise wir sie verändern sollten, um die Welt zu einem für alle angenehmeren Ort zu machen. Wenn man sie abschaffen will, geht man allerdings weitgehende argumentative Verpflichtungen ein – s.o.

((5)) Diesem meines Erachtens falschen Verständnis sozialer Institutionen entspricht ein gleichermaßen falsches von Theorie. Sie hat nicht den Gründungsakt einer sozialen Institution, den es gar nicht gegeben hat, noch einmal zu simulieren, und wenn ihr das nicht gelingt, ist sie durchgefallen und die Institution widerlegt. Theorien – rechtsphilosophische oder soziologische –, die sich mit Strafe beschäftigen, sollten zeigen, welchen Bedürfnissen die Institution Strafe tatsächlich dient. Man kann dann fragen, welchen Bedürfnissen Strafe dienen *sollte*. Aber das ist eine ganz andere Art der Diskussion.

((6)) Diese Institutionen- und Theorieauffassung führt zu im Detail unbefriedigenden Argumentationen. Scheerer verlangt Konsistenzen in der Argumentation, wo keine nötig und wünschbar sind. In (27) schließt er, Strafe sei nicht darauf zugeschnitten, ihre Abschreckungswirkung zu potenzieren, *ergo* sei Abschreckung nur ein Nebenzweck. Ebenso könnte

man so schließen: Der Straßenverkehr ist nicht darauf zugeschnitten, die Leute immer schneller von einem Ort zum anderen zu bringen, *ergo* ist der Zweck, Leute schnell von einem Ort zum anderen zu bringen, nur ein Nebenzweck des Straßenverkehrs. Abschreckung könnte sogar der einzige Zweck der Strafe sein und dennoch muß Strafe nicht „darauf zugeschnitten“ sein, Abschreckung zu perfektionieren, weil Normenkonflikte ins Spiel kommen usw.

((7)) Daß man die Strafzwecktheorien im Einzelnen gewaltig zausen kann – vor allem, wenn sie sich selber als zureichende Begründungen der Institution Strafe ausgeben –, versteht sich. Und ich stimme mit der Kritik Scheerers in vielerlei Hinsicht überein. Nur kann man nicht, wie er es versucht, die Theorien einzeln abräumen und dann so tun, als gäbe es sie dann nicht mehr. Man kann (s. o.) nicht sagen, daß Strafe der Abschreckung nicht diene – wohl aber, daß sie das natürlich auf unvollkommene Weise tue. Strafe beschleunigt manche Verbrechenkarrieren, aber nicht alle, und manchmal funktioniert die Resozialisierung eben doch. Man kann, wie Scheerer, sagen, es sei wichtiger, sich mit der nichtinstrumentellen Seite der Strafe zu befassen, vor allem dann, wenn man herausbekommen möchte, warum das Institut der Strafe so selbstverständlich dasteht, wie es das tut. Aber das heißt natürlich nicht, daß die instrumentellen Strafzwecke nun gleich gar keine Rolle mehr spielen. Hier führt der Wunsch nach theoretischer Sauberkeit nur dazu, die Theorie so unterkomplex zu machen, daß man mit ihr die Welt nicht mehr versteht.

((8)) Weil nicht die Theorie vorgängig ist, sondern die soziale Institution (am Anfang war eben nicht das Wort), haben nicht diejenigen eine „Bringschuld“ (Scheerer 39), die sich ihrer bedienen, sondern die Kritiker der Institution. Sie müssen – sagte ich es schon? – was Besseres vorschlagen. Der Mangel des Besseren ist das stärkste Argument für die Institution der Strafe. Den Vorschlag, ob nicht eine Einrichtung wie der Parlamentarische Untersuchungsausschuß an ihre Stelle treten könnte (Scheerer 65), vermag ich schon darum nicht ernstzunehmen, weil Scheerer es unterläßt, plausibel zu machen, wie eine solche Einrichtung den ihr zgedachten Zweck soll erfüllen können. „Das Strafrecht ist nicht attraktiv, weil es hilft, soziale Probleme zu lösen, sondern weil es wagt, mit einer gewissen Rücksichtslosigkeit die Verbindlichkeit bestimmter Werte zu demonstrieren.“ (Scheerer 45) Ich könnte diesem Satz zustimmen, wenn er nicht mit „nicht ... sondern“, sondern mit „sowohl ... als auch“ konstruiert wäre. Nichtsdestoweniger ist der Akzent, den Scheerer auf die „expressive Normvalidierung“ legt, ebenso richtig wie wichtig. Nur begründet er damit, warum unsere Kultur nicht auf Strafe meint verzichten zu können – und muß sich darüber ausschweigen, warum er meint, die Normvalidierung könne mit einem anderen Mittel erreicht werden. Es ist ein Denkfehler, hier eine künstliche Trennung zwischen Zweck und Mittel herbeiführen zu wollen. Die Strafe ist nicht ein zufälliges Mittel zu einem notwendigen Zweck, sondern *ist* in unserer Kultur expressive Normvalidierung. Auf Strafe zu verzichten bedeutet eben, die Wichtigkeit, die Gültigkeit bestimmter für unser soziales Zusammenleben unverzichtbarer Normen zu demonstrieren, zu leugnen. Zu behaupten, man könne die Verbindlichkeit bestimmter Normen auch demonstrieren, ohne ihre Übertretung zu bestrafen, ist ungefähr so sinnvoll, wie zu sagen: Kann man Verlässlichkeit nicht

auch anders demonstrieren als dadurch, daß man seine Zusagen einhält?

((9)) Ein paar Details: Daß die Strafe „aus einer vordemokratischen Zeit“ (Scheerer 52) stamme, ist richtig, aber was besagt das? Die Landwirtschaft stammt auch aus einer vordemokratischen Zeit. – Daß Strafe eine Einrichtung ist, die nur für Staaten typisch ist, ist falsch. – Wenn Scheerer sagt, daß die Schulpädagogik aufs Strafen verzichtet hat – ergo könne es der Rest der Gesellschaft auch (Scheerer 39), so übersieht er dabei, daß dem Lehrer sehr wohl Sanktionsmittel verblieben sind – nur eben nicht Rohrstock und Karzer. Und dabei handelt es sich um einen weiteren Durchsetzungsschritt des staatlichen Gewaltmonopols. Heute ist ein prügelnder Lehrer untragbar, früher wäre Polizei, die wegen einer Schulhofschlägerei ermittelt, unendlich peinlich gewesen. – „Da 'die Macht des Strafrechts auf der Entmachtung des Opfers beruht', führt ein empowerment des Opfers und anderer Beteiligter zur Entmachtung des staatlichen Strafrechts.“ (Scheerer 59) Nicht gültiger Umkehrschluß. – Daß es ein kriminelles Dunkelfeld gibt, beweist nicht, daß die Abschaffung des Instituts der Strafe keine Auswirkungen auf den gesellschaftlichen Zusammenhalt hat. (Scheerer 62) Das Dunkelfeld ist darum erträglich, weil es nicht als Normalität, sondern als mehr oder weniger erträgliche Abweichung von dem, was Normalität ist, empfunden wird. – „Strafe ist kein Zeichen von Stärke, sondern von Schwäche.“ (Scheerer 65) Warum sollte sie überhaupt das eine oder das andere sein?

Adresse

Prof. Dr. Jan Philipp Reemtsma, Hamburger Institut für Sozialforschung, Mittelweg 36, D-20148 Hamburg

Strafrecht als Schutzschild der Menschenrechte

Dieter Rössner

1. These

Aus Gewaltfällen müssen Strafrechtsfälle werden

((1)) Der Umgang mit Sanktionen – also die zentrale Aufgabe des Strafrechts – ist eine Grundfrage jeder Gemeinschaft. Ewige Maßstäbe und Wahrheiten gibt es nicht und kann es für diesen Bereich nicht geben, wenn wir nur den Alltag sehen: Wir sind im Laufe unseres Lebens situativ wechselnd, aber immer wiederkehrend einmal Täter und ein anderes Mal Opfer im Kontakt mit anderen Menschen. Jeder erfährt trotz aller Bemühungen und allen guten Willens laufend Verletzungen von anderen, wie auch er verletzt. Auf diese Herausforderung müssen wir als Gesellschaft reagieren – freilich nicht notwendig mit Kriminalstrafe. Insofern bin ich mit Scheerer im Ausgangspunkt einig (12-16).

((2)) Die Gesellschaft gibt viele Antworten, was Scheerer unterschlägt: Strafe muss sein; Wie du mir, so ich dir; Unrecht darf sich nicht auszahlen – ist nur die eine Seite. Wir

finden die konträre Position: Wenn sich das Übel der Tat schon nicht mehr aus der Welt schaffen lässt, so ist doch das bestmögliche Heilen der Wunden – die Regelung des Konflikts – gefordert. „Und wer dich schlägt auf einen Backen, dem biete den anderen auch dar“.¹ Wie der einzelne Mensch oder eine Gemeinschaft reagiert, hängt von Gesellschafts- oder Persönlichkeitsstruktur ab. Schwache Gemeinschaften² und autoritäre Persönlichkeiten³ vertrauen zur symbolischen Demonstration von Stärke auf repressive Strafen. Strukturell gefestigte Gemeinschaften und Menschen mit autonom entwickelter Moral⁴ suchen eher konstruktive Konfliktlösungen: Ausgrenzung der sozialschädlichen Tat, aber Integration des Täters.⁵

((3)) Die Analyse der traditionellen Strafzwecke bei Scheerer (22-32) teile ich voll und ganz. Die Kritik ist berechtigt. Nur stellen diese Strafzwecke einen Popanz dar, der die Aufgaben des Strafrechts und vor allem seine Grenzen nicht erfasst. Es muss m. E. die verengte und idealistische binnenstrafrechtliche Perspektive mit der Hypostasierungs- und Immunisierungstendenz der Strafzwecke ganz aufgegeben werden. Eine realistische Aufgabenbeschreibung des Strafrechts kann nicht aus dem Strafrecht heraus entwickelt werden, sondern hat dessen Stellung im Gesamtsystem der gesellschaftlichen Kontrolle zu beachten. Auf diesem Weg ergeben sich von selbst einerseits spezifische Funktionen des Strafrechts und andererseits der Schutz vor Idealisierungen.⁶

((4)) In allen Gesellschaften gibt es soziale Normen (Primärnormen) ebenso wie Sanktionsnormen (Sekundärnormen), wobei letztere die sozialen Normen absichern.⁷ Gerade in der Sanktionsnorm findet sich der Resonanzboden für das gesamte Normensystem, denn sie vermittelt für alle die Gewissheit, dass die verletzte Regel gilt; bekräftigt also genau das, wovon abgewichen wurde.⁸ In einer nach Primärregeln „wohlgeordneten Gemeinschaft“ ist die Gewissheitsfrage ein wesentliches Element der Gerechtigkeit und Fairness.⁹

((5)) Die Sicherung der primären Verhaltensnorm auf der Sanktionsebene ist von zentraler Bedeutung, weil jeder Konflikt sich sonst in einer endlosen Kettenreaktion fortsetzen würde, wenn die Sanktion nicht den absoluten Schlusspunkt setzen würde. Ein Normensystem hätte ohne Sanktionen keinen Bestand. Nur ein Sanktionsrecht enthält ein abrufbares Programm für den Ernstfall, das genügend Kraft besitzt, weiteren Verstößen entgegenzuwirken.¹⁰ Die sonst mögliche Kettenreaktion der Gewalt wird im Ansatz unterbrochen. Selbst für einen Alltagsfall ist dieser Mechanismus von Schmidhäuser eindrucksvoll beschrieben worden:¹¹ Jemand kommt die Lust an, ein fremdes Fahrrad zu nehmen. Der Eigentümer erkennt beim Davonfahren den zu allem bereiten Dieb. Seine Anzeige wird von der Polizei als Privatangelegenheit abgetan und seine materiell gewonnene Zivilklage setzt der Gerichtsvollzieher nicht durch. Also schnappt sich der Eigentümer eine Gruppe beherzter Männer, die das Fahrrad zurückholen; freilich besitzt er es nur solange, bis der Dieb stärkere Bataillone aufbietet. Resigniert beschafft sich der Eigentümer schließlich selbst ein anderes fremdes Fahrrad und setzt eine neue Kriminalitätskette in Gang.

((6)) Gewaltfälle müssen also zu kontrollierten und isolierten

Rechtsfällen werden.¹² In diesem Transformationsakt liegt die Funktion des Strafrechts. Der privaten Anmaßung des Täters wirkt sie ebenso entgegen wie privater Gegengewalt von Seiten der Verletzten. Denn für die Rechtsordnung sind Bürger, die einen Mörder lynchen, ebenso gefährlich wie dieser selbst. Der Rechtsstaat als Träger des Gewaltmonopols unterliegt natürlich dem Minimierungsgebot, d. h. konkret, er hat rechtlich gebundene Gewalt auf das unbedingt notwendige Maß zu beschränken. Bildlich gesprochen: Er hat die ursprüngliche emotionsgebundenen Sanktionen an die Kette des Rechts – insbesondere der Menschenrechte – zu legen.¹³

((7)) In diesen Aufgaben liegen die Ansätze einer zivilen Strafrechtstheorie – eines Strafrechts, das im Gesamtsystem sozialer Kontrolle auf die ganz spezifischen Funktionen der Gewalteliminierung, Freiheitssicherung und des Opferschutzes zurückgeschnitten ist. Die von Scheerer zutreffend aufgezeigten Gefahren eines expressiv symbolischen Gebrauchs (40-44) werden durch die Festlegung auf realistische Ziele vermieden.

2. These

Strafrecht als Schutzschild für Menschenrechte

((8)) Aus der Opferperspektive erhält die freiheitssichernde Funktion des Strafrechts den angemessenen Stellenwert. In der rechtsstaatlichen Demokratie ist das Strafrecht kein staatliches Repressionsmittel, sondern es wacht über die Freiheit und verteilt Verantwortung. Was es den potentiellen Tätern mit Verboten an Freiheit nimmt, gibt es den möglichen Opfern an Vertrauen. Es geht um das Gleichgewicht der Freiheitsrechte von Starken und Schwachen in einer Gemeinschaft. Konkret: Der physisch Starke wird durch das Gewaltverbot daran gehindert, Interessen einfach mit Körperkraft durchzusetzen. Der Schwächere kann sich darauf verlassen, dass in einem Interessenkonflikt nicht einfach das Maß der körperlichen Kraft über seine Gesundheit, sein Eigentum und andere Rechtsgüter entscheidet. Das Strafrecht ist ein Instrument der Freiheitsverteilung und steht so in engem Bezug zu den Menschenrechten. Die repressive Haltung gegenüber Straftätern ist nicht das Ziel des Strafrechts, sondern nur (unerwünschte) Folge bei Übergriffen auf elementare Rechte eines anderen Menschen oder der Gemeinschaft.

((9)) In einem weiteren Punkt zeigt sich die enge Verknüpfung von Strafrecht und der persönlichen Freiheit – diesmal aus der Perspektive des Täters. Ein am Schutz elementarer Menschenrechtsgüter orientiertes Strafrecht ist fernab von kleinlicher und moralischer Gängelung des sozialen Verhaltens. Die Festsetzung der äußersten Grenzen lässt dazwischen viel Spielraum für unterschiedliche Verhaltensweisen und Lebensformen – eben das zivile Leben.

((10)) Der menschenrechtliche Ausgangspunkt für die Kriminalisierung sozialer Verhaltensweisen bestimmt das Bild des Strafrechts zumindest in den modernen Demokratien stärker, als es Scheerer (vor allem 14) wahrhaben will. Der Kernbereich der in den einzelnen Ländern vorgehaltenen Straftatbestände gleicht sich. Im wesentlichen geht es um den Schutz elementarer Rechtsgüter, die sich in den Menschenrechten finden: Leben, Gesundheit, Freiheit, Persönlichkeitsentfaltung, Vermö-

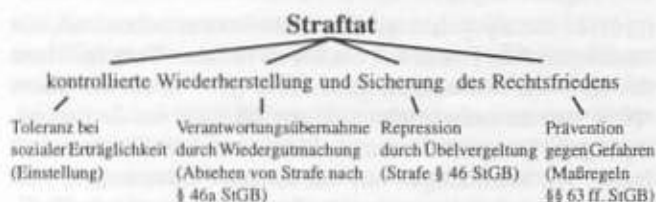
gen usw. Im Vordergrund steht übereinstimmend die Eliminierung von physischer, psychischer und struktureller Gewalt. Die empirische Betrachtung der unterschiedlichsten Rechtsordnungen der Welt – ethnologisch, historisch und rechtsvergleichend – ergibt ebenfalls einen überraschend übereinstimmenden Kernbereich des Strafrechtsschutzes. Bei aller Relativität der Rechtsordnungen hat der klassische Kernbereich des Strafrechts eine durchgängige interkulturelle Gültigkeit. Auf jeden Fall gleichen sich die Strafrechtsordnungen mehr als die jeweiligen Landessprachen. Im Strafrecht gibt es keine babylonische Verwirrung – zumindest nicht im Kernbereich.

((11)) Bei der Kritik der Universalität der Kriminalstrafe verengt Scheerer (15) von vornherein den Blick nur auf die Kriminalstrafe. In dieser Perspektive ist ihm Recht zu geben. Wir führen dann die übliche akademische Diskussion über Ursprung, Sinn und Zweck der Strafe.¹⁴ Eine moderne Strafrechtstheorie hat sich am gesamten Aufgabenfeld zu orientieren: der strafrechtlichen Sozialkontrolle¹⁵ unter Einbeziehung der Kontrollstrategien und des Strafverfahrens¹⁶. Die omnipotenten Ansprüche der Strafrechtstheorie sind dann kein Thema mehr, sondern die entscheidende Frage ist, welche Funktion dem Strafrecht in der sozialen Wirksamkeit des sozialen Rechtsstaats zukommt. Dabei geht es stärker um die Theorie des Rechtsstaats und der zivilen Bürgergesellschaft als um die im eigenen Saft schmorende klassische Strafrechtstheorie. Nicht Strafrechtstheorie sondern Strafrechtstheorie ist angesagt.

3. These

Strafrecht dient der kontrollierten Wiederherstellung des sozialen Friedens

((12)) Das Wesen des Kriminalrechts liegt in seiner Kontrollfunktion. Durch die gesetzliche Vorgabe bestimmter sozial-schädlicher Verhaltensweisen (Straftatbestände) legt der Gesetzgeber fest, wo im Interesse von potentiellen Opfern und der Gemeinschaft staatliche Kontrolle erfolgt. Die Reaktion ist aber nicht auf die Strafe beschränkt. Reaktionsverzicht ist ebenso möglich wie Wiedergutmachung oder die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung. Die Struktur lässt sich wie folgt schematisch darstellen:¹⁷



((13)) In dieser realistischen Gesamtschau lassen sich 2 spezifische Aufgaben einer am Gesamtsystem sozialer Kontrolle orientierten Strafrechtstheorie herauskristalisieren, die hier nur an- aber leider nicht ausgeführt werden können.¹⁸: (1) Monopolisierung der Gewalt in der Sanktionsregelung; (2) Isolierung des Normbruchs durch die Sanktion; (3) Verantwortungsfeststellung durch den Schuldspruch; (4) Opfernerechtigkeit und Opferschutz; (5) Normbegründung und Verhaltensorientierung; (6) Rationale Konfliktverarbeitung durch Formalisierung; (7) Konstruktive Konfliktverarbeitung durch integrierende Sanktionen. Schließlich bin ich mit Scheerer (28) wiederum darin einig, dass die Strafe wegen der üblicherweise zur Rechtfertigung angeführten Gründe nicht notwendig ist. Ihre Notwendigkeit liegt in ihrem spezifischen Aufgabenbereich im Gesamtsystem sozialer Kontrolle, der mit den oben genannten Elementen umrissen ist.

4. These

**Strafrechtliche Verbrechenskontrolle als
Konfliktbegrenzung und Konfliktregelung**

((14)) Dreh- und Angelpunkt des Strafrechts ist die Konfliktbegrenzung durch Isolierung der schwer sozialschädlichen Tat mit dem Instrument eines rechtsstaatlich gebundenen, aber mächtigen Gewaltmonopols.¹⁹ Die staatliche *Gewalt* wird im Strafrecht gebändigt und ist so klar als Limitierung des sozialen Kontrollsystems am eingriffsintensiven Ende auszumachen. Nicht nur höchstmögliche Effektivität bei der Eliminierung kriminellen Verhaltens ist seine Aufgabe, sondern zugleich – und wichtiger – die größtmögliche Limitierung der Mittel.

((15)) Insbesondere geht es um die Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes, d. h. die Frage, ob Alternativen im Gesamtsystem der sozialen Kontrolle humaner und ebenso wirksam sind. Eine Frage, die zu Recht von Scheerer am Ende nachdrücklich gestellt wird (45 ff.). Ob eine Zivilgesellschaft auf eine Kontrolle von Straftaten verzichten kann, wage ich allerdings zu bezweifeln, obgleich ich es hoffe. Aber: Soweit die Hoffnung auf dem Bild vom grundsätzlich guten Menschen und dem bösen Staat beruht, wird es nicht funktionieren. Denn es gibt mal mehr, mal weniger Menschen, die einander verletzen, vergewaltigen, betrügen oder gar in organisierter Form unterdrücken oder terrorisieren.²⁰ Dann ist der mächtige Schutz der Menschenrechte gefragt – wer sollte diese Aufgabe erfüllen, wenn nicht der Staat? Autonome Konfliktregelung lebt in unserem Zusammenhang davon, dass im Hintergrund Zwangsmittel bereitgehalten und im Notfall – quasi in Notwehr – zum Schutz der Menschenrechte und der Schwachen aktiviert werden. Es gilt wohl zu akzeptieren: Je mehr autonome Elemente die strafrechtliche Kontrolle enthält und je weniger sie auf durchgängige Repression setzt, desto stärker ist sie auf institutionellen Zwang als letzte Verteidigungsposition angewiesen.²¹ Das Sanktionsprogramm der zivilen Strafrechtstheorie liegt nicht in Übelzufügung und Stigmatisierung, sondern weist in Richtung freiwilliger Verantwortungsübernahme und Integration. Die Wiedergutmachung ist ein probates Mittel der autonomen Wiederherstellung des Rechtsfriedens nach einer Straftat. Das Strafrecht reiht sich in die Mediationsbewegung ein.²²

((16)) In sozialpsychologischer Sicht ist es entscheidend, den strafrechtlichen Fokus auf die Tat zu richten. Ganz im Sinne des insoweit eindeutigen Strafurteils geht es um ein klares "Nein" zur menschenrechtswidrigen Tat, nicht um die Beschädigung der Integrität des verurteilten Menschen. Die Botschaft lautet: Wir beschäftigen uns mit deinem Fehlverhalten, weil du zu uns gehörst: integrierendes Sanktionieren, das die Differenz zwischen Tat und Person hervorhebt.²³ Dies führt zu dem zivilen Strafrechtsmodus der Verantwortungsübernahme vor der Auferlegung der Strafe.

((17)) Dennoch ist das Strafrecht kein Institut der Weltverbesserung – darin sind wir uns sicher einig – sondern eher ein Instrument der Revolte. Es kann nicht verhindern, dass in dieser Welt Opfer gemartert werden, aber es kann die Zahl der Gemarterten verringern, indem es den Kreislauf der Gewalt mit einem mächtigen Schlusspunkt unterbricht und damit erst den Raum für konstruktive Konfliktregelungsprozesse schafft.

Anmerkungen

1 Lukas 6, 29. Die Abkehr vom Prinzip "Mehr von demselben" (Watzlawick 1983: 27 ff.) wird auch sonst vor allem in theologischen (Denkschrift der Evangelischen Kirche "Strafe: Tor zur Versöhnung 1990) und psychologischen Stellungnahmen nahegelegt. Die juristische Argumentation folgt dagegen eher Volkes Stimme in der Fassung von Binding 1916: 284, wonach Strafe immer eine Wunde beim Täter schlagen müsse.

2 Rössner 1990: 7 ff.; Rössner 1998: 880.

3 Adorno 1973, der entsprechende Einstellungen beim autoritären Charakter findet.

4 Kohlberg 1974; Piaget 1954: 354 ff. Autonome Moral beinhaltet die Elemente der Achtung und Gegenseitigkeit und zielt auf Ausgleich.

5 Nach Goffmann 1971: 113 teilt sich das Individuum in zwei Teile, "in den Teil, der das Verbrechen begangen hat, und jenen anderen, der sich daran distanzieren und die Norm selbst bekräftigt". Diese Möglichkeit der Selbstregelung wird häufig übersehen.

6 Rössner 1999: 209 f.

7 Popitz 1980 mit der überzeugenden Darstellung normativer Grundstrukturen von Gesellschaft.

8 Popitz 1980: 28.

9 Rawls 1975: 23, 346, 620.

10 Popitz 1980, 49 f.

11 Schmidhäuser 1971: 47 f.

12 Luhmann 1987: 106 ff.

13 Zur Bedeutung der Formalisierung und damit Kanalisierung der Emotionen vor allem bei Gewaltdelikten s. Rössner 1987: 171 ff.

14 Insoweit ganz klassisch Jescheck/Weigend 1996: 63 ff., wo sich die von Scheerer genannten Stereotypen tatsächlich finden.

15 Insoweit vorbildlich Kaiser 1972.

16 Unter diesem Aspekt greift die Diskussion um "Strafzwecke" einerseits bezogen auf das Strafrecht viel zu kurz, weil die spezifische Funktion des formalisierten Verfahrens nicht beachtet wird, und zum anderen viel zu weit, weil die Diskussion um negative Verstärkung in Form von Strafe das gesamte System sozialer Kontrolle erfasst. Man sollte deshalb die Diskussion unter dem Begriff "Strafrechtzwecke" weiterführen.

17 S. auch Baumann u. a. 1992: 24.

18 S. im einzelnen Rössner 1999: 128 ff.

19 Girard 1988 zeigt den kulturanthropologischen Hintergrund dieses wichtigen Schritts auf dem Weg der Zivilisation auf: Die ursprüngliche Angst der Menschen vor dem Kreislauf der Gewalt nach einer Gewalttat ließ sie auf die Idee des Menschenopfers kommen, um durch das Opfer des neutralen Dritten die einfache Kettenreaktion zum Stoppen zu bringen. Der Opferritus zur Isolierung und Mäßigung der Gewalt kann nach Girard äquivalent funktional nur durch eine unabhängige (neutrale) sowie gegenmächtige und zwingende Justiz abgelöst werden. So gesehen ist die Monopolisierung der Gewalt eine zentrale Aufgabe des Strafrechts. Sie wendet sich unmittelbar und isolierend im Verantwortungsdialog an den Täter und schützt das Opfer.

20 Hassemer 1990: 331 f. mit überzeugenden Argumenten.

21 Rössner 1992: 269 ff.

22 Dölling u. a. 1998; Rössner 2000: 105 ff. Ganz besonders deutlich lässt sich die Notwendigkeit des "Doppeleinsatzes" von strafrechtlichem Zwang und von Mediation bei dem viel erörterten Problem der Gewalt in Paarbeziehungen zeigen. Dem körperlich Stärkeren sind (strafrechtliche) Grenzen zu setzen – die Gewalt zu isolieren – ehe konstruktive Prozesse überhaupt erst möglich werden, wenn sie von beiden Partnern gewünscht werden. Siehe dazu ausführlich Bannenberg/Weitekamp/Rössner/Kerner 1999.

23 Bazemore/Walgrave 1999; Braithwaite 1989.

Literatur

Adorno, Th. (1973). Studien zum autoritären Charakter. Frankfurt: Suhrkamp.

Bannenberg, B./Weitekamp, E./Rössner, D./Kerner, H.-J. (1999). Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen. Baden-Baden: Nomos.

Baumann, J. u. a. (1992). Alternativentwurf Wiedergutmachung (AE-WGM). Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer. München, Berlin.

Bazemore, G./Walgrave, L. (1999). Restorative Juvenile Justice. London.

Binding, K. (1916). Die Normen und ihre Übertretung. 3. Aufl., Leipzig.

Braithwaite, J. (1989). Crime, Shame and Reintegration. Cambridge: University Press.

Denkschrift der Evangelischen Kirche Deutschlands (1990). Strafe – Tor zur Versöhnung? Gütersloh: Mohn.

Girard, R. (1988). Das Heilige und die Gewalt. Zürich u. a.: Benziger.

Goffmann, E. (1971). Relations in Public. New York: Basic Books.

Jeschek, H. H./Weigend, Th. (1996). Strafrecht AT. 5. Aufl., Berlin: Duncker u. Humblot.

Kaiser, G. (1972). Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle. Frankfurt.

Kohlberg, L. (1974). Zur kognitiven Entwicklung des Kindes. Frankfurt: Suhrkamp.

Luhmann, N. (1987). Rechtssoziologie. 3. Aufl. Opladen.

Piaget, J. (1954). Das moralische Urteil beim Kinde. Zürich.

Popitz, H. (1980). Die normative Konstruktion von Gesellschaft. Tübingen: Mohr.

Rawls, J. (1975). Eine Theorie der Gerechtigkeit. Frankfurt: Suhrkamp.

Rössner, D. (1987). Formalisierte Emotionsverarbeitung durch Strafrecht, in Schumann, R./Stimmer, F. (Hrsg.): Soziologie der Gefühle. München: 171-185.

Rössner, D. (1990). Historische Aspekte des Opferschutzes und opferorientierte Sanktionen, in Schädler, W./Baurmann, M./Sievering, U. (Hrsg.): Hilfe für Kriminalitätsoffer als internationale Bewegung. Bonn: Forum: 7-30.

Rössner, D. (1992). Autonomie und Zwang im System der Strafrechtsfolgen, in Festschrift für J. Baumann zum 70. Geburtstag. Bielefeld: Giesecking: 269-284.

Rössner, D. (1998). Die Universalität des Wiedergutmachungsgedankens im Strafrecht, in Festschrift für H. J. Schneider zum 70. Geburtstag, Berlin u. a.: de Gruyter: 877-895.

Rössner, D. (1999). Kriminalrecht als unverzichtbare Kontrollinstitution, in Höffe, O.: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Frankfurt: Suhrkamp: 121-139.

Rössner, D. (2000). Mediation als Element der strafrechtlichen Sozialkontrolle, in Schünemann, B./Dubber, D. (Hrsg.): Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, Köln u. a.: Heymanns: 105-116.

Schmidhäuser, E. (1971). Vom Sinn der Strafe. 2. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck.

Watzlawick, P. (1983). Anleitung zum Unglücklichsein. München: Piper.

Adresse

Prof. Dr. Dieter Rössner, Universität Marburg, Institut für Kriminalwissenschaften, Universitätsstraße 6, D-35032 Marburg

Aufruf zu intellektueller Redlichkeit

Eberhard Schmidhäuser

I.

((1)) Die Begriffe von Strafe und Rache werden von Scheerer zutreffend kategorial gleichgestellt: ein „Leidensübel“ wird aufgrund eines „Handlungsübels“ zugefügt ((17)); d.h. beide sind: Vergeltung. Doch Scheerer nennt nicht diesen Oberbegriff, sondern spricht von „Verwandtschaft“ ((17)). Das Übelszufügen geht nach Scheerer bei der Strafe - nicht bei der Rache - von oben nach unten; die Strafe setze ein Milieu der Ungleichheit im Gegensatz zu einer Gesellschaft von Gleichen voraus ((18)). Dem ist aber nicht so: Wenn wir an ein modernes demokratisches staatliches Gemeinwesen denken, ist es lediglich dies, daß unter den Gleichen einige befugt sind, als staatliche Organe nunmehr „von oben“ zu handeln, also die dem Recht „Unter“-worfenen zu strafen. Aber sie selbst sind ebenso Rechts-Unterworfenen; so kann z.B. auch ein Straf-

richter wegen aller allgemein begehbarer Delikte bestraft werden, außerdem u.a. sogar noch wegen Rechtsbeugung. - Im übrigen kann von Strafe m.E. nur in einem der jeweiligen kulturellen Lage entsprechenden überindividuellen Bedeutungszusammenhang gesprochen werden (i.S. einer in dieser Weise vertretbaren Reaktion, - ohne daß damit schon die Frage nach speziellem Sinn oder Zweck des Strafens beantwortet wäre). Die Rache dagegen ist dem heutigen Begriffe nach (auch wenn sie im Einzelfall als Strafe bezeichnet wird) in individuellen Interessen befangen und befriedigt jeweils nur ein subjektives Vergeltungsbedürfnis.

((2)) Das seit je ethisch Beunruhigende an der Strafe ist, daß sie, die absichtlich ein Übel zufügt ((4,Nr.1)), nicht nur der christlichen Ethik ((4,Nr.5)), sondern überhaupt dem mitmenschlichen Solidaritätsgebot widerspricht, und daß wir sie gleichwohl einsetzen. Soll dies erlaubt sein, so muß die Übelszufügung gerechtfertigt sein, und das heißt für jede Wertanalyse: daß im Strafen dem ethischen Unwert der Übelszufügung dem Range nach ein Wert vorgehen muß. Insofern ist Strafe immer problematisch - und nicht erst, „wenn die Gewaltverhältnisse selbst zum Problem werden“ ((10)).

II.

((3)) Scheerers Grundgedanke ist in der Zusammenfassung ((vor 1)) deutlich aufgezeigt. Er sieht die Strafe als ein Mittel der Verhaltenssteuerung und meint, was sie versuche, lasse sich auch anders und besser erreichen; geboten sei „ihre Ersetzung durch Besseres“. Ihm ist das staatliche Strafen der Gegenwart ein nur durch Tradition bedingtes Übel: „Gäbe es die Strafe nicht, würde man heute wohl gar nicht erst auf den Gedanken verfallen, ausgerechnet sie zur Verhaltenssteuerung einzusetzen.“ ((30)) Sie sei „kein Kulturerbe der Menschheit“ ((12 ff)), d.h. die vielfach behauptete „Universalität der Kriminalstrafe“ sei „nur ein Mythos“ ((15)); in der längsten Zeit der Menschheitsgeschichte seien herrschaftsfreie Gesellschaften ohne Kriminalstrafe ausgekommen. ((15))

((4)) Diese Hinweise machen deutlich, daß Tradition - und sei sie auch ganz jung - unser Strafen nicht ethisch begründen kann. Vielmehr muß es als unser eigenes gegenwärtiges Handeln immer neu verantwortet werden und in diesem Sinne gerechtfertigt sein. Aber im übrigen gehen diese Einwendungen an unserer Lage vorbei. Wir können uns zwar beliebig sehnsuchtsvoll in frühere Zeiten träumen und uns in andere Kulturen versetzt wünschen und bleiben doch an unsere Gegenwart und an gewisse Vorgegebenheiten unserer Kultur gebunden. Daß unser heutiges, innereuropäisches staatliches Gemeinwesen wesentlich auf dem Einsatz der Kriminalstrafe beruht, läßt sich nicht mit dem Hinweis auf die Zeiten vor dieser Entwicklung ((14)) bestreiten. Und auch der Blick auf die Barotse ((63)) hilft da nicht weiter, leben wir doch nicht im Sambesiland, sondern in Mitteleuropa und halten derzeit an dessen kulturellem Gesamtgefüge fest - mit all den Vorteilen, die damit verbunden sind, aber auch mit deren Lasten und Belastungen. Was in unserem Lebensraum früher war und was anderswo heute ist, kann nicht - wie eine neue Feder in eine Uhr - als Teil in das Ganze unserer Kultur reparierend eingefügt werden. Scheerers Vorstellungen gehen insoweit fehl.

III.

((5)) Die gängigen Straftheorien werden von Scheerer richtig als Versuche verstanden, das gegebene Strafen als gerechtfertigt darzutun ((5 ff)) (mag dies auch nicht immer ausdrücklich von den Theorien so behauptet werden). Hier erfaßt er die sonst sog. absoluten Theorien als „transzendente“ ((7)) und lehnt sie zu Recht für unsere Gegenwart ab. M.E. postulieren sie den Strafvorgang als eine Kulthandlung (in der vor allem erlebte Gerechtigkeit oder eine durch Sühneleistung herbeigeführte Versöhnung gefeiert werden); es fehlt in unserer Gegenwart an der hierfür vorauszusetzenden geschlossenen Gesellschaft und deren besonderer, einzelne Werte ergreifende Glaubenshaltung.

((6)) Bei den verbleibenden relativen Straftheorien stößt Scheerer in zu Recht ablehnender Kritik ((22)) auf die neuen „Vagheiten, die vor allem in der Popularität und Unbestimmtheit des Ausdrucks Vereinigungstheorie zum Ausdruck kommen“; er spricht richtig von „diesem Fenster der Beliebigkeit“ ((23)). Zum Gedanken der Generalprävention konzediert er zwar, daß die Strafe „nicht schlichtweg ungeeignet zur Abschreckung“ sei ((26)), er nimmt aber dann doch die „übliche Strafrechtskritik“ auf, „die von der mageren Resozialisierungs- und unsicheren Abschreckungsquote“ ausgeht ((31)), und folgt im Zwischenschritt zu weiteren Folgerungen einer in den letzten Jahren in der Strafrechtslehre Mode gewordenen Meinung, daß der „wichtigste Punkt“ „in der expressiven Funktion der Strafe“ liege ((31)). Wenn es einen Zweck der Strafe gebe, der ihre Existenz rechtfertige, dann sei das „die symbolische, expressive Markierung moralischer Grenzen“. Eine solche Aufgabe werde der Strafe „mit der Zielbestimmung der positiven Generalprävention zugeschrieben“. Ihre „Hauptaufgabe“ liege „in der Darstellung von Handlungsbewertungen, nicht in der Herstellung von Verhaltensänderungen“. ((34))

((7)) Es ist hier nicht der Platz, zu belegen, welche Wege zu dieser Akzentverlagerung in den Straftheorien der letzten Jahre geführt haben. Es sei nur angedeutet, daß vor etwa vier Jahrzehnten kaum jemand wagte, die Generalprävention als Strafzweck zu nennen, da die Erfahrungen der Nazi-Zeit (wo dieser Zweck mit unerbittlicher Härte verbunden wurde) noch zu nahe lagen und da die idealistische Sicht (wonach niemand zum Zwecke für andere gebraucht werden dürfe) vor allem im Sinne der Gerechtigkeitstheorie (meist sog. „Vergeltungstheorie“) die Realitäten (deren Erkenntnis nun einmal nötig ist) verdeckte. Schließlich dominierte weithin die Spezialpräventionstheorie, bis deren Übergewicht in dem Sammeltopf der Vereinigungstheorien unterging. Doch deren Fragwürdigkeiten konnten zurücktreten, als für die Generalprävention ein Moment - das längst zuvor schon mitbetont worden war - mit eigenem Etikett ausgestattet wurde: das „Negative“ der Abschreckung wurde zurückgesetzt hinter das „Positive“ einer Normdemonstration durch „Handlungsbewertung“ - wie sie Scheerer insoweit zutreffend charakterisiert. ((34))

((8)) Das führt schließlich dazu, daß die zuvor als abschreckend gedachte Übelzufügung kaum mehr erwähnt wird und fast nur noch die „expressive Funktion“ ((39)) übrig bleibt. Doch wenn es so sehr (fast) nur auf diese Expression ankäme, dann wäre zu fragen, wozu es eigentlich noch der Übelzu-

fügung bedürfe, d.h. ob man sich nicht mit der „Expression“ begnügen könne, ja müsse. Wir brauchen nur auf andere Vorgänge unseres Soziallebens zu blicken, um zu erfassen, was an Orientierung der Gesellschaft über Erwünschtes und Unerwünschtes möglich ist: durch die immer neu als wirkungsvoll belegte Reklame von Produkten aller Art, durch die Warnung vor Unwettern oder vor vergifteten Lebensmitteln in Radio und Fernsehen, durch den Rückruf von Kraftfahrzeugen wegen gefährlicher Mängel usw. Könnte man da nicht die Expressivität der Handlungsbewertung nach begangenen Verbrechen und die gewünschte Stärkung des Vertrauens der Mitmenschen in die Rechtsordnung dadurch erreichen, daß man in entsprechenden Verlautbarungen auf das Unerträgliche gewisser begangener Untaten hinwiese? Ließe sich nicht etwa schon auf diese Weise eine gemeinsame Einstellung herbeiführen, die viele Menschen zu dem Entschluß brächte, solche Untaten nicht zu begehen?

IV.

((9)) Die aktuelle Strafrechtstheorie ist weithin so erfreut, nicht mehr von dem Unguten der Übelzufügung reden zu müssen, daß sie das Fragwürdige des Festhaltens an dem Strafübel geradezu überspielt. Um so deutlicher meint Scheerer - insoweit die sachlich gebotene Frage voraussetzend -, es sei auf Strafe überhaupt zu verzichten. Strafe sei nicht die ultima ratio ((41)), es gebe Alternativen ((42)) - wobei sich für Scheerer als Ziel dieser Alternativen - wenn ich recht sehe - wohl die Normvalidierung abzeichnet. ((47)) Es gelte, an die Stelle der Prinzipien eines autoritären Etatismus die einer Zivilgesellschaft zu setzen ((47)). Die sich wiederholenden Beteuerungen kulminieren in Forderungen wie der nach „einer Revision der institutionellen Konfiguration“, „die sich mit der Reaktion auf Unrecht befaßt“ ((54)), was bedeute: „eine Reduktion der Rolle des Staates in Richtung auf eine Garantiemacht für die Einhaltung von Verfahrensprinzipien bei gleichzeitiger Öffnung in Richtung auf die verstärkte Anerkennung originär zivilgesellschaftlicher Konfliktregelungskulturen und -kompetenzen“ (- ein Satz, aus dem eine Übertragung ins Englische wohl 3 bis 4 Sätze machen müßte).

((10)) Also: keine Strafe, aber Normvalidierung, d.h. Expression ohne Übelzufügung. Wie dies? Scheerer macht hierzu Vorschläge, und zwar in vorderster Linie durch den Hinweis auf Entwicklungen in jüngerer Vergangenheit, die nach seiner Ansicht in die Zukunft weisen. So lautet der Schlußsatz seiner Kritik: „Wie die Abschaffung der Todesstrafe und der pädagogischen Strafe wird die Abschaffung der Kriminalstrafe einem Wertwandel entsprechen, eine Entscheidung erfordern und uns letztlich mit Stolz erfüllen.“ ((65)) Ja - aber: die Todesstrafe ist ja durch eine andere schwere Strafe ersetzt worden (nämlich durch die lebenslange Freiheitsstrafe und nicht durch die von 25 Jahren, für die als Höchststrafe ich schon längst eintrete - Strafrecht Allg. Teil. 2. Aufl., 1975, Rn 20/5; Jur. Rundschau 1978, S. 265). - Und die pädagogische Strafe läßt sich mit der Kriminalstrafe ernstlich nicht vergleichen, betrifft sie doch ein ganz persönliches Näheverhältnis, das den Erzieher mit dem zu Erziehenden - und zwar über einen einzelnen Anlaß hinaus - verbindet, wogegen die Kriminalstrafe insoweit aus dem Zufallsverhältnis hervorgeht, das beliebige

Leute, die amtlich die Strafverfolgung betreiben, und ebenso beliebige Leute, die einer Straftat beschuldigt werden, zusammenführt. Überdies ist es höchst fraglich, ob Erziehung wirklich ohne Strafe auskommt. Zwar mag dies z.Z. die Meinung gewisser Pädagogen sein; aber die Gegenstimmen sind schon zu vernehmen, und wie man in zwei Jahrzehnten darüber denken wird, ist noch ganz offen. Die Notwendigkeit der Strafe in der Erziehung erkennen, heißt freilich nicht: die Prügelstrafe bejahen, - und insoweit ist es durchaus unsachlich, wenn Scheerer hier sogleich die Rohrstockstrafe anspricht. ((2))

((11)) Aber abgesehen von diesen fragwürdigen Prognosen: Scheerer betont schon für die Gegenwart die Überflüssigkeit der Kriminalstrafe, auch mit dem Hinweis auf „die Dichte des gesellschaftlichen Raumes“ ((62)), die allein schon dem Chaos entgegenstehe. Der Löwenanteil krimineller Delikte verbleibe „im Dunkelfeld, ohne die soziale Ordnung in ihren Grundfesten zu erschüttern.“ Ja - so ist es. Aber wie lägen die Dinge ohne das staatliche Strafen? Da können wir uns nichts vormachen: dann läge der Löwenanteil und noch mehr als er im Hellen, die Untaten würden offen begangen, der Umweltsünder könnte seinen Unrat abladen, wo er will, der Geldfälscher ungehemmt neue Scheine produzieren, der sog. Kinderschänder offen seinen Lüsten nachgehen, der die sexuelle Machtausübung Suchende beliebige Frauen vergewaltigen, der Hooligan noch frecher seinen „Kick“ genießen usw. usw., wenn sich aus dem Umfeld keine abwehrende Bereitschaft fände, und sie wieder müßte sich mit der Gewalt der Aggressoren befassen, und schließlich siegte das „Recht“ des Stärkeren! Wie klärend wäre es für unser Gespräch über Strafe, wenn Phantasie und Menschheitserfahrung hier ernsthaft eingebracht würden, - eine Phantasie, deren Mangel Scheerer an anderer Stelle bedauert und die aufgrund der alltäglichen Erfahrung (z.B. schon der mit der Wirkung einer angekündigten Radarkontrolle auf der Autobahn) nicht viel zu leisten hat. Und wenn Scheerer dem „Ausgleichsinteresse des Opfers“ den Vorrang geben möchte vor dem (schlecht sog.) „Strafanspruch“ des Staates ((59)), so klingt das, als lasse sich dadurch das Strafen erübrigen. Aber selbst wenn die Befriedigung des Opferinteresses einmal gelingen sollte, dann doch meist nur, weil der Täter ohne sein Mitmachen mit Strafe rechnen müßte.

V.

((12)) Es fehlt in den Argumenten Scheerers weithin an der Entschlossenheit, die Dinge ein Stück weiter und zu Ende zu denken, so voraussetzungslos, wie er es tun wollte ((11)). Das gilt sogar für beiläufige Bemerkungen wie die über das Skandalon ((4, Nr.4)), daß die Mehrheit der Bestraften beschädigte Biographien aufwiese, „daß der Staat also mit der Strafe gegen den Verbrecher nachholt, was er für ihn zu tun versäumt“ hat. Das läßt sich so schön formulieren. Aber welche Versäumnisse meint Scheerer? Soll denn „der Staat“ den Eltern abnehmen, deren Kinder zur Rücksicht auf die Mitmenschen, auch auf die Mitkinder zu erziehen? Soll „der Staat“ nur die pädagogisch fähigen und willigen Personen zu Lehrern nehmen, die eine Schulklasse gut zu fördern vermögen - und woher sie nehmen? Soll „der Staat“ den üblen Vorbildern in der Gesellschaft Gegenbilder entgegenstellen, die wegführen von all der Geldgier, Genuß- und Machtucht und hin zu

einer gewissen Genügsamkeit? Soll „der Staat“ dirigistisch Arbeit verteilen, um den Langeweileverbrechen vorzubeugen? - Und wo sind die beschädigten Biographien unter den Ärzten und Apothekern, die Millionenbeträge zum Nachteil der Kassen ergaunern, - unter den Baubehördenbeamten, die sich der Bestechungsgelder erfreuen? Warum stehen so viele dümmere Leute vor Gericht als jene klügeren, die raffiniert den Verdacht zu verhindern wußten? Warum begehen Juristen entsprechende Verbrechen möglichst nur dann, wenn sie davon ausgehen, daß ihnen allenfalls Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann (die übrigens - anders ((36)) - oft auch strafbar ist)?

((13)) Eine Reihe unhaltbarer Punkte in der Argumentation Scheerers ist damit angedeutet. Nicht zu übergehen ist jedoch noch sein empfehlender Hinweis auf die Vorgehensweise eines Parlamentarischen Untersuchungsausschusses ((65)). Was dort bei denen, die von solchen Verfahren betroffen werden können, dem Verbrechen vorbeugen kann als „Validierung der Norm und klare Aussagen über die Schuld und Verantwortung“, wird freilich kaum vorbeugen können gegenüber denen, die sich z.B. durch Kinderpornographie, Geldfälschung, Umweltdelikte und mafiose Großbetrügereien bereichern oder die sich als (gar aus dem Ausland auftauchende) Einbrecherbande Beute versprechen. Es wundert mich, wie eng der verbrecherische Horizont ist, den Scheerer ins Auge faßt - manchmal scheint er versucht gewesen zu sein, nur kleinere Handgreiflichkeiten mit klaren Täter-Opfer-Beziehungen in den Blick zu nehmen.

VI.

((14)) Wenn ich so auf Scheerers „Kritik“ mehrmals mit einem Ja-Aber, auch mit einem So-gewiß-nicht antworte, dann muß ich ihm doch einräumen, daß er durch manche sachwidrige Äußerung aus der Strafrechtswissenschaft zu fehlsamer Sicht verleitet worden ist. Schon die schönrednerischen Sätze Radbruchs vom „Besseren als Strafrecht“ ((10)) führen in die Irre: als müsse dann nicht das „Besserungs- und Bewahrungsrecht“ die Aufgabe der Abschreckung übernehmen (was u.a. Experimente der kalifornischen Strafjustiz vor wenigen Jahrzehnten deutlich genug gemacht haben). Und das zeitgeistige Über-Betonen der sog. positiven Generalprävention ist m.E. nur ein Beweis für das Fehlen der Bereitschaft, das kriminelle Geschehen in unserem modernen, noch dazu „multikulturellen“ staatlichen Gemeinwesen unbefangen wahrzunehmen. Die weithin zu beobachtende Realitätsferne unserer Strafrechtswissenschaft ist kaum zu erklären. Wenn gar gesagt wurde, jedes begangene Verbrechen beweise, daß die Generalprävention (gemeint: die abschreckende) nicht funktioniere, dann kann man über die Gedankenleere dieser Äußerung nur erschrecken - als sei Prävention nur gegeben, wenn gar keine Untat mehr begangen würde. Aber offenbar wird die Alltagserfahrung, daß viele Untaten nur aufgrund der Strafdrohung nicht begangen werden, aus solcher „Wissenschaft“ verdrängt, weil hierüber keine Statistik geführt werden kann.

((15)) Intellektuelle Redlichkeit ist allenthalben gefordert. Wir müssen anerkennen, daß wir in einem staatlichen Gemeinwesen unserer Zeit und Kultur, das wir als eine Friedensordnung

begreifen, nicht ohne die Strafe auskommen, die den überführten Tätern strafwürdiger Untaten (und oft auch ihren Familien) ein oft schweres Opfer auferlegt. Wir dürfen nichts beschönigen. Wir müssen zugeben, daß die Strafe dem bestraften Täter gegenüber keinem sittlichen Wert entspricht und insoweit sinnlos ist. Sittlichen Wert kann Strafe nur mittelbar haben, und zwar soweit wir dem einigermaßen gedeihlichen, staatlich geordneten Zusammenleben unter Mitmenschen den werthafteren Vorrang vor dem Einzelschicksal einräumen müssen. Soweit hier von Rechtsfrieden gesprochen werden kann, kommt er auch dem Bestraften selbst zugute. Dabei muß die Strafe wahrlich der ultima ratio entsprechen. Sie muß so maßvoll sein „wie möglich“ (und etwa im Strafvollzug für den Bestraften so förderlich ausgestaltet sein wie möglich). Aber da sind auch Folgezwänge: wenn wir schon strafen, dann ist u.a. relative Gerechtigkeit gefordert (Mord ist schwerer zu bestrafen als z.B. Betrug). Keinesfalls aber dürfen wir uns vormachen, in unserer gegenwärtigen Kultur ohne dieses immer fragwürdige staatliche Strafen auskommen zu können.

Ein Wort des Dankes

für das Gespräch mit Mathias Zintler sei hier angefügt.

Adresse

Prof. Dr. Eberhard Schmidhäuser, Schulteßdamm 40, D-22391 Hamburg

Zurück

zum primitivsten, bewaffneten Faustrecht der Altväter

Hannelore Schröder

„Es ist rechtmäßig, Macht über jedes Mitglied einer zivilisierten Gemeinschaft gegen dessen Willen auszuüben, um die Schädigung anderer Mitglieder zu verhindern. Wenn irgendein Mann eine schädliche Tat gegen Frauen begeht, so ist das ein Fall von prima facie, um ihn zu strafen, kraft Gesetz ...und allgemeiner Mißbilligung.“
John Stuart Mill, *Über Freiheit*, 1859.

Millionen Gewaltverbrecher gegen Mädchen und Frauen - kein Mann sieht hin

((1)) Herr Scheerer jubelt, daß „der Löwenanteil krimineller Delikte im *Dunkelfeld* bleibt“, Straftäter „millionenfach“ nicht verfolgt werden (62): die straffreien Gewalttäter sind *Männer*, sein Geschlecht, seine Partei. Für diese Verbrecher und die wenigen verurteilten will er noch „etwas Besseres“, Abschaffung der Strafgesetze und Gefängnisse: völlig freie Bahn für das Geschlecht der Gewalttäter! - Ihre schuldlosen Opfer, *Millionen* personal abhängige, körperlich schwächere, unbewaffnete Mädchen und Frauen, alte, invalide Frauen - da sieht Scheerer, da sieht kein Mann hin! Denn das *älteste allgemeine Gewaltverhältnis*, sein herrschendes Geschlecht über die weibliche Bevölkerung, ist politisch-totalitäres System: das „löst sich nicht auf“, denn die Herren-Klasse regiert mit

Terror, Vergewaltigungen, Foltern, Mord und Totschlag über Mädchen und Frauen, verbreitet Angst, Entsetzen, Grauen, Demoralisierung und Lähmung. Die Herren-Strafrechtler sind fürchterlichster Bestandteil dieses Regimes, seine Schreibtisch-Täter. - Seit Jahrzehnten betreiben die Linken, *ganz Oben*, noch mehr „Begünstigung gewalttätiger Männer“²⁾; sie wollen die *skandalöse Privilegierung* ihres Geschlechts *grenzenlos* ausdehnen zu Lasten *grenzenlos entrechteter*, schutzloser weiblicher Opfer, *ganz Unten*.

((2)) Da „die ‚strafrechtliche Nichteinmischung‘ in den privaten Bereich ... Männer vor strafrechtlicher Verfolgung schützt“³⁾, begehnen sie millionenfache Gewaltverbrechen an *ihren* Frauen und Töchtern! Diese Politik der Nichteinmischung liefert die weibliche Bevölkerung der „privaten“ *Willkür der Herren* auf Gnade und Ungnade aus: *das BRD-Regime* verweigert weiblichen Menschen gesetzlichen Schutz, *schändet also systematisch ihre elementarsten Menschenrechte!* - Dazu die Herren-Moral: „Mit *unseren* Frauen und Töchtern können *wir* machen, *was wir wollen*.“

((3)) Millionen Männer exekutieren die *Prügelstrafe an ihren Frauen*, schlagen sie mit Gürteln, Knüppeln, Stuhlbeinen, Hämmern, Eisenstangen, brechen ihre Knochen, schlagen ihnen Zähne aus, stechen sie mit Messern, foltern sie mit brennenden Zigaretten und zerbrochenen Flaschen jahrelang - *bis sie viele totgeschlagen* haben. *Weil völlig strafflos*, entladen sie ihre „blinde Wut ... auf Frauen“⁴⁾. Hier herrscht primitivstes, *brutalstes Faustrecht*: *Zwei Millionen schuldlose Frauen* sind Jahr um Jahr Opfer dieser Frauenhasser!

((4)) Mindestens 75.000 Männer „aus der Verwandtschaft oder Bekanntschaft“ vergewaltigen *ihre* Frauen; insgesamt handelt es sich um *mindestens 100.000 Vergewaltiger - 100.000 Opfer*, Jahr für Jahr! (Christian Pfeifer, Kriminologisches Forschungsinstitut, 1997) - Mann hat sich ja *bis heute*, Strafrechtler an vorderster Front, *sein* Vergewaltiger-Privileg *in* der Ehe mit *aller Macht* gesichert: Vergewaltigung ist *das* Grundrecht der Eheherren! - Und *außerhalb* hat man *seine* Vergewaltigungen zu - kaum noch bzw. sehr milde bestrafen - Bagatell-Delikten minimalisiert.

((5)) Millionen Männer kaufen sich - straffrei - *menschliche Ware*, junge Mädchen und Frauen als *Objekte* zu sexuellem Gebrauch, sadistischer Erniedrigung und Folter. Das gilt als ganz legaler „Markt“ unter der Patronage *ihres* Staates, der, oberster Zuhälter, aus *dieser Verwertung von Menschen* auch noch Steuern bezieht. Gewalt, Armut, Ausweglosigkeit und Demoralisierung machen Frauen zu leichter Beute: mindestens *250.000 Prostituierte*. - Sklaverei ist abgeschafft, Menschen-Kauf und -Verkauf ist *verboten*; da Frauen *Menschen* sind, müssen Frauen-Käufer und -Verkäufer endlich mittels Strafgesetz verfolgt, schwer bestraft werden. In Schweden ist endlich der Weg zur *Abolition* der Sexualsklaverei⁴⁾ beschritten.

((6)) In der BRD hingegen hat man die *Entkriminalisierung* der Zuhälter praktisch längst durchgeführt; für die Frauen-Verkäufer, -Schinder und -Auspresser nun noch „etwas Besseres“, völlige Straffreiheit! - So pervertiert man schwerkriminelle Zuhälter/Bordell-Herren zu unschuldigen Bürgern!

((7)) "Allein in der Europäischen Union werden jährlich mehr als 500.000 Frauen" von organisierten Menschenhändlern verschleppt, "mit dem Ziel der sexuellen Ausbeutung" in Bordellen, in der Vergnügungs- und Pornographie-Industrie (Frauen Europas, Brüssel, Info no 67). Die politischen Herren der BRD, ihr herrlicher Justiz-Apparat hat "keinen Handlungsbedarf", bietet den Menschenhändlern aller Länder vielmehr freien Markt für Import und Export "frischen Menschenmaterials" zur Verheerung durch Frauen-Käufer und -Verkäufer. Der Handel mit weiblichen Menschen ist praktisch straffrei!

((8)) Strafrechtler *privilegieren* sogar Inzest-Verbrecher, die völlig wehrlose Mädchen (unter 14 Jahren), selbst Kleinkinder vergewaltigen, sexuell foltern: die völlige Legalisierung der Pornographie, die Propaganda von Freudianern ("Aufhebung des Inzest-Tabus"), die Sade'sche Herrenmoral haben immer mehr Täter dazu aufgefordert, sich an immer schwächeren, hilfloseren Opfern zu vergehen. Diese barbarischen *Verbrechen an Kindern* sind eine Epidemie geworden, die Strafrechtler mit verbrochen haben!

((9)) Tägliche, millionenfache Männer-Angriffe auf die Menschenwürde weiblicher Menschen in Worten, Schriften und Bildern sind straffrei: *jedermann* kann zum *Haß gegen sie aufstacheln*, zu extremster *Gewalt und Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern*, sie *beschimpfen*, böswillig *verächtlich machen und verleumdern*. Paragr. 130 StGB wird nicht zum Schutz von Frauen angewendet: sie gelten nicht als Teil der Bevölkerung, nicht als Menschen, sondern als *Untermenschen ohne Würde*. Die männlichen Angreifer sind geschützt - nicht etwa die *Angegriffenen*, ihre "häuslichen Leibeigenen" (M. Horkheimer, *Autorität und Familie*, 1936).

((10)) Etwa 800 Frauen sind jedes Jahr schuldlose Opfer von Mördern und Totschlägern, Männern, die mit weit überlegener Körperkraft, bewaffnet mit Schuß- und anderen Waffen, mitunter in Horden (mehrere Täter gegen eine Frau) ihre Angriffe auf Leib und Leben ihrer Opfer mit *unsäglich* Grausamkeit exekutieren. Sie schreiten selbst - wieder - zu Frauen-Verbrennung bei lebendem Leibe³⁾. -

((11)) Aber ganz gleichgültig, welche blutigen Greuelthaten das Herren-Geschlecht an *beherrschten Frauen* begeht, die Herren-"Rechtsprechung breitet ihre schützende Hand ... über gewalttätige Männer", sorgt für "Verschonung" von Mördern⁶⁾, auch mehrfachen Frauenmördern, beschützt von Fachmännern, Freudianern, Psychiatern, alle durchdrungen von irrationaler Frauenhaß und -verachtung - und eigenem Herrenmenschen-Bewußtsein. Mit ihrer *Verbrecher-Privilegierung*, fortgesetzt im stets "humaneren" Strafvollzug, mit Urlaub und vorzeitiger Entlassung selbst für gefährlichste Wiederholungstäter, verleihen sie diesen *Freibriefe*, vergewaltigend und mordend auf noch *mehr schuldlose Opfer* loszugehen! Diese Herrenjustiz geht über Frauenleichen, betreibt "Femicide, the Politics of Women Killing", Diana Russell⁷⁾.

Mein ist die Rache - sprechen die Herren

((12)) Aus der Sicht von *Oben* sind nicht etwa die Gewalttäter, sondern ihre weiblichen Opfer kriminell. Hier muß Strafe

sein. Wehe, eine jahrelang terrorisierte, gequälte Frau greift endlich zur Selbstverteidigung, bringt den Haustyrannen um, dann *schlagen Strafrechtler ganz hart zu*, da *rächen* sie den "unschuldigen" Tyrannen mit *lebenslanger Gefängnisstrafe an seinem Opfer*. Denn Notwehr weiblicher Opfer ist ja kriminell! Herren-Norm ist, "daß Frauen ein Notwehrrecht gegen ihre gewalttätigen Ehemänner versagt wird"⁸⁾. *Doppelte Perversion* macht's möglich: *Notwehr weiblicher Opfer gilt als Schwerverbrechen, aber die Schwerverbrechen männlicher Täter als - straffreie - Privilegien-Ausübung!* Nur für das eigene, auserwählte Geschlecht gilt, daß "unverschuldete Notstandslage" zu Freispruch führt. Das *beherrschte* Geschlecht ist einfach nie im Notstand, hat nie ein Recht auf Notwehr: Denn der Gott- und Natur-gewollte, "demokratische" Platz der Frauen ist *unter ihren Herren!* Das ist "normales Frauenleben" - *kein* schwer beschädigtes, geschändetes, zerstörtes *Menschenleben!*

((13)) Scheerer, kein Mann sieht die *menschlichen Wracks* in den 330 überfüllten Frauenhäusern: das sind *Flüchtlingslager für politisch Verfolgte*, vertriebene, gefolterte Frauen. Kein Mann sieht die schier überwältigende Zahl der Frauen-Opfer *herrlicher* Straffreiheit in psychiatrischen Anstalten! Keiner sieht die körperlich und seelisch zerstörten ganz jungen Opfer der Inzest-Verbrecher in Mädchen-Häusern und Nothilfe-Stellen! Keiner sieht die völlig kaputt gemachten, verwüsteten Bordell-Sklavinnen! *Jedermann* müßte ja in den schier bodenlosen Abgrund seiner *eigenen Verbrechen* sehen. Nein, in Größenwahn und Grausamkeit, mit "schneidender Kälte" verfahren sie "gegen die als Dinge mißbrauchten Menschen", Untermenschen Frauen: "Je weniger Gefahr für den oben, desto ungestörter die Lust an der Qual, die ihm nun zu Dienst steht: erst an der ausweglosen Verzweiflung der Opfer wird Herrschaft zum Spaß" (M. Horkheimer, T. Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, 1947, Exkurs II). Den *Spaß à la Sade und Nietzsche* will Scheerer *nicht* verderben, also befürwortet er für die *Opfer* noch weit Schlimmeres: ihre totale Rechtlosigkeit, da er ihnen auch noch den minimalsten formalen Schutz von Gesetz und Justiz rauben will: das bedeutet barbarischen *Rückfall* in primitivstes *Faustrecht der Stärkeren und Bewaffneten*, in bluttriefendes *Unrecht* seines Geschlechts. - Mädchen und Frauen müssen sich schnellstens bewaffnen zwecks Selbstverteidigung, Notwehr und Rache angesichts der eskalierenden Willkür, Gesetzlosigkeit und Amoralität der losgelassenen Herrenmenschen, die längst im *illegalen* Besitz von Millionen Schußwaffen sind, Messer u. a. tödliche Waffen ungezählt.

Ein radikal neues Strafrecht - zum Schutz der Menschenrechte des weiblichen Volkes

((14)) Dringend, einzig vernünftig ist ein *radikal* neues Strafrecht, das die 3000-jährigen herrlichen Gewohnheitsrechte, die Gesetz- und Justiz-Willkür der Tyrannei der Väter über ihre leibeigenen Frauen und Mädchen endlich abschafft, um *Menschenrechte weiblicher Menschen*⁹⁾ zu schützen. Das muß von Überlebenden, von sachkundigen, unabhängigen, *parteilichen* Juristinnen, Kriminologinnen, Sozialwissenschaftlerinnen und Nothilfe-Praktikerinnen erarbeitet, von eben solchen Gesetzgeberinnen erkämpft und von Richterinnen, Staatsan-

wältinnen und Anwältinnen, Gutachterinnen, Kriminalpolitistinnen und Strafvollzieherinnen praktiziert werden: überall in egalitär-anteiliger Vertretung des weiblichen Volkes. Erst dann wird Rechtsstaatlichkeit beginnen.

Anmerkungen

- 1) Dagmar Oberlies: Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen, Pfaffenweiler 1995, p. 130 f.
- 2) ebenda, p. 81
- 3) ebenda, p. 68
- 4) Kathleen Barry: Female Sexual Slavery. 1979; Dt. Sexuelle Versklavung von Frauen. Berlin 1983
- 5) 1993 fand in Bremen eine öffentliche Frauen-Verbrennung statt; das Opfer starb, der bewaffnete Mörder entkam (FAZ, 3. 8. 1993, p. 7). Ein Türke setzte seine Frau und Kinder in Brand. Im Land des Hexenwahns ist selbst Verbrennung bei lebendem Frauenleibe "normal".
- 6) Oberlies, p. 195
- 7) Diana E. H. Russell, Jill Radford, Ed.: FEMICIDE. The Politics of Women Killing. Buckingham 1992; Diana E. H. Russell: Femicide in Global Perspective. Berkeley (im Druck)
- 8) Oberlies, p. 51
- 9) Hannelore Schröder: Menschenrechte für weibliche Menschen. Zur Kritik patriarchaler Unvernunft. Aachen 2000; dies.: Olympe de Gouges. Mensch und Bürgerin. "Die Rechte der Frau" (1791). Aachen 1995

Adresse

Dr. Hannelore Schröder, PSCW, Universiteit van Amsterdam, O. Z. Achterburgwal 237, NL-1012 DL Amsterdam

Strafe als herrschaftliche Zumutung

Gerlinda Smaus

((1)) Die Überzeugung von Sebastian Scheerer, dass als unabdingbar nicht die Strafe, sondern ihre Ersetzung durch Besseres ist (Radbruch), teile ich uneingeschränkt. Spielt es dann noch eine Rolle, wie Scheerer sie begründet? Wie Eco im Roman „Im Namen der Rose“ zeigt, führt auch eine *logique floue* zu brauchbaren Ergebnissen. Da wir uns aber nicht in der Kriminalistik, sondern im Bereich der Ethik bewegen, können wir uns nicht mit der Einstellung, „der Zweck heiligt die Mittel“, zufrieden geben. Ich würde befürchten, dass ein aufmerksamer Leser in der Fülle von kulturhistorischen Argumenten Widersprüche und vor allem signifikante „Lücken“ entdeckt, die den Diskurs als einen uneigentlichen erscheinen ließen. Scheerers Rede gegen die Strafe ist auch nicht besonders engagiert, sie überzeugt nicht und sie ist weder verifizier- noch falsifizierbar. Alles in allem ist sie die Ansicht eines schönen Geistes, der die Strafe nicht ästhetisch findet und dies möglichst schonend ihren Befürwortern beibringen will. In der Tat hat die Strafpraxis so viele Schönheitsfehler, dass dahinter ein ideales, schönes Strafantlitz nicht zum Vorschein kommen will; eine schöne Strafe, deren ideale Kriterien in ethischen Diskursen auszumachen wären, gibt es im „real existierenden“ Strafrecht nicht. Die lange Geschichte des Strafs zeigt deutlich, dass es ein Herrschaftsinstrument ist, dem soziale Ungerechtigkeit innewohnt.

Das eklektische Nachdenken über die Strafe von Sebastian Scheerer scheint dem Vorbild eines postmodernen Mustermix zu folgen, in dem alle Argumente „diskurslos“ zugelassen sind. Dies würde die Autorin (wie ein Aschenputtel) zu einer nicht-systematischen (und nicht eleganten) Punkt-für-Punkt Auslese der guten und der weniger guten Argumente nötigen. Sie ist aber für ihr Engagement für die „underdogs“ bekannt und kann auch hier die Problematik der Strafe nicht anders als unter den von Scheerer unterbelichteten Aspekten der Herrschaft und der sozialen Gerechtigkeit behandeln.

((2)) „Strafe muß sein“. Wer sagt das? Hätte Scheerer nicht genau „Ross und Reiter“ benennen müssen, statt eine rhetorische Behauptung aufzustellen, die er sogleich einschränkt? Dieser Vorwurf erweist sich als kleinlich, wenn die Frage tiefsinniger angesetzt wird: Welche historischen und sozialen Subjekte sind an der Existenz von Strafen interessiert? Ob Strafe sein muss, kann nicht „allgemein menschlich“, neutral und voraussetzungslos erörtert werden, sondern muss zumindest aus zwei Perspektiven bearbeitet werden – zum einen vom Standpunkt derer, die sich im Besitze des Straf-Rechts wähnen, zum anderen vom Standpunkt derer, die potentiell die Strafe erdulden müssen. Die Dichotomie zwischen der Herrschaft und den Beherrschten widerspiegelt den Ursprung des Strafrechts als eines Mittels gegen diesseitige *crimen laese maiestatis*¹, bzw. nach Durkheim, seinen religiösen Ursprung als Maßnahme gegen die Verletzung einer noch höheren, jenseitigen Herrschaft, der Gottheit². An sich brauchen Herrschaften das Strafrecht nicht – bis heute strafen viele nur kraft der physischen Überlegenheit über die Rebellen³, doch stellt das Strafrecht (wie jedes andere moderne Recht) eine Selbstbindung dar, die das Strafen an rechtsstaatliche Prinzipien knüpft. Wie Scheerer richtig bemerkt, reichen die legalen Selbstbindungen nicht aus, um die Legitimität des Strafs zu begründen; die Legalität kann Legitimität nicht ersetzen. Wie rechtfertigt nun die Herrschaft das Strafen? An erster Stelle mit der Notwendigkeit ihrer selbst, denn Menschen seien von Natur aus böse und aggressiv. Bezeichnend dabei ist, dass sich der Blick der Herrschaft nicht auf sich und ihr Wirken richtet – auf mitunter „kriminogene“ Zustände, die sie selbst zu verantworten hat –, sondern ausschließlich auf die Beherrschten⁴. Sie konstruiert solche quasi ahistorischen Annahmen über die menschliche Natur, die die Strafe als ihr *ultima ratio* notwendig erscheinen lässt. Man kann es der Herrschaft zutrauen, dass sie weiß, welche Machttechniken ihr überhaupt zur Verfügung stehen, inwieweit sie auf Konsens, Konsensunterstellung oder bloße Duldung ihrer „Politik“ der verschiedenen Bevölkerungsgruppen rechnen kann, und inwieweit sie auf Dissens mit der Androhung oder Anwendung von legaler Gewalt, der Strafe eben, reagieren „muss“. Die Antwort auf die Frage: „Muss Strafe sein?“, ist, soviel man überblicken kann, den Herrschaften nicht schwer gefallen: Natürlich muß sie sein, denn wie sonst sollten sie sich Gehorsam und Nachachtung ihrer Anordnungen und Befehle auch gegen den Willen einiger Beherrscher⁵ sichern? Die Herrschaft wird wohl auch wissen, dass Strafe keinen ontischen Status hat, sie steht nicht schlicht als Herrschaftsinstrument zur Verfügung, sondern sie muss zweifach erfunden werden – als negative Sanktion und als ihre Form.

Scheerer ist auf den „majestätischen“ Aspekt des staatlichen Strafs (trotz seines Dankes an Hess, der diesen Aspekt in

die Kriminologie eingebracht hat⁶⁾ nicht eingegangen, als ob das Strafrecht im Hinblick auf den Staats- und (Herrschafts-) Schutz unerheblich wäre. Dies ist um so unverständlicher, als die Untersuchungen über die staatliche Reaktion auf den Terrorismus der siebziger Jahre, der als „ein Angriff auf das Herz des Staates“ apostrophiert wurde, gezeigt haben, wie effektiv das Strafrecht sein kann. Das *cui bono* des Strafens ist schon damit zum größten Teil beantwortet und es zeigt sich auch, dass nicht ethische (bzw. ästhetische), sondern pragmatische Gründe über die Existenz von Strafrecht entscheiden.

((3)) Zum Auftrag der Herrschaft gehört aber in der Tat nicht nur ihre eigene, sondern die Sicherheit der gesamten Gesellschaft. Muss sie strafen, um Sicherheit zu gewährleisten? Untersuchungen über unentdeckte Taten, die sog. Dunkelziffer der Kriminalität, zeigen, dass Strafen bestenfalls den Schein von Sicherheit hervorrufen können. Bei „unentdeckten Taten“ spricht man von Handlungen, die gegen das Strafrecht verstoßen haben, aber nicht entdeckt bzw. nicht angezeigt, von der Polizei nicht an die Staatsanwaltschaft, von der wiederum nicht an die Gerichte weitergeleitet bzw. von denen nicht verurteilt wurden. In der Kriminologie ist bekannt, dass alle Menschen sich in ihrem Leben schon mindestens einmal auf eine strafrechtlich verbotene Weise verhalten haben, dabei aber den „Organen“ nicht aufgefallen sind⁸⁾. Eine zahlenmäßig sehr untertriebene Vorstellung über die Größe der Dunkelziffer kann man sich anhand der Polizeilichen Kriminalstatistik machen, in der für das Jahr 1998 6586165 bekannt gewordene Fälle vermerkt sind, wovon 3376524 aufgeklärt wurden. Wir dürfen uns fragen, was eigentlich mit diesem riesigen „kriminellen Potential“ geschieht, das nicht vom Strafrecht kontrolliert wird? Offensichtlich sind Gesellschaftsmitglieder imstande, die Übergriffe selbst zu absorbieren oder zu kompensieren⁹⁾. Wir leben in einer durch und durch „kriminellen“ Gesellschaft und wahrscheinlich auch Tür an Tür mit „Kriminellen“, ohne es so recht zu merken. Empirisch gesehen, garantiert das Strafen keineswegs „echte“ Sicherheit. Das Verhältnis der nicht überführten und der bestraften Täter zeigt, dass das Strafrecht allenfalls Exempel statuieret: *Strafe hat symbolischen Charakter*. In der Tat verlagert sich bei Befürwortern der Strafe die Beweislast von der faktischen auf die symbolische Wirkung¹⁰⁾. Doch was symbolisiert die Strafe? Eine Stärke, die die Herrschaft nicht wirklich besitzt, eine instrumentale Leistung, z.B. die Sicherheit, die sie nicht erbringt. Da den eingeweihten Strafrechtlern schon längst bekannt ist, dass das ethisch unzulässige Statuieren von Exempeln, das In-Umlauf-Bringen von Symbolen, nicht einmal die „potentiellen Rechtsbrecher“ beeindruckt (positive Spezialprävention), wird die Wirkung der Strafe an der „restlichen“ Konformität der Bürger demonstriert (positive Generalprävention)¹¹⁾, die, wie wir KriminologInnen wissen, sehr viel Nicht-Wissen¹²⁾ und sogar ein Nicht-Wissen-Wollen über die Dunkelziffer enthält. „Muss der Schein der Strafe sein?“ Ja, würde die Antwort der Herrschaft lauten, denn wie sonst könnte sie den Schein aufrechterhalten, sie habe „alles im Griff“ und gewähre Sicherheit.

((4)) Ganz anders stellt sich die allgemeine Frage, ob Strafe sein muss, für die Beherrschten. Sie würden vielleicht zurückfragen: Wieso überhaupt Strafe, Strafe von wem, für wen und wofür? Für die Beherrschten stellt die Frage nach der Strafe unmittelbar eine Einengung der Problematik dar, denn

sie wissen, dass die Knute sehr häufig nicht als *ultima ratio*, sondern als *prima* oder als *una ratio* anstatt Belohnung oder der Lösung von Problemen geschwungen wird. Wenn die Beherrschten eine Strafe akzeptieren sollen, sagen wir mal, für die Verletzung des Herrschaftsvertrages ihrerseits, dann könnten sie sich fragen, welche Mittel ihnen zur Verfügung stehen, wenn umgekehrt die Herrschaft ihre Verpflichtungen und Versprechungen nicht hält. Ihnen steht keine Strafe zur Verfügung und dem Widerstand, den sie leisten können, sind enge legale Grenzen gesetzt, die Anwendung physischer Gewalt ist strafrechtlich (!) verboten. Obwohl der Gebrauch des Begriffs Herrschaft eher an patrimoniale Zustände erinnert, erfasst er voll auch das asymmetrische Verhältnis in demokratischen Organisationsformen der Gesellschaft: Strafe ist ein Mittel, das Hierarchie impliziert, und die Frage, ob Strafe sein muss, ist unweigerlich mit der Frage verknüpft, ob Herrschaft sein muss.

((5)) Nun kann damit argumentiert werden, dass gerade „gewöhnliche“ Beherrschte nach Bestrafung von Rechtsbrechern verlangen. Es ist aber bekannt, dass der Ruf nach Strafe auch subjektiv eine Ersatzbefriedigung für das Ausbleiben von positiven Belohnungen darstellt. Wenn Menschen nicht dafür belohnt werden, dass sie sich in Bedingungen, die ein konformes Verhalten erschweren, dennoch gesetzeskonform verhalten, dann erachten sie es als gerecht, wenn (wenigstens) die weniger Braven bestraft werden. In einer kritischen Analyse erscheint die Strafe hierbei als ein von der Herrschaft angebotener Fetisch, der imstande ist, vom eigentlichen Problem der ungleichen Verteilung von positiven Gütern abzulenken. Es scheint, dass diesem für die Betroffenen irrationalen Ruf seitens der „Herrschaft“ gerade deshalb Beachtung geschenkt wird, weil darüber ein mögliches rationales Verlangen nach mehr Lebensqualität „vergessen“ wird. Der Ruf nach Bestrafung seitens der Armen und der Benachteiligten darf also nicht als ein „Strafbedürfnis“ hypostasiert werden, Strafe nützt nicht ihnen, sondern abermals der Herrschaft.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass es keine ständige normative Überlegenheit von konformen armen Gesellschaftsmitgliedern gegenüber „kriminellen“ Armen gibt. Es ist eher von einer Intermutation von abweichenden Rollen¹³⁾ auszugehen, potentiell sind sie alle von Kriminalisierung, von Bestrafung bedroht. Sollten sie die Frage: „Muss Strafe sein?“ nicht in einem herrschaftlich besetzten Raum, sondern in einem „herrschaftsfreien Diskurs“¹⁴⁾ selbst beantworten, dann würden sie wohl zuerst Forderungen auf eine angemessene und vor allem gerechte Verteilung von positiven Gütern an alle Gesellschaftsmitglieder aufstellen. Sie würden erwarten, dass das Gleichheitsprinzip des Strafrechts die ungleiche Verteilung von positiven Gütern berücksichtigt; dass nicht mit gleichem strafrechtlichen Maß bemessen wird, was sozial ungleich ist, denn das ist ungerecht. Ungerechte Strafe würden sie auf jeden Fall ablehnen und nur sie, denen die schlechte Seite der Ungleichheit zugemutet wird, hätten das Recht, die Bedingungen zu entwerfen, unter denen eine Strafe für ihresgleichen möglicherweise als gerecht erscheinen könnte. Im Unterschied zu Günther glaube ich aber nicht, dass sich Strafe diskursethisch rechtfertigen lässt¹⁵⁾. Nach allem, was man aus abolitionistischen Überlegungen und Untersuchungen¹⁶⁾ weiß, ist Strafen unter Gleichen und Vertrauten in der „Lebenswelt“ höchst unwahrscheinlich. Was bei einer herrschaftsfreien Kommunika-

tion der gegenwärtig von der „Kriminalisierung Bedrohten“ herauskäme, wäre wohl: „Herrschaftliche (koloniale) Strafe muss nicht sein, problematische Situationen müssen wir (Eingeborene) in der Lebenswelt ohnehin selber lösen“.

((6)) Unter der Hand wurden die „Beherrschten“, d.h. alle Bürger eines Staates, auf das Aggregat der sozial Benachteiligten reduziert. Solche logischen „Sprünge“ sind nur selten auf die Zerstretheit der AutorInnen allein zurückzuführen, vielmehr drängt das Phänomen selbst in eine Richtung. Kriminalität und Strafe – irgendwie „wollen“ sie nur im Kontext der Unterschicht diskutiert werden. Das können aber wir belehrte BeobachterInnen nicht so stehen lassen, denn erstens enthält das Strafrecht Tatbestände, die von Bürgern entlang der gesamten vertikalen Schichtung verletzt werden können, und zweitens sind Angehörige höherer Schichten von Natur aus nicht minder triebhaft als die der unteren. Sind wir gar AnhängerInnen der kritischen Kriminologie, dann wissen wir, dass die „armen“ Kriminellen nur eine zahlenmäßig und hinsichtlich der verursachten Schäden unbedeutende Auswahl aus einem Sample all jener Gesellschaftsmitglieder darstellen, die regelmäßig gegen strafrechtliche Regeln verstoßen. Die oben erwähnte Dunkelziffer ist vor allem schichtspezifisch zu Gunsten der „white collars“ verzerrt! Das Aggressionspotential und vor allem der Bereicherungstrieb der „oberen“ Wirtschaftssubjekte werden kaum je zur Sprache gebracht, vielmehr werden sie als erwünschte Eigenschaften (dynamisch, hart, instrumental, profitorientiert usw.) dargestellt. Ein großer Teil ihrer zahlreichen sozialschädlichen Handlungen wird erst gar nicht „mit Strafe bedroht“, die strafrechtlich relevanten Handlungen werden weitgehend vor strafrechtlichen Zugriffen immunisiert. Dies nicht etwa deshalb, weil Richter vordergründig zweierlei Maß anlegen, sondern deshalb, weil das moderne, bürgerliche Strafrecht das ältere, „vorwiegend herrschaftliche“ Strafrecht mit rechtsstaatlichen Garantien, vor allem im Strafprozessrecht, zum Schutze wirtschaftender Subjekte ausgestattet hat. Die Strafrechtsdogmatik in Deutschland wird nicht etwa wegen der leicht zu überführenden Vagabunden „hingebungsvoll gepflegt“¹⁷, sondern zum strafrechtlichen Vorteil der sich schon im sozialen Vorteil befindlichen Bürger. Was bewirkt nicht schon alleine das Aussageverweigerungsrecht! Die Tatsache der weitgehenden Immunisierung der „white collars“ zwingt uns, die oben eingeführte Dichotomie zwischen Herrschenden und Beherrschten um ein drittes Subjekt zu erweitern – offensichtlich bilden einige privilegierte Beherrschte mit der Herrschaft einen Schulterschluss! Nicht nur Macht, auch das Eigentum ist unterschiedlich verteilt, und so wie Herrschaft am Machterhalt, so sind die sozial Privilegierten am Erhalt des *status quo* der Eigentumsverteilung interessiert. Die Interessen der Herrschaft und der Mitglieder der Oberschicht ergänzen sich scheinbar in vorzüglicher Weise!¹⁸ Auf die Frage: „Muss Strafe sein?“, würden die (potentiellen) Wirtschaftskriminellen antworten: „Kommt darauf an, für wen. Für uns nicht, doch für diejenigen, die unser Eigentum und sogar unsere körperliche Integrität aggressiv verletzen – für die ist sie unerlässlich!“ Als rationale, pragmatisch denkende Subjekte würden sie sich aber auch in einem Diskurs am ehesten davon überzeugen lassen, dass ihre strafrechtliche Immunisierung mit einem hohen Preis erkaufte wird – nämlich mit der faktischen Ineffizienz des gesamten „nur“ symbolischen staatlichen Strafens. Sie würden schnell-

er als andere erkennen können, dass die Herrschaft „selbstreferentiell“ nur sich selber schützt.

((7)) Mit der Frage, ob es Strafe geben muss, setzte sich Scheerer auch im Aufsatz „Die abolitionistische Perspektive“ (1984¹⁹) auseinander. Die einen Befürworter der Strafe lässt er ausrufen: „Das Strafrecht abschaffen, schön und gut, aber womit kann man es in den Situationen ersetzen, in denen Arbeitslosigkeit und soziale Desintegration die Kriminalitätsziffern in die Höhe treiben?“²⁰. Die anderen lässt er mit Hobbes über die böse menschliche Natur spekulieren. Was stimmt nun? Wir können feststellen, dass auf der Oberfläche mit der Triebhaftigkeit aller argumentiert wird, in der Tiefenstruktur aber vermittelt wird, dass nur die „Triebe“ der Arbeitslosen und der Desintegrierten unterdrückt werden müssen. Das Strafrecht lebt vom Glauben, dass es die *classes dangereuses* im Zaum halten kann. Das „nur symbolische“ Strafrecht ist aber keine Antwort auf irgendein Problem der Gesellschaftsmitglieder. Es ist ein staatlich subventioniertes Straftheater, in dem die armen Menschen auf der Bühne tatsächlich leiden. Wer aber braucht schon dieses Theater mit echten Menschenopfern, schauen wir doch einfach nicht hin!

Anmerkungen

- Hess, H., Kriminalität als Alltagsmythos: Ein Plädoyer dafür, Kriminologie als Ideologiekritik zu betreiben, in: Kriminologisches Journal 1986, 1. Beiheft, S. 24-44
- Durkheim, E., Über die Teilung sozialer Arbeit, Frankfurt/M 1977
- Garzón Valdés, E., Staatsterrorismus: Legitimation und Illegitimität, in: Tobler, H./Waldmann, P. (Hrsg.), Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika, Frankfurt/M 1991, S. 317-354
- Trotha, T. von, „Streng, aber gerecht“ – „hart, aber tüchtig“. Über Formen von Basislegitimität und ihre Ausprägungen am Beginn staatlicher Herrschaft, in: Möhlig, W./Trotha, T. von (Hrsg.), Die Legitimation von Herrschaft und Recht, Köln 1994, S. 69-92
- Weber, M., Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1956
- Vgl. Endnote 1
- Hess, H., Angriff auf das Herz des Staates: soziale Entwicklung und Terrorismus, Frankfurt/M Suhrkamp, 1988
- Vgl. in Smaus, G., Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung, Baden-Baden 1998, S. 41, Fußnote 115
- Hanak, G./Stehr, J./Steinert, H., Ärgernisse und Lebenskatastrophen. Über den alltäglichen Umgang mit Kriminalität, Bielefeld 1989
- Jakobs, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin/New York 1982
- Smaus, G., Technokratische Legitimierungen des Strafrechts – die Flucht nach vorne in die Generalprävention, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 1985, S. 90-103; Baratta, A./Silbernagl, M., Neue Legitimationsstrategien des Strafrechts und ihre Kritik als Realitätskritik, in: Kriminologisches Journal 1988, 1, S. 32-49
- Popitz, H., Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe, in: Recht und Staat, fasc. 350, Tübingen 1968
- Geiger, Th., Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Neuwied am Rhein, Berlin 1964, S. 74
- Habermas, J., Theorie des kommunikativen Handelns. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, 2 Bde., Frankfurt/M 1982
- Günther, K., Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, in: Jung, H./Müller-Dietz, H./Neumann, U. (Hrsg.), Recht und Moral, Baden Baden 1991, S. 205-217; Habermas, J., Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt/M 1992
- Christie, N., Grenzen des Leids, Bielefeld 1986; Hulsman, L./Bernat de Celis, J., Peines perdues, Le système pénal en question, Paris 1982
- Vgl. Scheerer, S., Zwei Thesen zur Zukunft des Gefängnisses – und acht

über die Zukunft der sozialen Kontrolle, in: v. Trotha, T. von (Hrsg.), Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse, Festschrift für Fritz Sack, Baden-Baden 1996, S. 321-334

18 Smaus, G., Politische Kriminalität als Aufbegehren gegen Eigentumsverhältnisse, in: Politisches Strafrecht und politische Kriminalität, Kriminologisches Journal, 1991, 3. Beiheft, S. 6-23

19 Scheerer, S., Die abolitionistische Perspektive, in: Kriminologisches Journal 2, 1984, S. 90-111

Adresse

PD Dr. Gerlinda Smaus, Universität des Saarlandes, Institut für Rechts- und Sozialphilosophie, Postfach 151150, D-66041 Saarbrücken

“... den zu bessern, welcher straft”

Franz Streng

Verbindendes

((1)) *Scheerer* verknüpft einen skeptischen Blick auf das Strafrecht mit großem Optimismus bezüglich der Fähigkeit von Menschen, mit Konflikten und Opferwerdungen so umzugehen, daß der Staat kaum oder gar nicht strafend eingreifen muß. Die zwischen Täter und Opfer unmittelbar, aber in kontrollierter Form ablaufende Bewältigung der unrechten Tat stellt sein Idealmodell dar ((vgl. *Scheerer* 53 ff.)).

Der Weg dahin führt über eine Infragestellung solcher Strafzwecke, die ich als technokratische Zwecke bezeichnen würde, nämlich Resozialisierung, Sicherung und Abschreckung ((vgl. *Scheerer* 24 ff.)). Insoweit folge ich ihm gerne. Auch seine Hochschätzung des Gerechtigkeitsdenkens und der strafrechtlichen Funktion der Normvergewisserung ((*Scheerer* 27, 32, 34 ff., 45 ff.)) vermag ich seit jeher zu teilen. Gleichmaßen teile ich - jedenfalls im Ansatz - sein Anliegen der Zurückschneidung des Strafrechts auf ein "Kernstrafrecht" sowie seine Sympathie für Täter-Opfer-Ausgleich. - Im weiteren divergieren unsere Vorstellungen in mancherlei Hinsicht.

Beweislast und -lage

((2)) Divergenzen ergeben sich bei der Frage, ob bzw. inwieweit die unverzichtbare Normbestätigung oder Normvergewisserung gerade durch Strafrecht erfolgen muß. Ich bin bezüglich einer Privatisierung der Bearbeitung von Straftaten skeptisch. *Scheerer* sieht sich hingegen durch bestimmte Fakten ermutigt. Insoweit beruft er sich darauf, daß die Unerstlichkeit des Strafrechts nicht bewiesen sei ((vgl. *Scheerer* 39)). Dies führt zur Beweislastfrage:

Eine eigene Beweislast - nämlich bezüglich der von ihm aufgestellten Behauptungen zur Entbehrlichkeit von Strafrecht - sollte *Scheerer* schon deshalb anerkennen, weil er auf der anderen Seite an die Legitimierung von Strafrecht hohe Anforderungen stellt ((vgl. *Scheerer* 39)). Eine Differenzierung der Art, daß die Forderung nach Abschaffung des Strafrechts geringeren Beweisverpflichtungen unterliegen solle als die konträre Position, wäre unplausibel. Denn es erscheint mutig, eine

Institution, die seit Beginn der Aufzeichnungen über Recht bekannt ist, als ganz oder weitgehend überflüssig anzusehen. Tatsache ist, daß unter Nutzung von Strafrecht einigermaßen stabile Gesellschaften entstanden. Das möglicherweise destabilisierende Experiment eines Herunterfahrens strafrechtlicher Kontrolle bedarf daher der besonders gut abgesicherten Argumente, nämlich der noch besser mit Tatsachen untermauerten Argumente als die konservative Gegenposition.

((3)) Was diese Beweislage angeht, so sehe ich schon Probleme bezüglich *Scheerers* Behauptung, daß Rache nicht so schlecht sei wie ihr Ruf ((vgl. *Scheerer* 19)). Des weiteren ist *Scheerers* historische Bezugnahme auf anwachsende staatliche Strafoxzesse gerade bei nachlassender staatlicher Macht ((vgl. *Scheerer* 5)) eben nur für einen temporären Mißbrauch der Institution Strafrecht beweiskräftig; auf der anderen Seite aber entkräftet sie nicht die gleichfalls historische Beobachtung¹, daß nur staatliche Macht "Landfrieden" durchsetzen konnte, welche das Entstehen moderner Gesellschaften überhaupt erst ermöglichte. Wann immer nämlich machtvolle Figuren unterhalb der Staatlichkeitsebene das "Recht" in eigene Hände nahmen und das von ihnen abhängige Umfeld in unkontrollierte Machtausübung und Rachefeldzüge einspannten, ergaben sich gesellschaftszerstörende oder zumindest -lähmende Effekte. Die mafiosen Entwicklungen beim Ausfall staatlicher Macht - nicht nur in Süditalien und derzeit in Kolumbien oder auch Russland - belegen das Phänomen auch für die Moderne nachdrücklich.

((4)) Im übrigen erscheint die Behauptung *Scheerers*, daß in herrschaftsfreien Gesellschaften soziale Kontrolle nicht repressiv sondern re-integrativ ablaufe bzw. abgelaufen sei ((vgl. *Scheerer* 15)), zweifelhaft. Zwar fördert ein Aufeinanderangewiesen-Sein ganz sicher die Bereitschaft der Rechtsgenossen, Fehlverhalten re-integrativ abzuarbeiten. Jedoch hat dies ganz offenbar schon immer Grenzen gehabt, vor allem bei bestimmten Formen vorsätzlicher Tötung oder bei gemeinschädlichen Taten. Die Tötung oder zumindest der (zeitweise) Ausschluß des Täters aus der Gemeinschaft war dann vorgesehene und vielfach genutzte Reaktion. Auch im übrigen dürfte die Idee einer schadlos ablaufenden Re-Integration nach erheblichen Rechtsbrüchen unabgesichert und eher zweifelhaft bleiben; wir wissen über Ausgrenzung oder Nicht-Ausgrenzung eines Übeltäters speziell in frühen Gesellschaften einfach zu wenig, um insoweit idyllische Zustände unterstellen zu können. Die neueren Bemühungen um die Aufhellung der Strafrechtswirklichkeit des Mittelalters jedenfalls liefern ein höchst vielgestaltiges Bild, etwa über große Schichtspezifität der Strafrechtsanwendung gerade im Hinblick auf re-integrative Maßnahmen; ein Schwelgen in Nostalgie fällt da einigermassen schwer.

((5)) Was den von *Scheerer* erwarteten Beweis der Strafrechts-Effizienz angeht, so erscheint dieser derzeit unrealistisch. Man würde freilich die Wissenschaften überfordern, wollte man das gesellschaftliche Leben in seiner Gestaltung davon abhängig machen, ob die Nützlichkeit einer fraglichen Institution jederzeit bewiesen ist. Die wissenschaftliche Mängellage bezüglich Strafrecht mag schon in einer noch unzulänglichen Ausformulierung der relevanten zu untersuchenden Zwecke liegen, ganz abgesehen von Schwierigkeiten der Messung hoch komplexer

biographischer und gesellschaftlicher Abläufe. Es muß deshalb der Anspruch, Letztgültiges über die Institution Strafrecht aussagen zu wollen, vermessen anmuten. – Einen Stützpfiler abzureißen, ohne definitiv zu wissen, daß er überflüssig ist, erscheint aber nicht nur im Bauhandwerk untunlich.

Horizontale und vertikale Strafligitimation in modernen Gesellschaften

((6)) *Scheerers* empirische Argumentation gegen die Universalität von Strafrecht krankt im übrigen daran, daß sie Unvergleichliches vergleicht; sie spielt Unrechtsreaktionen in archaischen Gruppierungen gegen Unrechtsreaktionen in hoch komplexen, unübersichtlichen und anonymen Gesellschaften aus. Selbst der weniger exotisch anmutende Versuch, mit Blick auf das Strafrecht in absolutistisch verfaßten Staaten (vgl. *Scheerer* 5)) das Strafrecht in demokratisch verfaßten Gemeinwesen zu hinterfragen, erscheint höchst problematisch; denn die Justiz in solchen modernen Staaten hat sich den Rechtsgenossen gegenüber zu verantworten, muß aber eben nicht der Strafwillkür eines Potentaten gerecht werden. Die im demokratischen Rechtsstaat vorauszusetzende kriminalpolitische Konsensbildung im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren schafft eine derart eigenständige Legitimationsbasis für Recht, daß die Delegitimierung von Strafrecht mit Blick auf ein in absolutistischen und in autoritären Staaten vorfindbares DisSENS-Modell bereits im Ansatz fehlgehen muß.

((7)) Auch unterhalb dieser Ebene der Entstehung von Recht ist für die Legitimation von Strafrecht dem Machtaspekt Aufmerksamkeit zu widmen. Bei *Scheerers* Utopie der Zurückdrängung oder gar Verneinung eines originären staatlichen Strafanspruchs (vgl. *Scheerer* 60 ff.) ergibt sich die Frage nach Strafverfolgung in asymmetrischen gesellschaftlichen Verhältnissen. Denn vor dem Hintergrund unterschiedlicher Machtverhältnisse muß die Idee der horizontal angelegten Konfliktlösung in der Folge von Straftaten (vgl. *Scheerer* 52 ff.) hoch fragwürdig erscheinen. Der machtlose Geschädigte, der resignativ den Kampf mit dem überlegenen Schädiger nicht aufzunehmen wagt oder sich resignativ billig entschädigen läßt, stellt einen Haupt-Prüfstein für das neue Gesellschaftsmodell fern der "strafenden Vernunft" dar. Meine Hypothese lautet: Im Konflikt mit einem machtvollen Schädiger vermag nur die im Staat verfaßte Gemeinschaft die erforderliche Gegenmacht zum Zwecke der Durchsetzung von – dann vertikaler – Normverteidigung aufzubringen.

((8)) Dennoch möchte ich *Scheerer* bezüglich eines zunächst zu fordernden Rückzugs des Strafrechts auf ein Kerngebiet von Rechtsgutsangriffen zustimmen. Es scheinen mir seine Erwartungen aber zu weit zu gehen, wenn er Strafrecht auf "eine kleine Anzahl unerträglicher Angriffe auf die Person" (*Scheerer* 39; ferner 41)) begrenzen möchte. Es würde wohl eine Unterschätzung der von der Gemeinschaft mit guten Gründen vom Staat erwarteten Schutzgarantien und Befriedungsfunktion bedeuten, wenn etwa gravierende Eigentums- oder Vermögensschädigungen vorsätzlicher Art entkriminalisiert würden.

((9)) Ganz generell gilt, daß die Gesellschaft ohne staatlichen Strafanspruch sich angesichts des Verstoßes gegen Gemein-

schaftsinteressen schwertun wird. Weshalb soll etwa die Gefährdung der Lebensgrundlage vieler Menschen z.B. durch eigennützig und rücksichtslos begangene schwere Umweltsünden weniger strafbedürftig und strafwürdig sein, als ein handfester unmittelbarer Angriff gegen die Integrität einer Person? Daß auch – und nicht zuletzt – Verstöße gegen Kollektivinteressen strafbedürftig und strafwürdig sein können, sollte daher außer Frage stehen, auch wenn sich über die derzeitige Gesetzgebungspraxis viel Kritisches sagen läßt. Aus der Perspektive des Gemeinschaftsschutzes heraus ist der staatliche Strafanspruch also unentbehrlich. Und wer anderes als die im Staat verfaßte Gesellschaft sollte das Gemeinwohl definieren können? ((anders *Scheerer* 60))

((10)) Im übrigen darf der Nachteil eines jeden Rückzugs von Strafrecht nicht übersehen werden, der in der dann drohenden Übernahme von Schutzaufgaben durch polizeiliche Instrumente liegt; denn hieraus ergibt sich die Gefahr eines Verlusts von Rechtsgarantien für den in Anspruch Genommenen.

Zur Relevanz von Normbestätigung

((11)) Einig sind wir uns über die Bedeutung von Normbestätigung oder Normvergewisserung (vgl. *Scheerer* 34 ff., 45 ff.). Der Geltungsanspruch dieser Strafrechtsfunktion in konsensgeprägten Gesellschaften läßt sich derzeit freilich nicht befriedigend mit Methoden der empirischen Sozialwissenschaften belegen. Demnach setzt auch *Scheerer* hier auf Plausibilität, nicht aber auf die von ihm sonst für Strafrechtseffizienz geforderten Beweise.

((12)) Abgesehen von Hinweisen in Generalpräventions-Befragungsstudien liefert schon der von *Scheerer* zunächst berechtigt als universell ins Spiel gebrachte Racheimpuls (vgl. *Scheerer* 19)) Indizien für die Bedeutung des Bedürfnisses nach Normbestätigung. Dieser Impuls imponiert, wenn nicht durch seine Stärke, dann aber doch durch seine Ubiquität und bei schwereren Taten durch seine Absolutheit. Tatsächlich scheint alle Welt "seit jeher die Überzeugung zu teilen ..., daß die Strafe notwendig sei" (*Scheerer* 7)).

Eine hierauf aufbauende rationale Rekonstruktion des in der individuellen Psyche entspringenden Rufs nach Strafe führt zu folgender, von mir wiederholt vorgetragener und anderenorts näher begründeter These: Strafrecht als retrospektiv tatusgleichende Institution verteidigt den gesellschaftlichen Wertekonsens, bestätigt nämlich die verinnerlichte Werthaltung der Bürger, und sichert derart autonome Verhaltenssteuerung. So gesehen leuchtet die im einzelnen Fall erkennbare Absolutheit des Rufs nach Strafe als durchaus funktional ein, nämlich als Mittel der Selbststabilisierung des Individuums, das auf die Absicherung der in der Sozialisation von ihm internalisierten Wertungsmaßstäbe setzt. – Um Mißverständnissen entgegenzuwirken: Mit dieser Analyse ist keine Rechtfertigung des Praktizierens von Rache verbunden. Vielmehr muß die Betätigung jedes Straffakts als illegitim gelten, der über das zur Normbestätigung Notwendige hinausgeht, der, m.a.W., dem gesellschaftlichen Gerechtigkeitskonsens widerspricht.

((13)) Verbunden mit dieser positiv generalpräventiven Perspektive bleibt auch eine spezialpräventive bedeutsam: Die

normbestätigende tatusgleichende Reaktion vermag gerade auch dem Delinquenten als Urheber der Tat gerecht zu werden und verdeutlicht ihm gegenüber den gesellschaftlichen Wertungskonsens – dies ohne jeden Anspruch auf Indoktrination, Bekehrung oder auch Abschreckung.

Zumindest im Ansatz befinde ich mich derart in Übereinstimmung mit *Scheerers* Votum für Freiheitsgarantien durch Strafrecht ((vgl. *Scheerer* 33 ff.)) und für Absicherung von Selbststeuerungsmechanismen, wobei er allerdings eher soziologisch argumentiert ((vgl. *Scheerer* 48)), während hier eine psychologische Perspektive eingenommen wird.

((14)) Zu klären bleibt, welche Normen bzw. wessen Normen bestätigt zu werden verdienen. Der Verweis auf Teilkulturen und deren je eigene Normen scheint zunächst tatsächlich zur Herabstufung des Anspruchs auf Verteidigung gesamtgesellschaftlich relevanter Normen zu raten; die Zementierung "kultureller Hegemonieansprüche" wird als Gefahr artikuliert ((vgl. *Scheerer* 40)). Tatsächlich ist der Staatsform Demokratie eine Gefahr des Diktats der Mehrheit zu Lasten von Minderheiten alles andere als systemfern. Allerdings ergibt ein Blick ins Strafrecht keinen beunruhigenden Befund. Als Gegengewichte tauglich sind ganz offenbar eine aussagekräftige Straftheorie sowie eine tragfähige Staatstheorie einschließlich funktionierender Verfassungsgerichtsbarkeit. In diesem Rahmen bleibt eine Aktualisierung des Strafrechts mittels Vergewisserung der tatsächlich noch oder neu konsentierten zentralen Werte und Normen immerwährende Aufgabe.

Entpönlisierte Normbestätigung auf Täter-Opfer-Ebene?

((15)) Letztlich bleibt *Scheerers* Votum für die Abschaffung des Strafrechts einigermassen unentschieden. Strafe solle "in einer selbstbewußten Zivilgesellschaft ... schließlich keine Rolle mehr spielen" ((*Scheerer* 65)). Andererseits soll der Staat im Rahmen eines "Subsidiaritätsprinzips" als Garant, nämlich als "Clearingstelle und Appellationsinstanz", auftreten ((*Scheerer* 60)).

((16)) Zuzugeben ist, daß *Scheerers* abolitionistische Perspektive zugunsten einer "Normvalidierung von unten" ((*Scheerer* 64)) durch neuere Entwicklungen im Umgang mit Kriminalität zunächst durchaus gestärkt erscheint. Der Erfolg von Diversion und insbesondere von Täter-Opfer-Ausgleich als Konfliktlösungsmodell bis hinein in den Bereich der mittleren Gewaltkriminalität eröffnet in der Tat Perspektiven in Richtung auf Relativierung des staatlichen Strafanspruchs ((vgl. *Scheerer* 55 ff.)). Freilich gilt dies nur für Delikte mit ausgleichsfähigem und -bereitem Opfer wie auch ausgleichsfähigem und -bereitem Täter. Zudem läßt sich gar nicht übersehen, daß trotz Erfüllung dieser Voraussetzungen der staatliche Strafanspruch den Täter-Opfer-Ausgleich überhaupt erst ermöglicht. Die Strafautorität des Staates sorgt im Regelfall für die extrinsische Motivation beim Täter, sich der in jeder Hinsicht unangenehmen und daher mit materiellen Strafeffekten versehenen Ausgleichssituation zu unterziehen. Der Staat ist jedenfalls mehr als nur Mittler und Verfahrensgarant ((anders *Scheerer* 60)); vielmehr nimmt er im Einzelfall seinen fortbestehenden Strafanspruch nur zurück, wenn auch die Interessen der Allgemeinheit durch die Vereinbarung der Par-

teien erfüllt scheinen. Diesen Druck zum Ausgleich durch eine vollständige Entkriminalisierung oder durch Schwächung des staatlichen Strafanspruchs zu eliminieren, würde paradoxerweise das Entkriminalisierungsmodell ruinieren; es entpuppt sich Täter-Opfer-Ausgleich derart als Modell entformalisierter Strafe, nicht aber als Modell der Abschaffung von Strafe.

((17)) Die sehr betonte Opferzentrierung von *Scheerers* Modell der Normvalidierung ((vgl. *Scheerer* 56 ff.)) erweckt schließlich deshalb Bedenken, weil es das Opfer zugunsten der Gemeinschaft funktionalisiert, statt ihm zuallererst Unterstützung zuteil werden zu lassen. Das vorgestellte Modell betont zunächst zwar berechtigt das Anliegen, die Opferrolle zu stärken, doch entgleist dieser Ansatz, wenn das Opfer kurzerhand zum Normvalidierungs-Agenten ernannt wird.

Zu guter (?) Letzt

((18)) *Nietzsche* hat durchaus recht, wenn er der Strafe den Zweck zuweist, "den zu bessern, welcher straft". Wenn er diese Feststellung dann – durchaus ambivalent – als "letzte Zuflucht für die Verteidiger der Strafe" apostrophiert (Die fröhliche Wissenschaft, 3. Buch, Aphorismus 219), macht er seine Erkenntnis freilich kleiner, als sie ist; möglicherweise wollte er sich eine abolitionistische Perspektive offenhalten. Anders als *Scheerer* sehe ich für echten Abolitionismus aber keine Verwirklichungschance. Aus meiner Sicht überwiegen die Zweifel, ob eine Gesellschaft ohne Strafrecht, die auf entstaatlichte Normvergewisserung bauen soll, zu erträglichen Bedingungen wirklich zu haben ist.

Anmerkung

¹ Für die an dieser Stelle wie im folgenden herangezogenen historischen Argumente verweise ich auf die Beiträge in *Dietmar Willoweit* (Hrsg.), Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahmen eines europäischen Forschungsproblems, 1999 – hier besonders *Rolf Sprandel*, Neuralgische Punkte in der Strafrechtswirklichkeit des Spätmittelalters, S. 177 ff.; *Dietmar Willoweit*, Gewalt und Verbrechen, Strafe und Sühne im alten Würzburg, S. 215 ff. – Des weiteren sei verwiesen auf den in derselben Reihe erschienenen Sammelband von *Hans Schlosser* und *Dietmar Willoweit* (Hrsg.), Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung, 1999 – hier besonders *Barbara Frenz*, Frieden, Gemeinwohl und Gerechtigkeit durch Stadtherr, Rat und Bürger, S. 111 ff.

Adresse

Prof. Dr. Franz Streng, Universität Erlangen-Nürnberg, Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie, Schillerstraße 1, D-91054 Erlangen

Kommunikativer Expressionismus — abstrakt. Wer drückt was für wen wozu wodurch aus? Erläuterung einer Metapher

Christian Strub

((1)) Wenn man die entscheidende These des Autors (((45)) - ((65))) verstehen will, sollte man nicht vom Begriff der Strafe ausgehen, sondern von einem, den er (Anm. 27) (zu Recht) als übergeordneten versteht, dem der *Sanktion*. Das Argument

zielt nicht darauf, eine Gesellschaft zu imaginieren, die prinzipiell ohne Sanktionen auskäme, sondern darauf, daß ein bestimmter *Typ* von Sanktionen für eine Gesellschaft nicht nur nicht notwendig, sondern auch abzuschaffen ist.

((2)) Durkheim unterschied zwischen *repressiven* und *restitutiven* Sanktionen: Repressive Sanktionen sind solche, die einer Person, die einen Normbruch begangen hat, „Schmerzen zu[fügen oder ihm zumindest einen Verlust auf]bürden“, restitutive Sanktionen solche, die „in einem ‚Zurechtrücken der Dinge‘, in einer Renormalisierung der gestörten Verhältnisse [bestehen], indem der inkriminierte Akt mit Gewalt auf jenen Typus des Handelns zurückgeführt wird, von dem er abwich, oder indem er annulliert, d.h. seines gesamten sozialen Wertes entkleidet wird“. Die erste Form von Sanktionen wird oft als *retributive* bezeichnet, und „repressiv“ für eine *Unterart* der retributiven reserviert, nämlich derjenigen, die „einem Akteur Schmerzen zufügt“ — in Abgrenzung von den *remunerativen* Sanktionen, die ihm nur „einen Verlust aufbürden“. Remunerative Sanktionen sind kompensative Sanktionen.

((3)) Die These des Autors wäre dann *entweder* so zu formulieren, daß retributive Sanktionen notwendig sind, daß aber die repressiven zugunsten der remunerativen letztlich vollständig verschwinden sollen — *oder* so, daß die Unterscheidung zwischen retributiven und restitutiven Sanktionen letztlich überflüssig wird. Ich will zeigen, daß der Autor die zweite Fassung der These vertritt. Mit „Strafe“ ist i.f. nur die repressive Sanktion gemeint.

((4)) Gesteht man die Ablehnung präventiver Straftheorien, also die Behauptung, daß aus „Wirkungserwartungen instrumenteller Art“ (((28))) die Notwendigkeit von Strafen jedenfalls nicht hergeleitet werden kann, zu, bleibt als einzige Möglichkeit ihrer Legitimation ihre nichtinstrumentelle Funktion. Diese wird beschrieben als „expressive Funktion“ (((31))), d.h. als „symbolische, *expressive Markierung moralischer Grenzen*“, „*symbolische*] *Wiederherstellung des durch den Verbrecher Zerstorten*“ (((34))). Wird Strafe nur in dieser expressiven Funktion für notwendig gehalten, dann soll *damit* auch das klassische *autoritäre* Strafmodell („von oben nach unten“, Machthierarchie mit passiven Opfern der Strafmacht) durch ein *autoritatives* ersetzt werden können. — Was mit Expressivität von Strafe gemeint ist, ist „sehr vage“ (Anm. 44). Dies betrifft nun nicht nur Strafe, sondern Sanktionen überhaupt. Nach den klassischen Sanktionsdefinitionen wird mittels Sanktionen kundgegeben, „daß [die Gesellschaft] sich *nicht* mit [dem Normbruch] *abzufinden* gedenkt“. Offensichtlich sind hier zwei Züge von Sanktionen zusammengenommen, die durchaus trennbar sind, nämlich der Zug des *Durchhaltens* und der des *Durchsetzens*; die expressive Sanktionstheorie beruht insofern auf der Möglichkeit dieser Trennung, als sie der Auffassung ist, „daß das Durchhalten der Erwartung wichtiger ist als das Durchsetzen“. Normbrüche werden durch „Enttäuschungserklärungen und [...] Verhaltensweisen, vor allem Sanktionen, die das Beibehalten der verletzten Erwartung zum Ausdruck bringen,“ markiert. Sanktionen sind nicht die einzige Möglichkeit der Reaktion auf Normbrüche; sie sind die Reaktionen, die nicht nur „die Beibehaltung [— also ein *Durchhalten* —] der verletzten Erwartung zum Ausdruck bringen“, sondern dies so tun, daß sie auch noch etwas *durchsetzen*.⁴ Die Erläuterung des konzeptuellen Kerns der expressiven Straftheorie (i.f. EST) muß erklären, wie sich das Durchhalten von Erwartungen zum Durchsetzen von was auch immer verhält.

((5)) Strafe darf einerseits nicht ein Instrument der strafenden

Instanz sein, mit dem sie Zwecke, die dem Strafenden letztlich extern sind — Zwecke, die nur ihre eigenen sind —, verfolgt; denn damit würde sie den zu Strafenden vollständig zum Mittel ihrer eigenen Zwecke machen. Andererseits darf Strafe nicht mit der Handlung des Normbrechers quasi-analytisch verbunden sein, denn dies würde voraussetzen, daß — etwa nach dem Talionsprinzip — an einer Handlung unabhängig davon, in welcher Gesellschaft sie vollzogen wird, ablesbar wäre, daß und welche Art von Strafe auf sie zu folgen hätte; es gäbe einen vorsozialen Konnex zwischen Handlung und Strafe, der im Strafvollzug in seiner „Angemessenheit“ nur zu entdecken, nicht aber zu setzen wäre. Relative Straftheorien (also Präventionstheorien) drohen an ersterem, absolute Straftheorien an letzterem zu scheitern. EST behauptet, beides vermeiden zu können — u.z. dadurch, daß sie sich einerseits als eine Theorie versteht, die Strafe nur als soziale Setzung verstehen kann, andererseits aber so, daß diese Setzung keine ist, die dem zu Strafenden extern wäre. Sie kann deshalb Strafe nur begreifen als *gesellschaftliche Erzeugung eines Ausdrucks von etwas*, das den Normbruch unter einer ganz bestimmten *Perspektive* so zeigt, daß dieser Ausdruck *sowohl* beim Bestraften *als auch* bei den direkt oder indirekt vom Normbruch Betroffenen etwas bewirkt. EST muß deshalb angeben können 1. *wer*, 2. *für wen*, 3. *was*, 4. *wozu*, 5. *wodurch* in der Strafprozedur ausdrückt.

((6)) ad 1. Für das „wer“ ist nicht „die Gesellschaft“ einzusetzen oder ähnliche unscharfe Formulierungen, die immer eine entsprechende soziale Gruppe insgesamt meinen, sondern die Instanz, die dazu befugt ist, die Strafe zu vollziehen; der Strafausdruck ist der der strafenden Instanz und nicht der der Gesellschaft insgesamt.

((7)) ad 2. Für das „für wen“ ergeben sich drei Möglichkeiten: (a) für den Rest der Gesellschaft *eingeschlossen* den Normbrecher — entweder so, daß der Ausdruck (aa) für den Normbrecher und den Rest derselbe ist, oder so, daß er (ab) für beide verschieden ist; (b) nur für den Rest der Gesellschaft *ausgenommen* den Normbrecher.

((8)) ad 3. Es wird von der strafenden Instanz ausgedrückt (a) eine *Enttäuschung einer allgemeinen Erwartung, die alle Mitglieder der Gesellschaft wechselseitig voneinander haben*, — nämlich der Erwartung, daß sie eine gültige Norm befolgen. In diesem Ausdruck muß zweierlei klar sein: *von welcher Person* man enttäuscht ist (der Normbrecher muß im Ausdruck eindeutig spezifiziert werden — dies wäre die Schuldzuweisung) und *welche allgemeine Erwartung* enttäuscht wurde (die gebrochene Norm muß im Ausdruck eindeutig spezifiziert werden). Der Ausdruck dieser Enttäuschung ist der *Schuldpruch*; (b) Darüberhinaus jedoch muß von der strafenden Instanz ausgedrückt werden, daß sie diese Enttäuschung nicht kognitiv behandelt, indem sie die enttäuschten Erwartungen „an die Wirklichkeit an[paßt]“ — d.h.: die Norm aufgibt —, sondern daß sie auch in Zukunft dieselbe Erwartung hegen wird wie zuvor. — Dann ist der Straf-Ausdruck in derselben Weise an den Normbrecher und den Rest der Gesellschaft gerichtet (cf. ad 2 (aa)). Strafe ist dann die Aufführung eines Straf-Schauspiels als eines reinen *Schauspiels des Durchhaltens*.

((9)) ad 4. Der Zweck dieses Straf-Schauspiels besteht zunächst darin, den Rest der Gesellschaft — *ausgeschlossen* den Normbrecher — dazu *aufzufordern*, trotz ihrer Enttäuschung über den Normbrecher (die sie im Großen und Ganzen genauso hegt wie die strafende Instanz), das, was enttäuscht wurde, eine durch eine Norm festgeschriebene Erwartung, auch in Zukunft weiter aufrechtzuerhalten. Strafe ist also immer auffordernder Ausdruck. Der Zweck, den dieses Schauspiel für den Normbrecher haben soll — es muß einen Zweck auch für ihn haben, denn sonst würde er zu einem reinen Mittel zur Verfolgung von Zwecken, die nur für andere Personen sinnvoll sind, degradiert —, kann nicht identisch sein mit dem eben angegebenen, denn der Normbrecher ist nicht über sich selbst enttäuscht und kann deshalb nicht aufgefordert werden, trotz einer solchen Enttäuschung die entsprechende Erwartung weiter aufrechtzuerhalten. Er könnte nur dazu aufgefordert werden, in Zukunft keine Enttäuschungen bei anderen Mitgliedern der Gesellschaft mehr zu produzieren. Von seinem Aufforderungszweck her wäre dann der Straf-Ausdruck für den Normbrecher und die Nicht-Normbrecher nicht identisch (cf. ad 2 (ab)).⁶

((10)) ad 5. Der o.b. Ausdruck mit seinem doppelten Zweck ist zur Bestimmung von Strafe untauglich. Es muß nämlich auch angegeben werden, wodurch der Strafzweck für die Nicht-Normbrecher erreicht werden kann. Er kann nicht allein durch das o.a. erreicht werden, denn dann gäbe es für die Nicht-Normbrecher keinen Grund, ihre Erwartung weiter aufrechtzuerhalten. Sie haben dafür nämlich erst dann einen Grund, wenn die Strafe ein Element enthält, das ausschließlich auf den Normbrecher bezogen ist. Dieses Element kann nun kein expressives sein. Denn es ist für jeden — auch auffordernden — Ausdruck wesentlich, daß derjenige, gegenüber dem etwas auffordernd ausgedrückt wird, die *Freiheit* hat, den Aufforderungscharakter, der in diesem Ausdruck liegt, ernstzunehmen, d.h., die Aufforderung zu befolgen, oder eben auch nicht. Diese Freiheit kann dem Normbrecher nicht gewährt werden; würde sie ihm nämlich gewährt, hätte die übrige Gesellschaft keinen Grund, an ihren Erwartungen weiterhin festzuhalten. Wenn Strafe den Normbrecher nur darüber „aufkläre“, daß eine Instanz enttäuscht ist und bestimmte Erwartungen weiter durchhalten will, dann wäre sie keine Strafe, sondern eine nichtsanktionierende Reaktion auf einen Normbruch. Strafe soll aber als Ausdruck *wirkungsvoll* sein; sie muß deshalb auch ein Element des *Zwangs*, also des *Durchsetzens*, enthalten. Strafe wäre dann ein auffordernder Ausdruck an die Nicht-Normbrecher, ihre Erwartungen auch weiterhin durchzuhalten, und er würde von diesen ernstgenommen, weil der Normbrecher zu etwas gezwungen würde — und dieses Moment ist *nicht* in expressiven Kategorien zu beschreiben. — Die These von der Expressivität der Strafe ist damit — faßt man sie als allgemeine Bestimmung von Strafe auf — lädiert: sie ist zu halten für die Nicht-Normbrecher, nicht aber für den Normbrecher; denn für den Normbrecher wäre die Strafe eben kein auffordernder Ausdruck mehr, sondern ein nicht-expressiver Zwang, den er erleiden muß (cf. ad 2 (b)). Und damit wäre die Strafe für den Normbrecher eben doch wieder extern. Die Grenze der Expressions-Metaphorik ist hier eindeutig erreicht: Dem Normbrecher gegenüber wird nichts ausgedrückt, sondern er wird zu etwas gezwungen. Wozu?

((11)) Die Nicht-Normbrecher können aus zwei Gründen der Aufforderung der strafenden Instanz, ihre Erwartungen trotz Enttäuschung weiter durchzuhalten, folgen: Entweder weil der Normbrecher als Person gebrochen bzw. ihm durch Drohungen seine Freiheit so massiv beschnitten worden ist, daß es sehr wahrscheinlich ist, daß er in Zukunft keine Normbrüche mehr begeht (der Extremfall wäre die Todesstrafe, die schon die Möglichkeit des Normbruchs ein für allemal zerstört), oder weil der Normbrecher dazu gebracht wird einzusehen, daß er nach eigenem Selbstverständnis als Mitglied der Gesellschaft dafür sorgen muß, daß die Erwartungen der anderen Mitglieder auch in Zukunft aufrechterhalten werden können. Der Normbrecher muß dazu gezwungen werden, daran mitzuwirken, das wiederherzustellen, was er zerstört hat: das Vertrauen der anderen Mitglieder der Gesellschaft darauf, daß sie auch in Zukunft Handlungserwartungen bestimmter Art hegen können, sie nicht aufgeben müssen. Es reicht dazu offensichtlich nicht aus, daß er bloß ein Übel erleidet, damit das Rechtsempfinden der anderen befriedigt wird. Diese Wiederherstellung kann nur dadurch geschehen, daß er die entsprechenden Erwartungen (die er selbst enttäuscht hat) als die „seinen“ begreift, d.h. als die solcher Personen, die *mit ihm* in einer Gesellschaft miteinander leben. Dies ist unter zwei Bedingungen erfüllbar: (a) Der Ausdruck der Enttäuschung muß vom Normbrecher nicht als der der strafenden Instanz begriffen werden, sondern als Enttäuschung der anderen Mitglieder der Gesellschaft, in der er lebt. Würde er nämlich nur als der der strafenden Instanz begriffen, so wäre die darin ausgedrückte Enttäuschung abstrakt: die Angabe des Normbruchs als Enttäuschungsgrund macht nicht verständlich, warum diese Norm überhaupt gelten sollte, weil sie nicht verständlich machen kann, was diese Norm der Gesellschaft bedeutet. Dies führt zu einer Aufwertung der Opfer des Normbruchs im Strafausdruck; denn das Übel, das ihnen zugefügt wurde, ist ein konkretes, individuelles Übel, dessen Bedeutung dem Normbrecher auch klargemacht werden kann — und zwar durch die Opfer selbst. (b) Der Strafausdruck muß dem Normbrecher klarmachen

können, daß er auch nach der Strafprozedur weiter als Mitglied der Gesellschaft gilt. Die Strafe darf den Normbrecher also weder zu einer „gebrochenen“ Person machen, die die Mitgliedschaft in der Gesellschaft nur noch als unentgehbaren Zwang begreifen kann, noch zu einer „wilden“ Person, deren einziges Ziel es ist, die Gesellschaft zu verlassen oder in ihr so zu leben, daß sie die Durchsetzung ihrer wesentlichen Interessen in Zukunft nur noch als unausweichlich verknüpft mit Normbrüchen begreifen kann.

((12)) Aus beidem läßt sich der Strafzwang gegenüber dem Normbrecher beschreiben als *Zwang zur Kommunikation hauptsächlich mit den direkten, dann aber auch mit den indirekten Opfern des Normbruchs darüber, wie der durch diesen Normbruch entstandene Schaden — nämlich der Vertrauensverlust darin, bestimmte Erwartungen an zukünftiges Handeln hegen zu können — wiedergutzumachen* ist. Dadurch wird der Normbrecher „als Vernünftiges geehrt“ (Hegel, Rph § 100); EST ist die kommunikativ gewendete Fassung der Grundidee der sog. absoluten Straftheorie. Entscheidend bei einer solchen Konzeption ist allerdings, daß für einen solchen Zwang zwar die Kommunikationsfähigkeit des Normbrechers vorausgesetzt werden muß, nicht aber die Kommunikationswilligkeit. Würde nämlich auch sie vorausgesetzt, müßte die strafende Instanz davon ausgehen, daß die Strafe nichts anderes sei als das, was der Normbrecher als *reue* Person im Grunde selbst schon will: nämlich die Wiedergutmachung des durch ihn entstandenen Schadens. Gemeint ist aber, daß die Strafe den Normbrecher dazu zwingt zu begreifen, (a) daß es wirklich ein Schaden war, der aus seiner Handlung an anderen Personen entstand, und daß er letztlich „seiner“ ist, weil er nicht nur andere Personen betrifft, sondern insofern auch ihn selbst, als er mit diesen weiter zusammenleben will, und daß er deswegen ein Interesse daran haben muß, ihn zu beheben; (b) daß für ihn die reale Chance besteht, diesen Schaden so zu beheben, daß er nach der Strafprozedur als Person, die mit anderen Personen in einer Gesellschaft zusammenlebt, akzeptiert wird. Die Behebungskosten für den Normbrecher dürfen also nicht so hoch angesetzt sein, daß sie für ihn überhaupt nicht oder nur so bezahlbar sind, daß seine spätere Mitgliedschaft in der Gesellschaft nur noch die eines Marginalisierten ist. — Strafe wäre dann der Zwang zu einem kommunikativen Verfahren, in dem der Normbrecher und die Opfer des Normbruchs gemeinsam die Behebungskosten für den durch den Normbrecher verursachten Schaden aushandeln; sie wäre als Prozedur geglückt, wenn Normbrecher und Opfer des Normbruchs sich auf die entsprechenden Kosten geeinigt hätten und diese auch vom Normbrecher bezahlt würden. Insofern muß EST eine *kommunikative* Straftheorie sein, will sie nicht in Kauf nehmen, daß die verhängte Strafe entweder für den Normbrecher oder für die Opfer des Normbruchs äußerlich bleibt.

((13)) Eine solche Strafprozedur als Kommunikationsprozeß kann aus zwei Gründen scheitern, nämlich der Gleichgültigkeit des Normbrechers und dem Zorn der Opfer des Normbruchs: (a) weil der Normbrecher nicht bereit ist anzuerkennen, daß der von ihm angerichtete Schaden auch die Qualität seines eigenen zukünftigen Lebens in der Gesellschaft betrifft, (b) weil die Opfer des Normbruchs nicht bereit sind anzuerkennen, daß der ihnen zugefügte Schaden vom Normbrecher wiedergutmacht werden kann.

((14)) Man kann dann EST als einen Versuch bezeichnen, Strafe zu „zivilisieren“: nicht repressive zu remunerativen Sanktionen abzuschwächen, sondern retributive an restitutive Sank-

tionen anzunähern (deswegen sind die in der Erläuterung des Grundgedankens von EST üblicherweise benutzten Metaphern der „Bezahlung“, der „Kosten“ etc. durchaus passend); letztlich fiele der Unterschied zwischen retributiven und restitutiven Sanktionen insofern, als jeder Normbruch als ein konkreter Schaden begriffen werden könnte, von dem vorausgesetzt ist, daß es möglich ist, ihn mittels Kommunikation zwischen Normbrecher und Opfern des Normbruchs zu beheben.

((15)) Vorteilhaft an EST ist, daß mit ihr sichergestellt wird, daß die Strafe vom Normbrecher und von den Opfern des Normbruchs als „ihre“ begriffen werden kann, also als solche, an deren konkreter Gestaltung beide Seiten in einem Kommunikationsprozeß mitgewirkt haben.⁷ Aber auch die Schwäche von EST liegt auf der Hand: Strafe kann für sie nicht primär den Zweck haben, zukünftige Normbrüche unwahrscheinlicher zu machen, sondern nur den, allen Mitgliedern der Gesellschaft, d.h. sowohl den Normbrechern als auch den Nicht-Normbrechern, die Sicherheit zu geben, daß diese Normbrüche in einer für beide Seiten *erträglichen* Weise bezahlbar sind. Diese Schwäche könnte sich als Stärke erweisen: In EST wird nämlich klargemacht, daß es keine Sicherheit vor zukünftigen Normbrüchen gibt. Strafe kann und soll nicht verhindern, daß zukünftig Normbrüche begangen werden, sondern nur, daß die Mitglieder der Gesellschaft *aufgrund der Existenz von Normbrüchen* das Vertrauen in ihre normierten Erwartungen verlieren. Die Idee einer total befriedeten Gesellschaft, in der alle die jeweils gültigen Normen befolgen, steckt als Regulativ wohl hinter jeder Präventionstheorie (hinter absoluten Straftheorien nicht). Strafe kann nur eines klarmachen: daß die strafende Instanz dafür sorgen wird, daß alle im Fall eines Normbruchs „auf ihre Kosten kommen“ — mehr nicht. In der Tat tritt dann in der Strafe das Moment des Durchsetzens hinter das des Durchhaltens zurück: die Durchsetzung der zukünftigen Normbefolgung ist sekundär gegenüber der Aufforderung zum Durchhalten der Handlungserwartung⁸ — die freilich nur dadurch wirksam werden kann, daß gegenüber dem Normbrecher durchgesetzt wird, daß er in einen kommunikativen Prozeß eintritt.

((16)) Problematisch an EST ist *vielleicht*, daß sie voraussetzt, daß es keinen durch Normbruch entstandenen Schaden gibt, der nicht über kommunikative Verfahren wiedergutmacht werden könnte. Dies dürfte für die meisten Normbrüche, die Thema des Strafrechts sind, schwerlich die Meinung der direkten Opfer sein; diese dürften vielmehr der Meinung sein, daß sie erst dann ernstgenommen werden, wenn ihnen erlaubt wird, gerade *nicht* direkt mit dem Normbrecher zu kommunizieren, sondern ihm die Kommunikation zu verweigern — ja sie würden geradezu fordern, daß die über den Normbrecher verhängte Strafe von ihm passiv erlitten werden muß. EST setzt bei den Opfern des Normbruchs (zu) viel voraus: nämlich daß sie bereit sind, die ihnen zugefügte Verletzung als wiedergutzumachenden Schaden zu begreifen. Müssen auch die Opfer der Normverletzung zur Kommunikation gezwungen werden? Und würden sie nicht dadurch selbst bestraft? — *Vielleicht* fordert EST auch vom Normbrecher zu viel — nämlich daß er sich nicht die Freiheit nehmen darf, den von ihm begangenen Normbruch retrospektiv als unvernünftig zu begreifen und sich zu weigern, sich mit dieser Unvernunft öffentlich in vernünftiger Weise auseinanderzusetzen. Ist es nicht ein wesentliches Entlastungsmoment von Strafe, daß sie als gerade *unvernünftige* Prozedur den Normbruch für den Normbrecher dadurch erträglich macht, daß sein Normbruch damit als nicht zu seinem und der anderen normalen Leben in der Gesellschaft zugehörig markiert, eingekapselt wird?

((17)) Wäre es nicht eine neue Unerträglichkeit der strafenden Instanz, daß sie alle Mitglieder der Gesellschaft zur kommunikativen Vernunft zwingt und ihnen damit ein — selbstverständlich stark begrenztes — Recht auf Unvernunft verweigert? Kants „Kritik der reinen Vernunft“ verstand sich als Projekt der *Selbstkritik*; wie wäre eine Selbstkritik der kommunikativen

Vernunft zu denken, die im Strafausdruck ein begrenztes Recht auf Nichtkommunikation zuließe, also mit ihm eine „gewisse[] Rücksichtslosigkeit“ ((45)) demonstrierte, ohne in die alten Grausamkeitsschemata der strafenden Vernunft zurückzufallen? *Vielleicht* wäre „ein *Machtbewußtsein* der Gesellschaft“ denkbar, indem sie sich dadurch als schwach zeigt, daß sie mit der ausdrücklich als unvernünftig markierten Strafe „den Verbrecher als Unvernünftigen ehrt“? Dann wäre es der „vornehmste[] Luxus“ einer Gesellschaft, nicht nicht zu strafen, sondern ihre Schwäche dadurch einzugehen, daß sie die Unvernünftigkeit der Strafe nicht mit Theorien über den Strafzweck verdeckt. — Solche Formulierungen wären erst dann nicht mehr als unerträglich zynische zu hören, wenn eine Gesellschaft gedacht werden könnte, in der *jede* Form von Gewalt — die des Normbruchs und die der Strafe — für deren Opfer dadurch erträglich würde, daß sie ausschließlich als Zeichen von Schwäche begriffen wird.

Anmerkungen

1. Cf. Emile Durkheim, *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, Frankfurt a.M. 1988 [orig. Paris 1893], 116f.
2. Cf. C. Negro, Art. „Sanzione“, in: *Enciclopedia italiana di Filosofia*, 2. Aufl. Florenz 1968/9, 309.
3. Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied 1964 (orig. Kopenhagen 1947), 82; cf. Gerd Spittler, *Norm und Sanktion. Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus*, Olten/Freiburg i.Br. 1967, 22f.; Heinrich Popitz, „Soziale Normen“, in: *Archives Européennes de Sociologie* 2 (1961), 193; Ders., *Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*, Tübingen 1967, 29; Ders., *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen 1980, 29.
4. Cf. Niklas Luhmann, „Normen in soziologischer Perspektive“, in: *Soziale Welt* 20 (1969), 38f.; *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. Opladen 1987, 60-63, 100f.
5. Luhmann (1987), 42.
6. EST funktioniert nur unter der Voraussetzung, daß die Mitglieder der Gesellschaft außer dem Normbrecher im Großen und Ganzen dieselben normativ festgeschriebenen Erwartungen hegen wie die strafende Instanz — daß also mit dem Normbruch das Vertrauen in die Normbefolgung, das sie sich wechselseitig unterstellen, wirklich verletzt wurde. Ohne diese Voraussetzung ist der Strafausdruck kein auffordernder, sondern ein *drohender* Ausdruck: sein Zweck besteht nicht darin, die Nicht-Normbrecher zu etwas aufzufordern, sondern ihnen damit zu drohen, daß sie bei zukünftigen Normbrüchen Folgen zu gewärtigen haben, die sie wegen ihres Übel-Charakters nicht wollen können. Für EST kann Strafe für die Nicht-Normbrecher also keine Drohexpression, sondern muß eine Aufforderungsexpression sein; sonst wäre man wieder bei einer Theorie der negativen Generalprävention.
7. Luhmann weist darauf hin, daß Normbrüche häufig dadurch behandelt werden, daß auf eine Kollaboration zwischen beiden Seiten gesetzt wird. Zu behaupten wäre, daß nicht-kommunikativ-expressive Straftheorien „von einem versteiften Gegensatz zwischen Erwartendem und Enttäuschendem ausgehen und [] dazu [neigen], die vielen Fälle zu übersehen, in denen beide — nicht selten auf Kosten der Wahrheit — zusammenarbeiten, um die verletzte Norm zu rehabilitieren.“ ((1987), 61)
8. Natürlich steht auch hinter einer solchen Idee immer die *Hoffnung*, daß die kommunikative Strafprozedur den Normbrecher dazu führt, künftige Normbrüche zu vermeiden (die gängige Metaphorik lautet hier: die kommunikativen „Kosten“ müssen für den potentiellen Normbrecher so hoch sein, daß er dadurch davon abgeschreckt wird, die entsprechende Norm in Zukunft zu brechen); aber dies kann nur ein sekundärer Effekt sein.

Adresse

Dr. Christian Strub, Universität Hildesheim, Institut für Philosophie, Marienburger Platz 22, D-31141 Hildesheim

Die Strafe und ihre Alternativen: Erfahrungen aus der Pädagogik

Siegfried Uhl

((1)) Sebastian Scheerer weist an mehreren Stellen auf die Erziehung hin ((2)), ((51)), ((59)), ((61)), ((65)): Dort sei die

Strafe „so gut wie verschwunden“ ((2)); sie würde heutzutage in der Erziehungstheorie und genauso in der Praxis kaum mehr in Erwägung gezogen. Diesem Beispiel sollte man nach seiner Einschätzung auch in der Rechtspflege folgen und die Strafe, besonders die Kriminalstrafe, zugunsten anderer Formen der „Konfliktregelung“ ((54)), „Normvalidierung“ ((53)) und „Reintegration“ des Täters ((57)) aufgeben.

((2)) Für die Frage, ob die Kriminalstrafe aus sachlichen und moralischen Gründen abgeschafft werden sollte, sind aus wissenschaftssystematischer Sicht grundsätzlich die Rechtswissenschaftler und die Rechtsphilosophen zuständig. Als Erziehungswissenschaftler möchte ich nur über den Stand der Überlegungen in der Pädagogik berichten. Die Erfahrungen, die dort mit der Strafe und ihren Alternativen gesammelt worden sind, sind möglicherweise auch eine Hilfe bei der Klärung juristischer Entscheidungsprobleme.

((3)) In der Pädagogik und in den benachbarten Disziplinen hat sich in den letzten Jahren weitgehend durchgesetzt, das Wort „Strafe“ in einer festen Bedeutung zu verwenden: Unter „Strafe“ versteht man „ein auf eine Handlung [des Zu-Erziehenden] folgendes unangenehmes bzw. schmerzhaftes Ereignis, [vom Erzieher] in der Absicht verabreicht, das Wiederauftreten der Handlung zu unterbinden“ (Fröhlich 1990: 324, s.v. „Strafe“). Als Strafe kommt alles in Betracht, wovon eine aversive Wirkung zu erwarten ist. Die Spannweite reicht von milden Formen wie einem vorwurfsvollen Blick und einem Tadel bis zu schweren Strafen wie der körperlichen Züchtigung und dem tagelangen Vorenthalten der Zuwendung („Liebesentzug“).

((4)) Systematisch betrachtet, gehört die Strafe zu den Erziehungsmitteln (hierzu Brezinka 1995: 218-258). Sie wird eingesetzt, weil der Erzieher mit ihrer Hilfe einen Zweck erreichen will. Sie soll dafür sorgen, daß sich im Zu-Erziehenden die Bereitschaft zu einer unerwünschten Verhaltensweise abschwächt oder ganz verlorenght. An ihre Stelle soll die Bereitschaft zu einer erwünschten Verhaltensweise treten. In der Sprache der geisteswissenschaftlichen Pädagogik ausgedrückt: Mit der Strafe soll der Edukand von der Wiederholung des unerwünschten Verhaltens abgehalten und zu gleicher Zeit seine „sittliche Läuterung“ und „Charakterfestigung“ bewirkt werden (Netzer 1971: 7). In der erziehungstheoretischen Literatur werden im Regelfall nur die Individualprävention und die Besserung von Normübertretern als moralisch zulässiger Zweck der Strafe beurteilt. Andere, aus der Rechtsphilosophie bekannte Strafzwecke wie die Sühne, die „Unrechts- oder Schuldvergeltung“, die „Genugtuung für das Opfer“, die Abschreckung von anderen Personen, die exemplarische „Normverdeutlichung“ und die „Stigmatisierung des Unrechts“ (Hassmer 1997) spielen gegenüber der Besserungsabsicht keine oder nur eine nachgeordnete Rolle.

((5)) Das Problem der Strafe ist schon von den Klassikern der Pädagogik behandelt worden (Überblicksdarstellung bei Scheibe 1977). Vorbehalte gegen ihren Gebrauch hat es bis ins 20. Jahrhundert nur vereinzelt gegeben. Das hat sich ungefähr seit den sechziger Jahren geändert. Die meisten Erzieher und Erziehungstheoretiker sind heute der Ansicht, daß man beim Erziehen eigentlich ohne Zwang und negative Sanktionen aus-

kommen sollte (Smith 1985: 61). Wissenschaftler und Philosophen beschäftigen sich aber trotz dieser Vorbehalte weiter mit dem Thema Strafe, in der letzten Zeit sogar wieder häufiger als noch vor einigen Jahren (Bastian 1995, Kodalle 1998).

((6)) In der empirischen Forschung werden vor allem drei Gebiete untersucht: Erstens die Häufigkeit von Strafen im Erziehungsalltag; zweitens die Bedingungen, von denen ihre Wirkung abhängt; drittens die Nebenwirkungen, mit denen bei ihrer Anwendung zu rechnen ist (Überblick bei Uhl 1996: 201-245).

((7)) Hinsichtlich der Häufigkeit von Strafen hat sich etwas Überraschendes herausgestellt: Obwohl sich die Erziehungsvorstellungen gewandelt haben und viele Menschen Strafen für autoritär und unmoralisch halten, wird an den Schulen immer noch weit häufiger getadelt und bestraft als gelobt (White 1975, Hoos 1999). Die Körperstrafe und andere einschneidende Arten der Bestrafung kommen seltener vor als früher. Sie sind mehr und mehr abgelöst worden von zurückhaltenderen, oft auch subtileren Verfahren wie dem Abwenden der Aufmerksamkeit, der Beschämung, der Herabsetzung, dem Wegnehmen von Gegenständen und Vorrechten, dem zeitweiligen Ausschluß aus der Gruppe der Alterskameraden usw. (Krumm, Lamberger-Baumann & Haider 1997).

((8)) Dank der sozialwissenschaftlichen Labor- und Feldforschung ist man schon recht gut darüber unterrichtet, welche Bedingungen die Wirkung von Strafen beeinflussen (Guss 1979, Walters & Grusec 1977). Dazu gehören die Merkmale der Strafe selbst (Stärke, Zeitpunkt, Begründung, Konsistenz und Konsequenz der Anwendung usw.), Merkmale des Bestraften (Strafempfindlichkeit, Persönlichkeitstyp, augenblicklicher Gefühlszustand, Strafauffassung und -bewertung usw.), Merkmale des Strafenden und Merkmale der Bestrafungssituation. Diese Größen beeinflussen einander zum Teil und ergeben zusammengenommen ein verschlungenes Gefüge von Faktoren, die fördernd oder hemmend auf den Bildungserfolg einwirken.

((9)) Wenn die Erzieher Strafen falsch einsetzen, kann das unerwünschte Nebenwirkungen haben und zu schweren Schäden führen. Wenn im Schulunterricht viel getadelt und gestraft wird, sinken die Schulleistungen, besonders bei ängstlichen Schülern und bei Schülern mit ablehnender Einstellung zum Lehrer. Disziplinschwierigkeiten, Auseinandersetzungen mit dem Lehrer und Feindseligkeit unter den Schülern breiten sich aus (Lamberth 1979: 384-386 und 390 f.). Eine Behandlung durch die Eltern, die im Erleben des Kindes von starker Überwachung und häufigem Tadel und von geringer Wärme gekennzeichnet ist, geht mit Aggressionsbereitschaft im Jugendalter, der größeren Neigung zum Begehen von Straftaten und einem erhöhten Anteil von geistigen Erkrankungen wie Schizophrenie und schizophrenieähnlichen Störungen einher (Heilbrun 1973). Möglicherweise ist die strafbetonte elterliche Erziehung auch für die Entstehung der „autoritären Persönlichkeit“ und die Anfälligkeit für politische Irrlehren mitverantwortlich (Atlas 1990).

((10)) In der erziehungsphilosophischen Forschung wird die normative Seite der Problematik der Strafe untersucht (Hamm

1995: 108-127). Die meisten zeitgenössischen Autoren sehen die Angelegenheit so wie Schleiermacher, der die Strafe schon vor fast zweihundert Jahren als moralisch „bedenklich“ beurteilt hat: „Es erscheint als etwas Unsittliches, daß man mit Wissen und Willen einem anderen etwas Unangenehmes zufügt“ und in ihm „Schmerz ... erregt“ (1957: 173 und 180). Der Grundsatz wird fast überall anerkannt, daß Strafen nur mit „möglichster Sparsamkeit“ und als *ultima ratio* eingesetzt werden dürfen (ähnlich aus rechtsphilosophischer Sicht v. Liszt 1970: 161). Dieser Fall kann zum Beispiel bei psychisch einträchtigten Personen vorkommen, die Formen schwerer Selbstverstümmelung zeigen und nicht auf andere Mittel ansprechen (Carr & Lovaas 1983: 221 f. und 226 f.). Allgemein gilt: Strafen dürfen nicht verwendet werden, wenn der Erziehungserfolg auch mit nicht-aversiven Mitteln und ohne Übelzufügung erreicht werden kann (ähnlich für die Rechtsphilosophie Lüderssen 1995: 153-161). Im Fall ihres Einsatzes muß das Strafleid in einem annehmbaren Verhältnis zu dem voraussichtlichen Erziehungserfolg stehen; schwere Strafen zur Erreichung nachrangiger Ziele sind abzulehnen (ähnlich Günther 1989: 49). Strafen sind ebenfalls abzulehnen, wenn sie aus Verärgerung, dem Wunsch nach Vergeltung oder einem anderen sachfremden Beweggrund und nicht oder nur in zweiter Linie in erzieherischer Absicht eingesetzt werden.

((11)) Als Alternative zur Strafe hat schon Rousseau empfohlen, die Edukanden die „natürliche Folge ihrer bösen Handlung empfinden“ zu lassen: „Bestraft das Kind ... nicht ..., weil es gelogen hat, aber sorgt dafür, daß es an sich alle bösen Folgen erfährt. Zum Beispiel, daß man ihm nicht mehr glaubt, auch wenn es die Wahrheit sagt“ (1995: 81). Moderne Autoren heben als Vorteil dieses Verfahrens hervor, daß die „natürlichen [negativen] Folgen ... logisch mit dem Fehlverhalten verknüpft“ seien und im Unterschied zu einer Strafe weder eine Machtdemonstration des Erziehers noch ein abwertendes „moralisches Urteil“ enthalten (Dreikurs & Grey 1978: 7 f.).

((12)) Als Alternative zur reinen Übelzufügung werden auch Erziehungsmittel vorgeschlagen, bei denen im Idealfall die aversive Komponente nach und nach zurücktritt. Statt dessen sollen sich im Erleben des Edukanden positive Gefühle wie Stolz auf die eigene Leistung und das Gefühl der Zugehörigkeit zu einer größeren Gruppe einstellen. Zu diesen Mitteln gehört zum Beispiel das Angebot, einen Schaden durch eigene Anstrengung wiedergutzumachen und dadurch oder auch durch eine Bitte um Verzeihung eine Versöhnung und die Wiederaufnahme in die Familien- oder Klassengemeinschaft zu erreichen (Rossman 1980: 107-112, Noll 1962: 23-30).

((13)) Die meisten Erziehungstheoretiker stimmen heute im großen und ganzen überein, daß Strafen und überhaupt negative Sanktionen ein sachlich und moralisch problematisches Erziehungsmittel sind. Sie glauben aber nicht, daß man ganz auf sie verzichten kann: „Ein wenig Beharren auf der Autorität dürfte notwendig sein, damit die Stimme der Vernunft gehört wird“ (Hoffman 1970: S. 112; meine Übersetzung). Die Erfahrungen mit antiautoritär geführten „repressionsfreien“ Kindergärten und Schulen haben gezeigt, daß völlige Permissivität zu chaotischen Zuständen und dem Ansteigen von aggressiven und anderen antisozialen Handlungsweisen führen kann (Volkman-Raue 1977). Ein bestimmtes Maß an Kon-

trolle und Disziplinierung ist erforderlich, damit die Edukanden normgemäß zu handeln beginnen. Damit daraus aber eine dauerhafte Bereitschaft wird, müssen die Einsicht geweckt und die intrinsischen Handlungsmotive gefördert werden. Strafen allein reichen dafür nicht aus. Sie müssen mit „positiven“ Mitteln ergänzt werden: zum Beispiel durch die Schaffung von vernünftigen Handlungsalternativen zu der unerwünschten Handlungsweise, durch Belehrung, Lob und Ermutigung.

Literatur

- Atlas, J. (1990). Understanding the Correlation Between Childhood Punishment and Adult Hypnotizability as It Impacts on the Command Power of Modern „Charismatic“ Political Leaders, in: *Journal of Psychohistory* 17: 309-318.
- Bastian, J. (Hg.) (1995). „Strafe muß sein“? *Das Strafproblem zwischen Tabu und Wirklichkeit* (= 2. Beiheft der Zeitschrift PÄDAGOGIK). Weinheim/Basel: Beltz.
- Brezinka, W. (1995). *Erziehungsziele, Erziehungsmittel, Erziehungserfolg. Beiträge zu einem System der Erziehungswissenschaft* (= Gesammelte Schriften, Bd. 5). 3., neu bearbeitete und erweiterte Aufl. München/Basel: Reinhardt.
- Carr, E. G. & Lovaas, O. I. (1983). Contingent Electric Shock as a Treatment for Severe Behavior Problems, in: Axelrod, S. & Apsche, J. (Hg.). *The Effects of Punishment on Human Behavior*. New York/London/Paris/San Diego/San Francisco/Sao Paulo/Sydney/Tokio/Toronto: Academic Press: 221-245.
- Dreikurs, R. & Grey, L. (1978). *Kinder lernen aus den Folgen. Wie man sich Schimpfen und Strafen ersparen kann* (= Herderbücherei, Bd. 612). Deutsch von H. Schmidhüs. 3. Aufl. Freiburg im Breisgau/Basel/Wien: Herder.
- Fröhlich, W. D. (1990). *dtv-Wörterbuch der Psychologie*. 17. Aufl. München: Deutscher Taschenbuch-Verlag.
- Günther, K. (1989). Natürlich sind wir für die Abschaffung des Strafrechts! Sind wir es wirklich? Über einige moralische Aporien gegenwärtiger Kriminalpolitik, in: Gamm, G. & Kimmerle, G. (Hg.). *Vorschrift und Autonomie. Zur Zivilisationsgeschichte der Moral* (= Tübinger Beiträge zu Philosophie und Gesellschaftskritik, Bd. 1). Tübingen: edition diskord: 41-54.
- Guss, K. (1979). *Lohn und Strafe. Ansätze und Ergebnisse psychologischer Forschung*. Bad Heilbrunn, Obb.: Klinkhardt.
- Hamm, C. M. (1995). *Philosophical Issues in Education: An Introduction*. Nachdruck, New York/Philadelphia/London: Falmer.
- Hassemer, W. (1997). Warum und zu welchem Ende strafen wir?, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 30: 316-321.
- Heilbrun, A. B., Jr. (1973). *Aversive Maternal Control: A Theory of Schizophrenic Development*. New York/London/Sydney/Toronto: Wiley.
- Hoffman, M. L. (1970). Conscience, Personality, and Socialization Techniques, in: *Human Development* 13: 90-126.
- Hoos, K. (1999). Mobbing in der Schule - was Lehrer Schülern antun können, in: *schul-management* 30, H. 4: 32-42.
- Kodalle, K.-M. (Hg.) (1998). *Strafe muß sein! Muß Strafe sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch. Thüringentag für Philosophie 1997* (= Kritisches Jahrbuch der Philosophie, Beiheft 1/1998). Würzburg: Königshausen & Neumann.
- Krumm, V., Lamberger-Baumann, B. & Haider, G. (1997). Gewalt in der Schule - auch von Lehrern, in: *Empirische Pädagogik* 11: 257-274.
- Lamberth, J. (1979). The Effects of Punishment on Academic Achievement: A Review of Recent Research, in: Hyman, I. A. & Wise, J. H. (Hg.). *Corporal Punishment in American Education. Readings in History, Practice, and Alternatives*. Philadelphia: Temple University Press: 384-393.
- Liszt, F. v. (1970). Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm 1882), in: ders. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Bd. 1: 1875 bis 1891. Photomechanischer Nachdruck der Ausgabe Berlin 1905. Berlin: de Gruyter: 126-179.
- Lüderssen, K. (1995). *Abschaffen des Strafens?* (= edition suhrkamp, Bd. 1914). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Netzer, H. (1971). Einleitung, in: *Die Strafe in der Erziehung* (= Kleine Pädagogische Texte, Bd. 24). Bearbeitet von H. Netzer. 8., erweiterte Aufl. Weinheim/Berlin/Basel: Beltz: 5-13.

Noll, P. (1962). *Die ethische Begründung der Strafe* (= Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart: Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften, Bd. 244). Tübingen: Mohr (Siebeck).

Rossman, P. (1980). *After Punishment What? Discipline and Reconciliation*. Cleveland/New York: Collins.

Rousseau, J.-J. (1995). *Emil oder Über die Erziehung* (= Uni-Taschenbücher, Bd. 115). Vollständige Ausgabe. In neuer deutscher Fassung besorgt von L. Schmidts. 12. Aufl. Paderborn/München/Wien/Zürich: Schöningh.

Scheibe, W. (1977). *Die Strafe als Problem der Erziehung. Eine historische und systematische pädagogische Untersuchung*. 3., um ein Vorwort vermehrte Aufl. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Schleiermacher, F. (1957). Vorlesungen über Gegenwirkung, Strafe und Zucht, in: ders. *Pädagogische Schriften*. Unter Mitwirkung von Th. Schulze hrsgg. von E. Weniger. Bd. 2: Pädagogische Abhandlungen und Zeugnisse. Düsseldorf/München: Kupper: 171-202.

Smith, R. (1985). *Freedom and Discipline*. London/Boston/Sydney: Allen & Unwin.

Uhl, S. (1996). *Die Mittel der Moralerziehung und ihre Wirksamkeit*. Bad Heilbrunn: Klinkhardt.

Volkman-Raue, S. (1977). *Aggressions-Interaktionen bei repressionsfreier Erziehung. Eine Felduntersuchung* (= Arbeiten zur sozialwissenschaftlichen Psychologie, Bd. 6). Münster: Aschendorff.

Walters, G. & Grusec, J. E. (1977). *Punishment*. San Francisco: Freeman.

White, M. A. (1975). Natural Rates of Teacher Approval and Disapproval in the Classroom, in: *Journal of Applied Behavior Analysis* 8: 367-372.

Adresse

PD Dr. Siegfried Uhl, Pädagogische Hochschule Erfurt, Erziehungswissenschaftliche Fakultät, Postfach 307, D-99006 Erfurt

Zur Utopie einer straffreien Gesellschaft

Hans Westmeyer

((1)) Detaillierte Überlegungen zu den Möglichkeiten und Voraussetzungen einer straffreien Gesellschaft hat es in der Psychologie bereits in den 40er Jahren gegeben. B.F. Skinner veröffentlichte 1948 seine Gesellschaftsutopie *Walden Two*, in der er unter Extrapolation seiner in empirischen Untersuchungen überprüften Verhaltenstheorie eine Lebensweise propagierte, die es dem Menschen ermöglichen sollte, „ohne Streit miteinander zu leben, in einer Atmosphäre, die durch Vertrauen und nicht durch Verdacht, durch Liebe eher als durch Eifersucht, durch ein Miteinander und nicht durch ein Gegeneinander bestimmt wird“ (Skinner, 1972, S. 5). Das sollte u.a. erreicht werden „mit Hilfe sanfter, aber eindringlicher ethischer Sanktionen, nicht durch politische oder militärische Gewalt“ und durch wirksame Übertragung dieser neuen Lebensweise auf andere Menschen, „durch vorbildliche Kinderfürsorge und durchgreifende erzieherische Technologie“ (Skinner, 1972, S. 5). Sein Buch stieß auf lebhaftes Resonanz in der wissenschaftlichen Öffentlichkeit und weit darüber hinaus. Es wurde in mehr als drei Millionen Exemplaren verkauft. Seine Botschaft wurde von vielen Personen begeistert aufgenommen, allerdings war die Zahl derjenigen, die sich nicht mit ihr anfreunden konnten, sehr viel größer. Immerhin gab es in der Folgezeit Versuche, Gemeinschaften zu gründen, in denen nach den Prinzipien von *Walden Two* gelebt wurde.

((2)) Skinner hat sich mit dem Thema der Entbehrlichkeit von Strafe und den Alternativen zur Strafe später in seinem noch kontroverser diskutierten Buch *Beyond Freedom and Dignity* aus dem Jahre 1971 erneut befasst. Ein Teil der Diskussion dieses Buches erschien wenig später unter dem Titel *Beyond the Punitive Society* (Wheeler, 1973). Die Einführung in den Sammelband durch den Herausgeber trägt den Untertitel „A Nonpunitive World?“. Es geht also exakt um das Thema, das Scheerer in seiner *Kritik der strafenden Vernunft* behandelt.

((3)) Einerseits konzentriert sich Skinner mehr auf den Entwurf einer Gesellschaft, in der Strafe entbehrlich ist, und weniger auf die Folgen, die es hätte, wenn in unserer bestehenden Gesellschaft auf Strafe verzichtet würde. Andererseits finden sich bei Skinner und Scheerer viele Übereinstimmungen in der negativen Bewertung von Strafe und ihren Folgen. In der Auffassung, dass eine straffreie Gesellschaft grundsätzlich möglich ist und keine Utopie bleiben muss, sind sich beide einig. Allerdings fürchte ich, dass diese Einigkeit engere Grenzen hat, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. So vermute ich, dass Skinner und Scheerer unter Strafe und Bestrafung doch etwas in vielerlei Hinsicht Unterschiedliches verstehen. Ich kann es nur vermuten, weil Scheerer eine präzise Definition oder Explikation dessen, was er unter Strafe versteht, in seinem Beitrag schuldig bleibt.

((4)) Die Vermutung, dass bei ihm ein anderes Verständnis von Strafe als bei Skinner zugrunde liegt, wird durch seine These belegt, dass das Thema Strafe aus der heutigen Erziehungspraxis, z.B. in der Schule, so gut wie verschwunden sei ((2)). Körperliche Züchtigungen sind in der Tat nicht mehr zulässig, aber Maßnahmen wie Eintragung ins Klassenbuch, zusätzliche Hausarbeiten, Nachsitzen, Ausschluss von der Klassenfahrt, zeitweiser Ausschluss vom Unterricht, Androhung der Versetzung in eine Parallelklasse, Versetzung in eine Parallelklasse, Androhung der Verweisung von der Schule, Verweisung von der Schule gehören nach wie vor ins Repertoire schulischer Erziehungsmaßnahmen. Nimmt man seine These ernst, handelt es sich bei diesen Maßnahmen für Scheerer nicht um Strafmaßnahmen. Für Skinner dagegen sind alle Maßnahmen, die für die Betroffenen aversiven Charakter haben und kontingent auf das unerwünschte Verhalten folgen, Bestrafungen. Wird also ein Schüler, der sich an einer Schule sehr wohl fühlt, aufgrund seines abweichenden Verhaltens an eine andere Schule versetzt, ist das sehr wohl eine Strafe im Skinnerschen Sinne und sicher auch im Sinne des Schülers selbst.

((5)) Der als Alternative zur Strafe heute oft propagierte Täter-Opfer-Ausgleich wird inzwischen auch im schulischen Raum gern praktiziert. Allerdings lässt sich nicht selten feststellen, dass die in diesem Zusammenhang üblicherweise verlangte Entschuldigung des Täters beim Opfer für den Täter einen besonders aversiven Charakter hat. Die aktiv auszuführende Entschuldigung kann vom Täter als Gesichtungsverlust erlebt werden, so dass in einer passiv zu erduldenen körperlichen Züchtigung durch eine Erziehungsperson sogar das geringere Übel gesehen würde. Im Skinnerschen Sinne liegt also ganz klar eine Bestrafung vor, nicht so im Sinne von Scheerer. Oder habe ich ihn hier und an anderer Stelle falsch verstanden?

((6)) Was ist deshalb nötig, um in diesem Punkt zu mehr

Klarheit zu kommen? Vor allem eine klare Bestimmung des Begriffs der Strafe und seiner Abgrenzung von verwandten Begriffen, die sich auf andere Klassen von Maßnahmen als Konsequenz auf abweichendes bzw. normverletzendes Verhalten beziehen. Der Beitrag von Scheerer handelt an vielen Stellen von Strafe ganz allgemein, an anderen Stellen (z.B. (12) - (16)) explizit von der *Kriminalstrafe*, auch im letzten Abschnitt ((65)) geht es um die Abschaffung der *Kriminalstrafe*. Welche anderen Arten von Strafen gibt es nach seiner Auffassung noch? Können auch diese abgeschafft werden? Wie sieht er die Beziehung zwischen dem Begriff der Strafe und dem Begriff der Sanktion? Offenbar wird der Begriff der Sanktion als Oberbegriff gesehen und zwischen strafenden Sanktionen und nicht-strafenden Sanktionen unterschieden. Die Trennung erfolgt - so mein Eindruck - auf der Grundlage des Strafrechts, also einer sozialen Konstruktion, die die psychologische Wirkung der Sanktionen nicht explizit berücksichtigt und eine Sanktion auch dann eine Strafsanktion nennt, wenn diese aus psychologischer Sicht nicht als Bestrafung wirkt, während andererseits aus psychologischer Sicht als Bestrafung wirkende Sanktionen, wenn sie im Strafrecht nicht vorkommen, auch nicht als Strafsanktionen gelten können.

((7)) Diese missliche Situation hat natürlich Konsequenzen. Ein Verzicht auf das Strafrecht käme noch längst nicht einem Verzicht auf Strafe gleich. Und wenn Scheerer z.B. die schulischen Erziehungsmaßnahmen, von denen in ((4)) die Rede ist, nicht als Strafsanktionen bezeichnen will, bleiben selbst bei Abschaffung aller Strafen in seinem Sinne vielfältige Strafen im psychologischen Sinne mit all den unerwünschten Begleiterscheinungen, an deren Vermeidung auch Scheerer liegt, erhalten. Von einer straffreien Gesellschaft wären wir noch immer weit entfernt. Dabei ließe sich das, was Scheerer gegen die „Vernunft“ der Strafe im Sinne des Strafrechts vorbringt, auch gegen viele Strafsanktionen im psychologischen Sinne, ohne dass diese strafrechtlich von irgendeiner Bedeutung wären, vorbringen.

((8)) Nun ist Skinner nicht der einzige Psychologe, der sich sehr grundsätzlich mit der Institution der Strafe in der Gesellschaft befasst hat. Auch A. Bandura, über Jahrzehnte ein Konkurrent Skinners, hat sich intensiv mit Strafe und ihrer tatsächlichen oder vermeintlichen Abschreckungswirkung befasst (z.B. 1986, S. 270ff.). Zunächst einmal ist die Abschreckungswirkung einer Strafandrohung nicht für alle Personen gleich, sondern für unterschiedliche Personengruppen sehr unterschiedlich anzusetzen. Zum anderen ist die Stärke der Erwartung, dass auf eine Straftat auch eine Strafsanktion folgt, von zentraler Bedeutung. Wenn hier nur von einer geringen Wahrscheinlichkeit ausgegangen wird, nimmt es nicht Wunder, wenn auch die Abschreckungswirkung nur gering ausfällt. Dazu kommt, dass, wer viel zu verlieren hat, insbesondere eine geachtete soziale Position, sich eher gesetzestreu verhalten wird. Auch die Selbstwirksamkeitserwartung (Bandura, 1997) der betreffenden Person spielt in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle. Aus der Kombination dieser Faktoren ergibt sich dann die Abschreckungswirkung einer Strafandrohung für die jeweilige Person.

((9)) Hinsichtlich der Konsequenzen, die bei einer Abschaffung des Strafrechts mit einer fehlenden Strafandrohung ver-

bunden wären, gehen die Ansichten von Bandura und Scheerer erheblich auseinander. Scheerer ist in diesem Punkt eher optimistisch ((Anmerkung 41)), Bandura eher pessimistisch (1986, S. 278). Allerdings kann dieser Dissens auch darauf beruhen, dass Scheerer zwar auf die Strafandrohung durch das Strafrecht verzichten zu können glaubt, aber für entsprechende Taten andere Sanktionen vorsieht, die gefährdete Personen vielleicht erst recht zu vermeiden suchen werden. Hier wird ein weiterer Mangel des Beitrages von Scheerer offenkundig: das Fehlen explizit durchgearbeiteter Fallbeispiele. Es wäre zum Verständnis seiner Intentionen überaus hilfreich gewesen, wenn er an zwei Beispielen schwerer Kapitalverbrechen (z.B. mehrfacher Raub mit schwerer Körperverletzung und sexueller Missbrauch von Kindern mit anschließender Tötung) ausgeführt hätte, wie er sich jenseits des Strafrechts einen Umgang mit den betreffenden Personen vorstellt. Aus der Lektüre des Beitrages allein lassen sich für diese und andere Fälle keine klaren Hinweise gewinnen. Denn wenn ich den Beitrag richtig verstanden habe, ist Scheerer eben nicht Anhänger eines Kernstrafrechts (vgl. (Anmerkung 50)), das für derartige Fälle auch dann vorgesehen bleibt, wenn für minder schwere Taten kein Strafrecht mehr existiert ((39)).

((10)) Aus psychologischer Sicht am weitgehendsten ist natürlich die Frage, wie eine Gesellschaft aussehen muss, in der nicht nur auf Strafsanktionen im Sinne eines in seiner Ausgestaltung immer historisch-gesellschaftlich zu relativierenden Strafrechts verzichtet werden kann, sondern in der Bestrafung im sehr viel weiteren psychologischen Sinne seine Funktion als eine zentrale verhaltenssteuernde Institution verliert. Mit dieser Frage sind wir wieder bei Skinner und seiner Idee einer vor allem auf Verstärkung und nicht auf Bestrafung aufgebauten Verhaltenstechnologie. Skinner hat sich immer wieder mit dieser Frage beschäftigt und die Möglichkeiten und Voraussetzungen durchdacht, unter konsequenter Nutzung einer solchen Verhaltenstechnologie eine Gesellschaft, eine Kultur (*The Design of a Culture* heißt es z.B. in Skinner, 1971) zu entwerfen und zu gestalten, die auf die Institution der Strafe zur Verhaltenssteuerung nicht mehr angewiesen ist. Die Überlegungen dieses „gutartigen Anarchisten“, wie ihn einer seiner Biographen genannt hat (Wiener, 1996), lassen allerdings unmissverständlich deutlich werden, dass die Erreichung dieses Zieles seinen Preis hat und mit einer erheblichen Umgestaltung unserer heutigen Gesellschaft verbunden wäre. Entgegen Scheerer hält Skinner gerade die Ideen der Freiheit und Menschenwürde in diesem Kontext nicht für zielführende Leitideen.

((11)) Ich habe hier Skinner nicht deshalb in den Mittelpunkt meiner Stellungnahme gerückt, weil ich seinen Vorstellungen in wesentlichen Punkten zustimme (vgl. Westmeyer, 1973). Ich meine nur, seine Überlegungen sind für die Thematik des Beitrages von Scheerer absolut einschlägig und sollten in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft in die Diskussion einbezogen werden. Skinners diesbezügliche Arbeiten sind zur Zeit ihrer Veröffentlichung vielfach missverstanden worden. Wie der Beitrag von Scheerer zeigt, ist die Diskussion inzwischen weiter fortgeschritten, so dass es heute gelingen sollte, Skinners Arbeiten unvoreingenommener zu lesen, als dies viele Zeitgenossen damals möglich war.

Literatur

- Bandura, A. (1986). *Social foundations of thought and action*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Bandura, A. (1997). *Self-efficacy: The exercise of control*. New York: W.H. Freeman.
- Skinner, B.F. (1948). *Walden Two*. New York: Macmillan.
- Skinner, B.F. (1971). *Beyond freedom and dignity*. New York: Knopf.
- Skinner, B.F. (1972). *Futurum Zwei: "Walden Two"*. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt. [Deutsche Übersetzung von Skinner (1948)]
- Westmeyer, H. (1973). *Kritik der psychologischen Unvernunft: Probleme der Psychologie als Wissenschaft*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Wheeler, H. (Ed.). (1973). *Beyond the punitive society*. London: Wildwood House.
- Wheeler, H. (1973). Introduction: A nonpunitive world? In H. Wheeler (Ed.), *Beyond the punitive society* (pp. 1-21). London: Wildwood House.
- Wiener, D.N. (1996). *B.F. Skinner: Benign anarchist*. Boston: Allyn and Bacon.

Adresse

Prof. Dr. Hans Westmeyer, Studiengang Psychologie (WE 08), Freie Universität Berlin, Habelschwerdter Allee 45, D-14195 Berlin

Ersetzung der Strafe durch Besseres?

Jean-Claude Wolf

((1)) Sebastian Scheerer macht eine ganze Reihe von Gründen namhaft, welche die Meinung, Strafen seien notwendig und unvermeidbar, problematisieren. Dass nicht einmal die grossen Utopien von Morus, Campanella und Swift eine Gesellschaft ohne Strafe imaginieren, sage mehr aus über die Trägheit der Phantasie als über eine vermeintliche Notwendigkeit. Pädagogische Strafen seien kein Thema mehr. Strafen seien weder normal noch natürlich oder ein wertvolles Kulturerbe der Menschheit. Strafe lasse sich zwar nicht einfach als verkappte Rache abtun, und Rache sei gar nicht so schlecht wie ihr Ruf, aber die Versuche, Strafe als Steuerungsinstrument der Gesellschaft zu rechtfertigen, seien zum Scheitern verurteilt. Sowohl die bekannten Strafgründe der Spezial- und Generalprävention für sich genommen als auch die sog. Vereinigungstheorien könnten nicht den Nachweis erbringen, dass Strafe erforderlich sei. Werde der Präventionismus perfektioniert, so trete er in Konflikt mit Rücksichten auf die Gerechtigkeit. Das symbolische Strafrecht – empirisch kaum erforscht – strebe "nach einer symbolischen Wiederherstellung des durch den Verbrecher Zerstorten" ((34)). "Idealerweise wird mit Strafe belegt, was auf unerträgliche Weise die Sphäre der individuellen Freiheit verletzt." ((35)) Auch diese Theorie sei (oder stelle sich) blind für unerwünschte und ungerechte Nebenwirkungen. Es handle sich um eine kostspielige Symbolik der Strafe, deren Plausibilität auf ein Kernstrafrecht beschränkt bleibe. Die erwünschte Symbolik lasse sich im übrigen durch andere Mittel ebenso gut oder besser darstellen. Jedenfalls würden die Verfassungsverträglichkeit und die versprochene Wirksamkeit und Unersetzbarkeit des Strafrechts nicht intersubjektiv überprüfbar dargelegt. Über Alternativen zum Strafrecht werde zu wenig nachgedacht. - Der Beitrag von Scheerer ist ein bemerkenswertes Zeugnis dafür,

dass Kriminologen keine Sekte bilden, deren Mitglieder von der Notwendigkeit und Vernünftigkeit staatlichen Strafens ex professo überzeugt wären.

((2)) Hat Scheerer alle Straftheorien geprüft? Ich glaube nicht. Er beschränkt sich auf Spezial- und Generalprävention, Vergeltungstheorien, gemischte Theorien und symbolische Theorien. Eine weitere Straftheorie verankert das Recht des Staates auf Strafe im Gedanken der gesellschaftlichen Selbstverteidigung. Diese Theorie stützt sich weder auf Präventionsgedanken noch auf Vergeltungsgründe, sondern auf den Gedanken einer fairen Verteilung von Lasten in erzwungenen Wahlsituationen. Die Nachteile sollen jene treffen, welche solche Situationen verursachen. Diese Theorie überträgt das Recht auf individuelle Notwehr auf die Gesellschaft und begründet damit die grundsätzliche Autorisierung des Staates, Rechtsbrecher zu strafen. Die Gesellschaft muss sich gegen Angriffe auf Rechtsgüter verteidigen. Der Staat tut dies an ihrer Stelle, und zwar u.a. mit dem Mittel des Strafrechts. Dabei könnte sogar der Todesstrafe als dem wirksamsten Mittel der Unschädlichmachung gefährlicher "Angreifer" eine neue Rolle zukommen (vgl. Montague 1995). Da diese Theorie von Scheerer nicht explizit erwähnt wird, werden wir im nächsten und im letzten Abschnitt auf sie zurückkommen.

((3)) Die "Kritik der strafenden Vernunft" richtet sich gegen ein vertikales Verständnis des Verhältnisses von Staat und Bürger. Das berechtigte Anliegen richtet sich gegen die Staatsvergötzung. Die Kritik von Sebastian Scheerer ist inspiriert von einer Faszination für herrschaftsfreie Gesellschaften. Ich teile diese Faszination nicht. Die Hoheit des Staates besteht darin, dass er eine konkurrenzlose, nur durch Verfassung und demokratische Prozesse kontrollierte Übermacht darstellt. Auf diese Hoheit, die durch das Strafrecht symbolisch unterstrichen wird, kann ein Staat meines Erachtens nicht verzichten. Doch es geht nicht nur um diesen Symbolismus, sondern um die Vollmacht zur Verteidigung gegen kleine und grosse Angreifer, insbesondere Wirtschaftsverbände, die de facto Staaten im Staate bilden. In der Anwendung auf die neutralisierende und schlichtende Gewalt des Staates als Korrektiv zur Bildung von Monopolen und "Staaten im Staat" scheint die Theorie der gesellschaftlichen Selbstverteidigung besonders gut zu passen. Der Staat muss in der Lage sein, privaten Organisationen Paroli zu bieten und z.B. Kartellgesetze durchzusetzen. Das tut er zwar nicht direkt durch strafrechtliche Sanktionen, doch wären Normen aller Art letztlich noch durchsetzbar ohne flankierende *Strafandrohungen*? Wer hält z.B. die Mafia im Schach? Geht es hier nicht um eine Staatsaufgabe, die nicht privatisiert werden kann? Kann ein Staat das Strafmonopol beibehalten und aufheben, hoheitlich (vertikal) zu agieren? Ich würde nicht so weit gehen und sagen, jeder Staat sei besser als gar keiner. Der Staat muss seinerseits der Kontrolle und Kritik ausgesetzt sein. Doch ich glaube, dass es immer noch das geringere Übel ist, im Schatten eines rechtsstaatlich und demokratisch gezähmten *Leviathans* leben zu müssen als im Schatten von Bill Gates und anderen Grossaktionären oder gar unter der Kontrolle einer Mafia. Die Vollmacht zur Verteidigung der Gesellschaft gegen kleine Angreifer ist ebenfalls vital für eine Gesellschaft, die sich nicht auf private Schutzorganisationen oder gar das unkontrollierte Wuchern einer Privatjustiz verlassen will.

((4)) Scheerer vertritt einen Abolitionismus in Bezug auf das Strafrecht. Dieses soll – langfristig – völlig abgeschafft werden. Doch was kommt an seiner Stelle? In den sechziger Jahren wurde der Abolitionismus unter dem Schlagwort "Therapie statt Strafe" bekannt. Eine geistvolle Vorwegnahme dieser Ersetzung der Strafe durch medizinische Behandlung findet sich bei Friedrich Nietzsche (vgl. *Morgenröte*, Abschnitt 202). Und auch jüngste Versuche charakterisieren Kriminalität als "social ill" (Luke 1996, 179). Nicht nur die Grenzen der Wirksamkeit von Therapien, sondern auch die Problematik paternalistischer Begründungen haben den anfänglichen Charme dieser Alternative zunichte gemacht. Therapien in Zwangssituationen (d.h. ohne freiwillige Zustimmung, eventuell ohne "Krankheitseinsicht") sind in der Regel nicht nur zwecklos, sondern sie stellen einen eklatanten Verstoss dar gegen den Respekt vor Personen. So gesehen hat man nachträglich Autoren wie Kant und Hegel recht gegeben, die glaubten, einer verdienten Strafe könne der Bestrafte eher zustimmen als einer gut gemeinten, aber unerwünschten Persönlichkeitsveränderung. Die einer Therapie vorangehende Pathologisierung kann als totale Entmündigung empfunden werden, auch wenn das langfristige Ziel einer Therapie die Stärkung der Autonomie ist. Die Ersetzung der Gefängnisstrafe durch Besseres kann also kaum in der Verordnung von Zwangstherapien bestehen. Einen wichtigen Vorbehalt gegen die Ersetzung von Strafe durch Therapie hat Nietzsche in dem erwähnten Abschnitt gemacht: Konsequenz wäre diese Richtung nur unter zwei Bedingungen: Erstens, dass wir es für unnötig grausam halten, Kranke zu bestrafen (und Grausamkeit moralisch verurteilen, obwohl Grausamkeit nach Nietzsches eigenen Worten zu den ältesten Festfreuden der Menschheit gehört); zweitens, wie Nietzsche schreibt: "vorausgesetzt, dass man glaubt, die übliche moralische Denkweise sei die Denkweise der geistigen Gesundheit."

((5)) Wohin führt der Abolitionismus? Führt er lediglich zu einer Abschaffung des geschlossenen Strafvollzugs? Führt er langfristig auch zur Abschaffung anderer Formen des Strafvollzugs? Oder führt das Abbrechen von Gefängnissen und Zuchthäusern zu neuen (z.B. elektronischen) Formen der Überwachung und Kontrolle, also subtileren Formen des Freiheitsentzugs? Oder soll vor allem das Schuldstrafrecht abgeschafft und durch ein rechtsstaatlich kontrolliertes reines Massnahmenrecht ersetzt werden? Oder wird staatliches Strafen de facto abgelöst durch privat organisierte oder unorganisierte ("diffuse") Sanktionen? Führen Alternativen zu deklarierten und ritualisierten Strafen zu verkappten Sanktionen? Dies ist eine fundamentale Schwierigkeiten des sog. Abolitionismus, der kein klares Profil hat und viele Intensitätsgrade annehmen kann. Die Definition von 'Strafe' ist umstritten (vgl. die Beiträge in Acton 1969). Der Übergang von sog. paradigmatischen Strafen zu untypischen Strafen ist schleichend, wie etwa die Debatte um die Ausweitung und Begrenzung des Massnahmenrechts zeigt. Dies gilt auch und ganz besonders für den Bereich der Erziehung. Offene Strafen werden z.B. umbenannt in "Korrektionsmittel" (vgl. Simmel 1999, 136) oder "Vorsichtsmassnahmen" (wie etwa ein Berufsverbot für pädophile Lehrer). Das scheinbare Verschwinden pädagogischer Strafen – ihre Ersetzung durch "Liebesentzug", durch den ernsten und traurigen Blick der Eltern oder Lehrpersonen – ist eher eine Verschleierung als eine Verbesserung. Plumpe Strafen werden

ersetzt durch raffiniertere Sanktionen, die nicht einmal einen expliziten Schuldvorwurf enthalten. Kultur – das ist der Fortschritt von der Roheit zur Tücke. Das kalkulierte Wehetun und Demütigen wird nicht seltener, und es wird diffus und sowohl hierarchisch als auch inter pares – z.B. unter Schülern – praktiziert. Die Praxis der Erziehung in Familie und Schule ist erfüllt von Sanktionsandrohungen, und ich sehe keine Alternative dazu. Ich teile den diesbezüglichen Optimismus von Sebastian Scheerer nicht. Es ist jedoch denkbar, dass die "Sanktionsdichte" im Umgang mit Kindern und anderen Abhängigen irrational ist und eher auf dem "Recht des Stärkeren" als auf guten Gründen basiert. Die Menschen werden nicht vernünftiger; sie halten an alten Riten fest und werden neue erfinden. Die Kritik an der strafenden Vernunft kann also zwei Ziele haben: Den Nachweis, dass Alternativen zu Strafen vernünftiger sind und in Zukunft häufiger werden (so Scheerer); oder den Nachweis, dass Alternativen zu Strafen vernünftiger wären, aber weder heute noch morgen häufiger sein werden. Ich neige zur zweiten Auffassung, und zwar mit der etwas elitär anmutenden Begründung, dass das Interesse an der Evaluation von Argumenten eine Sache von Minderheiten ist und bleiben wird. Noch seltener aber sind Menschen, die nach ihren geprüften Überzeugungen LEBEN. Die Mehrheit der Menschen – sowohl unter den Kriminellen als auch unter den Rechtskonformen – wird aus Affekten und Vorurteilen handeln – und nicht einmal konsequent nach ihren Vorurteilen leben.

((6)) Auch die erwähnte Theorie der gesellschaftlichen Selbstverteidigung ist der Kritik ausgesetzt. Sie bleibt lückenhaft und angreifbar, weil keine staatliche Hoheit alle Mitglieder der Gesellschaft angemessen repräsentiert und immer die sehr reale Gefahr besteht, eine Mehrheit auf Kosten von Minderheiten zu verteidigen. Insbesondere kommt die schöpferische und ästhetische Bedeutung von Normverletzungen in den Straftheorien meist zu kurz. Der saubere Nachweis der Vernünftigkeit staatlicher und pädagogischer Strafen bleibt vielleicht so aussichtslos wie der Nachweis der Vernünftigkeit von Ritualen. Gerade in der Erziehung können Strafen als Rituale der Beschämung und reintegrierenden Versöhnung psychologisch verstanden werden. Die Hartnäckigkeit von Ritualen erlaubt zwar eine gewisse Erklärung, doch kaum eine vernünftige Rechtfertigung. Strafen bleibt ebenso vernünftig oder unvernünftig wie die Praxis von Opfern und Ritualen. Wie steht es mit der "Vernünftigkeit" religiöser Einstellungen und Weltbilder? Es könnte sich um lokale "Vernünftigkeit" handeln. Man bleibt vernünftig genug, um sich nicht völlig zu isolieren und zumindest in seinen signifikanten Stützgruppen Ansehen und Anerkennung zu geniessen. Vielleicht gibt es keine universalen Standards zur Beurteilung von Religionen. Ist der Glaube an das Strafrecht – mit seinen kühnen Präsuppositionen von freiem Willen, Identität der Person in der Zeit, Schuldfähigkeit, verdienten Strafen usw. – eine verkappte Religion? (Vgl. Bry 1924) Ist die vorherrschende Wahrnehmung von Straftätern eine verkappte Form von sozialem Partikularismus, vergleichbar dem Rassismus und anderen Formen der manisch-wahnhaften Selbstprivilegierung? Falls es keine universalen Standards der Bewertung des Strafrechts gibt, wird strafende Vernunft nur lokal verbindlich und überzeugend bleiben. An der Vernünftigkeit von Strafen werden eher jene festhalten, die das "moralische Glück" (vgl. Statman 1993) haben, selber nie bestraft zu werden, oder die von der Existenz

des Strafrechts zu profitieren glauben. Dieser Skeptizismus in Bezug auf universale Standards der Bewertung würde aber nicht nur die Legitimität der Strafe schwächen, sondern auch die Legitimität des Appells an eine herrschaftsfreie Gesellschaft und der Appelle an Aufklärung und Emanzipation.

((7)) Wir leben in einer skeptischen Kultur, in der Theologieprofessorinnen wie Dorothea Sölle "atheistisch an Gott glauben" und Kriminologen wie Sebastian Scheerer am Sinn und der Vernunft des Strafrechts zweifeln. Wäre es in diesem Fall nicht konsequent, den Beruf zu wechseln? Kant schreibt: "Konsequent zu sein, ist die grösste Obliegenheit eines Philosophen, und wird doch am seltensten angetroffen." (Kant 1995, 42). Kants Diktum mag zutreffen, wo es sich um klare Begriffe oder feste Überzeugungen handelt. Es ist jedoch nicht besonders klar, was es heisst, konsequent nach seinen Zweifeln zu leben. Aus ähnlichen Zweifeln lassen sich verschiedene Konsequenzen ziehen: Der Abolitionist sucht nach Alternativen zum Strafrecht, der philosophische Skeptiker nach Alternativen zur vermeintlich universalen Vernunft. Damit soll der Reiz und der Nutzen theoretischer Debatten keineswegs geschmälert werden. Nur die Hoffnung auf Einigung muss gedämpft werden, und sie wird enttäuscht, wenn man etwa einen aktuellen Debatteband zur Todesstrafe studiert, in der zwei Autoren auf der Basis nahezu gleicher theoretischer Prämissen und mit Bezugnahme auf die besten verfügbaren Wirkungsstudien zu entgegengesetzten Stellungnahmen kommen: Pojman plädiert für die Todesstrafe, Reiman dagegen (vgl. Pojman/Reiman 1998). Ein Argument von Pojman (und van den Haag) gegen Reiman besagt, dass derselbe Einwand (der von Reiman betonte Aspekt der Benachteiligung von Armen und Schwarzen beim Vollzug der Todesstrafe in den USA), wird er als Plädoyer zur Abschaffung der Todesstrafe verstanden, mutatis mutandis auch zur Abschaffung des Strafrechts führen müsste. Für Reiman ist "halbe Gerechtigkeit" keine Gerechtigkeit; für van den Haag und Pojman ist "halbe Gerechtigkeit" besser als gar keine. (Ich simplifiziere hier die subtile Auseinandersetzung.) Wenn Spezialisten sich auf zentrale Fragen nicht einigen können, obwohl sie mit der gleichen Theorie und den gleichen Fakten operieren, so bestätigen sie den Verdacht, dass manche konkreten Stellungnahmen durch unsere Theorien und Werte nicht vollständig determiniert sind – insofern wären wir auch ohne gemeinsame Theorien und Werte nicht unbedingt schlechter dran. Es gibt häufig Meinungsverschiedenheiten zwischen Experten, weil die menschliche Vernunft radikal perspektivisch ist. Je nachdem, ob man mehr Täter – oder Opfer – identifiziert argumentiert, wird man die Todesstrafe nach reiflicher Überlegung vielleicht unterschiedlich einschätzen. Selbst in Bezug auf Nutzen oder Entbehrlichkeit des Strafrechts insgesamt kann es keinen "idealen Konsens" geben. Auch jene, welche das Strafrecht als Ritual und Komödie bezeichnen, können – mit geistreichen Argumenten – die These vertreten, das menschliche Leben sei partiell irrational, der Wunsch nach Bestrafung der Schuldigen, ja sogar der Wunsch nach Bestrafung auf seiten der Schuldigen, gehöre zur Komödie des Lebens. "Life ... is essentially a comedy." (vgl. Jung 1998, 341).

Literatur

Acton, H.B. (1969) (ed.): *The Philosophy of Punishment. A Collection of Papers*, London and Basingstoke: Macmillan.

Bry, Carl Christian (1924): *Verkappte Religionen*, Gotha/ Stuttgart: Verlag Friedrich Andreas Perthes A.-G.

Jung, Carl Gustav (1998): *Seminar on Nietzsche's "Zarathustra"*, edited and abridged by James L. Jarrett, Bollinger Series XCIX, Princeton: UP [Protokolle aus den Jahren 1934-1939].

Kant, Immanuel (1995): *Kritik der praktischen Vernunft*, Stuttgart [EA Riga 1788].

Luke, Andrew (1996): Tackling Crime by Other Means, in: *Journal of Applied Philosophy* 13, 2, 179-188.

Montague, Philipp (1995): *Punishment as Societal Defense*, Boston, London: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

Nietzsche, Friedrich Wilhelm (1991): *Morgenröte. Gedanken über die moralischen Vorurteile*, Stuttgart: Kröner Verlag [EA Chemnitz 1881, 2. Auflage mit Vorrede 1887].

Pojman, Louis P./Reiman, Jeffrey (1998): *The Death Penalty. For and Against*, Lanham, Boulder, New York, Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

Scheerer, Sebastian (2001): Kritik der strafenden Vernunft, in: *Ethik und Sozialwissenschaften*, Heft 1, 69-83.

Simmel, Georg (1999): *Schulpädagogik*, Konstanz.

Statman, Daniel (1993) (ed.): *Moral Luck*, Albany: State University of New York Press.

Adresse

Prof. Dr. Jean-Claude Wolf, Universität Fribourg, Philosophisches Seminar, Miséricorde, CH-1700 Fribourg

Replik

Protektive, restaurative und transformative Alternativen zur Strafe

Sebastian Scheerer

"Dass die Strafe in der kollektiven Phantasie zur Wiederherstellung eines zerstörten Gleichgewichts gehört und doch faktisch das reproduziert, was zu bekämpfen sie vermeint, gehört zu einer bemerkenswerten Themenkarriere, die man auch psychoanalytisch als Wiederholungszwang bezeichnen könnte."

Lorenz Böllinger (11)

I. Einleitung

((1)) Den Kritikerinnen und Kritikern meiner *Kritik der strafenden Vernunft* bin ich ausserordentlich dankbar für die Ernsthaftigkeit und Klarheit ihrer Kommentare. Sie zu studieren, ist ein Gewinn und ein Genuss. Ich hoffe, zumindest in einigen Punkten Versäumtes nachholen, Mißverständnisse aufklären und Differenzierungen anbringen zu können. Besonders wichtig finde ich Antonio Beristains (4) Hinweis, dass es bes-

ser sei, nicht immer vereinfachend von "dem Opfer", sondern von "den Opfern" zu sprechen. – Vielleicht hätte ich auch explizit sagen sollen, dass ich die Institution der Strafe nicht für China, den Irak und den Iran behandeln wollte, sondern nur bezogen auf Gegenwartsgesellschaften "westlichen Typs", in gewisser Weise also durchaus *euro-zentriert* (Hans-Jörg Albrecht, 1).¹ – Ungeteilte Zustimmung verdienen zudem alle Hinweise darauf, dass die kriminalpolitische Großwetterlage eher auf die mittelfristige Stärkung punitiver Tendenzen als auf die Abolition der Strafe hindeutet.² – Allerdings sollte die schlechte Konjunktur gerade ein Anreiz sein, gleichsam antizyklisch zu denken und aktuelle Spielräume einer *negativen Kriminalpolitik* (Gustav Radbruch) und sogenannter *negativer Reformen* (Thomas Mathiesen), also solcher Reformen, die ein Stück überflüssiger Herrschaft aufheben, zu erkunden. – Tut man dies, so wird man früher oder später den Verdacht nicht mehr los, dass dieselben Bedingungen, die den strafenden Staat heute so selbstbewusst auftreten lassen, durchaus auch die objektive Möglichkeit beinhalten, schon unter den aktuellen Umständen auch auf die Strafe zu verzichten, dass man also mit der Überwindung der Strafe als sozialer Institution nicht unbedingt warten muss, bis sich die Natur des Menschen radikal verbessert (Eberhard Schmidhäuser) oder eine Revolution alle sozialen Ungleichheiten hinweggefegt hat (Gerlinda Smaus). Ein Verdacht aber kann sich zur Hypothese verdichten und zu der provisorischen Meinung werden, dass es jenseits der Strafe sogar gelingen könnte, den Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit ebenso wie den berechtigten Interessen der Opfer und Täter in weitaus höherem Masse als bisher gerecht zu werden.

((2)) Die Idee der objektiven Möglichkeit eines Verzichts auf die Strafe gewinnt dann womöglich Brisanz im Kontext der normativen Literatur über Politik und Recht, in der es schon vor der aktuellen Debatte über den *lean state* bezüglich des Strafrechts hiess, dass es im freiheitlichen Rechtsstaat seine Rechtfertigung allein aus seiner sozialen Notwendigkeit ableite (*ultima ratio* Prinzip, Prinzip der *Subsidiarität* der Strafe). Denn verknüpft man die Hypothese der Ersetzbarkeit der staatlichen Strafe mit dieser normativen Vorgabe, dann scheint es plötzlich um die *Existenzberechtigung* der Strafe als sozialer Institution in scharfem Kontrast zu ihrer *faktischen* Akzeptanz und Expansion nicht mehr so gut bestellt. – Gewiss: die praktisch-politischen Konsequenzen einer solchen Erkenntnis bleiben "Eine Frage von Kräfteverhältnissen" (Helmut Fleischer). Theoretische Bedeutung und diskursiven Geltungsanspruch einer solchen Delegitimierung der Strafe kann das jedoch schon nicht mehr schmälern.

((3)) Dann wird es denkbar, dass ein bestimmter *Typ* von Sanktionen, nämlich die Strafe (die öffentliche Strafe; die Kriminalstrafe; das System der Strafrechtspflege von der Strafgesetzgebung bis zum Strafvollzug; *the criminal justice system*) für Gegenwartsgesellschaften westlichen Typs erstens nicht notwendig und zweitens unter Zugrundelegung allgemein anerkannter Legitimationsvoraussetzungen des Strafrechts (*ultima ratio*; Subsidiarität) eben deshalb abzuschaffen sei (Strub, 1).³

((4)) Ganz voraussetzungslos ist diese Argumentation zwar nicht (Greve, 10; Fischer, 2). Versprochen hatte ich allerdings auch nur den Versuch, "möglichst" voraussetzungslos zu ar-

gumentieren. Das ist ein erheblicher Unterschied. Alles, was ich vorhatte und vorhabe, war, mich im Bezugsrahmen des heutigen normativen Legitimationsdiskurses zu bewegen und mir die Argumentation nicht durch die selbständige Einführung zusätzlicher Legitimationsvoraussetzungen der Strafe (die vielleicht nur von den Anhängern sehr partikularer Standpunkte geteilt werden), zu erleichtern. Sich innerhalb eines nachmetaphysischen Bezugsrahmens zu bewegen, wenn es um die Frage der Legitimation staatlicher Rechtsbefugnisse handelt, kann ebenso wenig als Idiosynkrasie abgetan werden wie die Zugrundelegung der Geltung des *ultima ratio* Prinzips.⁴

II. Zur Struktur der Strafkritik

((5)) In gewisser Weise hatte ich es mir mit der Argumentation zugegebenermaßen leicht gemacht. Anstatt den schwierigen Nachweis zu liefern, dass und wie sich die Funktionen der Strafe auch anders und besser erfüllen lassen, hatte ich mich im wesentlichen darauf beschränkt, die Legitimation der Strafe in Frage zu stellen. Diese Selbstbeschränkung ist, gelinde gesagt, nicht widerspruchlos hingenommen worden. Gleichwohl halte ich sie für richtig und eine Klarstellung für wichtig. Dazu muss ich ein ganz wenig ausholen.

((6)) Ich hatte mich auf etwa folgende Argumentationslinie beschränkt: in einer freiheitlich-demokratisch verfassten Gesellschaft mit zunehmender Ablösung hierarchischer durch funktional ausdifferenzierte Organisationsstrukturen wird das Strafrecht unter höheren Legitimationsdruck gesetzt, der das Gelingen des Nachweises, dass es sich dabei um eine unabdingbar notwendige Institution handelt, zunehmend unwahrscheinlich macht; es sei im übrigen im wesentlichen eine vorkonstitutionelle Institution, die man sich heute wohl kaum zu erfinden traute, hätte man sie nicht von Epoche zu Epoche mitgeschleppt; von dem Nachweis der Funktionsfähigkeit der Alternativen zum Strafrecht wollte ich meine Argumentation hingegen nicht abhängig machen. Dies nicht nur, weil es schwieriger ist, die Funktionsfähigkeit des Künftigen als die Fehler des Bestehenden darzulegen, sondern vor allem deshalb, weil die Beweislast in einem solchen Streit in der Tat nicht von den Kritikern, sondern von den Verteidigern des Status Quo zu tragen ist. Zumindest in der Theorie, hatte ich behauptet, handele es sich bei dem Nachweis der Notwendigkeit der Strafe um eine Bringschuld. Eine dumpfe allgemeine Hinnahme der Strafe durch die Allgemeinheit könne eine anspruchsvolle und über jeden vernünftigen Zweifel erhabene Rechtfertigung der Strafe im Vergleich zu denkbaren Alternativen nicht ersetzen. Um das Argument der relativen Unerheblichkeit des allgemeinen Glaubens an die Notwendigkeit der Strafe für deren theoretische Rechtfertigung mit einem Beispiel zu illustrieren, hatte ich zudem auf die Abschaffung der Strafe in der Erziehung hingewiesen und zu zeigen versucht, dass rechtliche Zwangsinstitutionen, die zu einem Zeitpunkt ganz allgemein als unersetzlich angesehen werden, schon relativ kurze Zeit später als illegitim erkannt und abgeschafft werden können. Um zumindest anzudeuten, in welcher Richtung nach Alternativen zur Strafe gesucht werden könne, brachte ich zudem das Beispiel des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses auf. – Sowohl die These von der Bringschuld als auch die Relevanz des vorkonstitutionellen Cha-

racters der Strafe als auch das Beispiel aus der Erziehung als auch die Idee mit dem Untersuchungsausschuss erfuhren allerdings harsche Kritik.

III. Zur Kritik der Argumentationsstruktur

1. Bringschuld und Beweislast

((7)) KritikerInnen meinten: Wer eine Institution abschaffen will, die seit Beginn der Aufzeichnungen über Recht bekannt ist, argumentiert unplausibel, wenn er für deren Abschaffung geringere Beweisverpflichtungen postuliert als für deren Beibehaltung. Beim Strafrecht weiß man jedenfalls, was man hat. Was das "möglicherweise destabilisierende Experiment eines Herunterfahrens strafrechtlicher Kontrollen" nach sich zieht, weiß man nicht. In einer solchen Lage ist es naheliegend zu argumentieren, dass die Kritik der Strafrechts "der noch besser mit Tatsachen untermauerten Argumente als die konservative Gegenposition" bedürfe (Streng, 2; auch Greve, 9; Müller, 4; Reemtsma, 8).

((8)) Diese Kritik vermischt aber theoretische und politische Begründungsanforderungen und Beweislastregeln:

- Institutionen des Rechtszwangs, juristisch abgesicherte Gewaltverhältnisse, bedürfen im freiheitlichen Rechtsstaat der positiven Begründung ihrer Notwendigkeit. Die Berufung auf Tradition reicht ebenso wenig wie die auf breite Akzeptanz (hätte man andernfalls jemals die Strafbarkeit der Homosexualität abgeschafft?). Anders als Reemtsma (4) meint, müssen sie sehr wohl vor einem Forum der Vernunft bestehen.⁵ In neuerer Zeit verlangt die Legitimation staatlicher Eingriffe (einzelner wie institutionalisierter Art) nach empirischen Belegen ihrer Vereinbarkeit mit akzeptierten Werten und ihrer Erforderlichkeit im Vergleich zu denkbaren anderen Lösungen. Mit diesen beiden Dimensionen, der wert- und der zweckrationalen, haben sich Versuche einer theoretischen Begründung rechtlicher Zwangsverhältnisse erfolgreich, d.h. auf ausreichender empirischer Basis, auseinanderzusetzen. Gelingt ihnen dieser Nachweis ihrer Vernunftbegründung nicht, ist nicht einzusehen, wie sie auch nur den blassesten Anschein einer Rechtfertigung beanspruchen können sollten.
- Um die reale Abschaffung einer Institution durchzusetzen, bedarf es nicht nur des Versagens von deren theoretischer Legitimation, sondern darüber hinaus der besseren Argumente für das, was man stattdessen will. Die Beweislast liegt hier nicht bei den Verteidigern, sondern bei den Kritikern des Bestehenden.

Ergebnis: Im theoretischen Legitimationsdiskurs liegt die Beweislast für die Existenzberechtigung eines rechtlichen Zwangsverhältnisses beim Staat. Im politischen Reformdiskurs liegt die Beweislast für die relativen Vorteile einer Alternative zum kritisierten Zwangsverhältnis bei den Reformern. In der Kritik der strafenden Vernunft ging es mir in erster Linie darum, auf der Tatsache zu insistieren, dass die Strafe nicht hinreichend legitimiert ist und dass man nicht einmal weiß, ob sie bei entsprechenden Bemühungen legitimierbar wäre. Bisher ist allerdings nicht einmal von ersthaften Versuchen einer Erledigung dieser Hausaufgaben der Strafrechtswissen-

schaft etwas zu bemerken. – Auch ist die aktive Beweislast zugunsten nichtpunitiver Alternativen im politischen Reformdiskurs keineswegs so materialarm wie oft unterstellt.

2. Der vorkonstitutionelle Charakter der Strafe

((9)) Dass die Strafe aus einer vordemokratischen Zeit stammt, halten zwei Kritiker für in der Tat problematisch.⁶ Zwei andere, Reemtsma (9) und Greve (10), zeigen sich weniger beeindruckt und fragen: "aber was besagt das? Die Landwirtschaft stammt auch aus einer vordemokratischen Zeit", bzw.: "Na und? Erstens stammt auch Moral aus einer vordemokratischen Zeit und zweitens ist Demokratie per se keine Legitimationsinstanz."

((10)) Moral und Landwirtschaft mussten aber, nicht anders als das Recht, seit der Antike auf einige einst tragende Institutionen verzichten (Mehrehe, Knabenliebe, Sklaverei, Leibeigenschaft) und es entbehrt jeder Plausibilität zu glauben, dass dieser Prozess der Angleichung der Verhältnisse an die jeweils neueren Wertordnungen irgendwann einmal für immer und ewig abgeschlossen sein sollte. In Deutschland zum Beispiel war und ist das Bundesverfassungsgericht bis heute damit beschäftigt, einzelne Bestimmungen und ganze Institutionen des Nichtehelichen-, des Namens-, Scheidungs-, Erb-, Steuer- und sonstigen Rechts auf ihre Vereinbarkeit mit der Wertordnung des Grundgesetzes zu überprüfen. Es tut dies anlassbezogen und nicht systematisch. Letzteres ist eine unerledigte Aufgabe der Rechtswissenschaft. So sind denn aus dem Strafkatalog einige Bestimmungen (wie die Kriminalisierung der Homosexualität) wegen ihrer Unvereinbarkeit mit der Verfassung gestrichen worden. Von einer systematischen Revision der Strafe als sozialer Institution im Lichte des Grundgesetzes kann aber die Rede nicht sein. Dass es Gründe dafür gibt, macht die Sache nicht besser.⁷ Und die Notwendigkeit einer Besserung bleibt von ihrer Unwahrscheinlichkeit unberührt.

3. Strafe in der Erziehung

((11)) Der Einwände gegen das Beispiel des Schicksals der Strafe in der Erziehung gab es zwei: *erstens* ließen sich die Erziehungsstrafe und die Kriminalstrafe nicht miteinander vergleichen (Jakobs, 7; Schmidhäuser, 10) und *zweitens* sei die Strafe in der Erziehung auch gar nicht wirklich abgeschafft worden (Greve, 2, 5).

((12)) Der erste Einwand geht aber insofern fehl, als ich gar keine Wesensgleichheit der beiden Arten der Strafe behauptete, sondern das Schicksal der Strafe in der Erziehung nur als Illustration dafür einsetzen wollte, dass eine Institution, von der man allgemein annimmt, dass es ohne sie nicht ginge, durch diesen Glauben nicht unbedingt vor ihrem plötzlichen Tod bewahrt wird.

((13)) Der zweite Einwand stellt weniger die Tatsachen als deren Interpretation in Frage. Er stellt gar nicht in Abrede, dass die Strafe die Kerninstitution der Schulpädagogik des 19. Jahrhunderts war – und es heute nicht mehr ist. Auch nicht, dass seinerzeit die Notwendigkeit der Strafe offensiv (aus der

sündigen Natur des Kindes und letztlich aus der Bibel, mit dem strafenden Gott als idealem Erzieher) legitimiert wurde – und heute nicht mehr. Auch nicht, dass die Kunstfertigkeit beim Einsatz der Strafe einst das Ansehen eines Lehrers begründete – und heute seine Kunstfertigkeit bei deren Vermeidung (zu allem: Hügli 1999; Uhl, 5). Bezweifelt wird, dass sich daraus schon ableiten lasse, dass die Strafe als Institution in der Erziehung überwunden sei. Zweierlei spreche dagegen: *erstens* die Fortexistenz von Schlägen, Strafarbeiten, Nachsitzen und vielem anderen aus dem Arsenal der Dressur, und *zweitens* die Fortexistenz und vielleicht sogar das Anwachsen von (a) Tarnformen der Strafe, (b) Handlungen, die von den Betroffenen als Bestrafungen empfunden würden, (c) sonstigen negativen Sanktionen, die im Grunde auch Strafen darstellten. Es sei deshalb gefährlich und irreführend, von einer Abschaffung der Strafe in der Erziehung zu sprechen – allenfalls handle es sich um einen "Fortschritt von der Roheit zur Tücke" (Wolf, 5).

((14)) Der erste Einwand macht auf die Fortexistenz von *Strafakten* in der Erziehung aufmerksam und leitet daraus die Fortexistenz der *Strafinstitution* in der Erziehung ab. Ich hingegen mache einen Unterschied zwischen Akten und Institutionen. Auch wenn es immer wieder Berichte über Fälle von Sklaverei im 20. Jahrhundert gab, so war sie doch als Institution um diese Zeit bereits überwunden. Es lässt sich in *dialektischer Aspektumkehr* (Wilhelm Mühlmann) gerade die heutige Skandalisierung von Strafen in der Pädagogik durch erziehungswissenschaftliche Kritiker als Indiz dafür werten, dass den strafenden Akten das schützende Dach der institutionalisierten Legitimation abhanden gekommen ist.

((15)) Das zweite Argument hat viel mit dem unterschiedlichen Umgang mit dem Begriff der Strafe zu tun. Vor allem in der Erziehungswissenschaft ist es gang und gäbe, nicht nur (a) ideologiekritisch auch *Tarnformen* der Strafe als solche zu entschleiern, sondern darüber hinaus, (b) die Bestimmung der Strafe aus dem *Horizont der Betroffenen* vorzunehmen⁸ oder gar (c) *jede negative Sanktion* als Strafe zu bezeichnen.⁹

((16)) Während (a) in der Tat alles dafür spricht, auch Tarnformen der Strafe als Strafen zu bezeichnen, ist es zumindest im vorliegenden Diskussionszusammenhang (b) weder sinnvoll, für die Frage nach der Charakterisierung eines Vorgangs als Strafe auf das Empfinden des Betroffenen abzustellen, (c) noch sinnvoll, jede negative Sanktion als Strafe zu bezeichnen.

- Die Tarnung macht es vielleicht schwieriger, eine Strafaktion als solche zu entlarven. Aber das tut begrifflich nichts zur Sache. Strafe bleibt Strafe, auch wenn sie anders genannt wird.
- Ein Aids-Kranker kann seine Krankheit als Strafe Gottes empfinden. Ein Schüler eine fünf in Mathe als Strafe des Lehrers, auch wenn dieser ihm nur eine realistische Einschätzung seiner Leistungen ermöglichen wollte. Wie soll man aus dieser von den Betroffenen her definierten Begrifflichkeit die Legitimation einer Institution diskutieren? Es geht bei der Kritik der Strafe nicht darum, einzelnen Menschen ihre individuellen Empfindungen zu nehmen, sondern die Rechtfertigung einer Institution zu hinterfragen, deren Sinn und Zweck es ist, nach bestimmten Regeln Unrecht zu vergelten, indem Leid zugefügt wird.¹⁰

- Es ist auch nicht gut, den Begriff der Strafe so weit zu dehnen und zu zerren, bis er gleichbedeutend wird mit dem der negativen Sanktion – und damit auch noch das blosse Stirnrnzeln umfasst. *Erstens* wird dann jede Diskussion um die Legitimierbarkeit oder Abschaffbarkeit der Strafe sinnlos. Keine Gesellschaft wird je darum herkommen, dass ihre Mitglieder einander neben positiven auch negative Rückmeldungen über ihr Verhalten geben.¹¹ *Zweitens* war schon begriffsgeschichtlich die Strafe nicht jede negative Reaktion auf unerwünschtes Verhalten, sondern eine herausgehobene Reaktion auf eine herausgehobene Klasse schlimmster Taten (Störung der Weltordnung und Wiederherstellung durch Vergeltung; Störung des göttlichen Heilsplans und Tilgung der Sünde durch Strafe; *crimen et poena*, crime and punishment, Verbrechen und Strafe).¹² *Drittens* unterscheidet sich die Strafe von anderen negativen Sanktionen selbst im Bereich des Rechts durch ein degradierendes Element. Die Geldbuße im Ordnungswidrigkeitenrecht dient der mehr oder weniger wertfreien, die Person des Betroffenen nicht in ihrem Status und ihrer gesellschaftlichen Anerkennung treffenden Regelung von Sachverhalten. Die Geldstrafe hingegen ist in erster Linie dazu da, die dem Akteur zugerechnete und sozialetisch scharf missbilligte Handlung mit der Auferlegung eines Übels zu vergelten. Auf die Verletzung der Anerkennungsrechte anderer reagiert die Strafe mit der vorsätzlichen Verletzung der Anerkennungsrechte des Täters. Deshalb sind Strafen, auch wenn manche bloß verwaltungsrechtliche Sanktionen unter Umständen viel gravierendere Folgen haben können (z.B. Betriebsschließung), unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in die Integrität der Person nach wie vor die schärfsten und mit größter Sparsamkeit einzusetzenden Mittel des Staates.¹³ Die Bestrafung ist eine Degradierungszeremonie, welche das Selbst- und Fremdbild der Person tangieren soll.¹⁴ *Viertens* gehört die Strafe nicht in die Dyade von Täter und Opfer, sondern in die Triade von Täter und Opfer und einem ihnen beiden in großem Abstand übergeordneten Dritten, einem "Befehlshaber", der die Strafe konditional, also prinzipiell starr präprogrammiert immer dann gegenüber seinen Untertanen zur Anwendung bringt, wenn er sie wegen eines Verbrechens, das nicht zuletzt in der Missachtung seiner Autorität (als des Gesetzgebers) liegt, mit einem Schmerz belegt (vgl. Kant 1797: 452). Zur Strafe wird eine negative Sanktion also erst dann, wenn derjenige, der das Handlungsübel beging, wegen einer zweifachen Transgression zur Rechenschaft gezogen wird: wegen der unerträglichen Verletzung des Gebots gegenseitiger Anerkennung der Rechtssubjekte und wegen der unerträglichen Verletzung des Gebots, sich nicht gegen den Gehorsamsanspruch der Staatsmacht – d.h. gegen die Normen, deren Befolgung der Staat durch ihre Aufnahme in den Katalog der Straftaten zu seiner ureigensten Priorität erklärt hat – aufzulehnen. Das Strafübel enthält die Strafe für die Rechtsgütsverletzung und für die Auflehnung gegen die Obrigkeit.¹⁵

4. Parlamentarische Untersuchungsausschüsse

((17)) Parlamentarische Untersuchungsausschüsse hatte ich nicht erwähnt, um die Suche nach Gerechtigkeit durch die In-

stitutionalisierung parteipolitischer Machtkämpfe zu ersetzen, sie also *in toto et concreto* zu Alternativen zur Strafe zu erklären,¹⁶ sondern um einige *Merkmale* zur Diskussion zu stellen, die vielleicht auch für nichtstrafende Prozesse der Normvalidierung von Interesse sein könnten. Das Modell "Ausschuss" erlaubt eine allgemeine Befassung mit der Problematik, eine Validierung der Norm, Konsequenzen für Individuen und Institutionen – und all das auf einem mit Autorität ausgestatteten Forum. Dieses Forum könnte von einigen Strukturmerkmalen parlamentarischer Untersuchungsausschüsse profitieren: immerhin arbeiten diese nicht permanent (wie Gerichte), sondern werden zu jeweiligen Ereignissen jeweils neu konstituiert; sie arbeiten langsam und langwierig und stellen Ergebnisse nicht wie am Fließband her; sie bilden eine Plattform für die öffentliche Rekonstruktion des Sachverhaltes ebenso wie für die Feststellung von Verantwortlichkeit und die Suche nach Sanktionen und weiteren Konsequenzen; die gegenseitige Anerkennung der Beteiligten ist ausgeprägter, es gibt keine subsumtionslogisch erzwungene Beschränkung auf das individuelle Fehlverhalten; es gelangt auch die Veränderungsbedürftigkeit von Routineabläufen und Strukturen in den Blick; so wird die mit höchstmöglicher Objektivität zu betreibende Vergangenheitsanalyse nicht allein für die Sanktionierung von Personen, sondern mehr noch für die nachhaltige Verbesserung künftiger Verhältnisse genutzt.

IV. Mangel, Risiken und Chancen des Besseren

((18)) Radikale Strafkritik gilt vielen Kritikern so lange als sinnlos, wie man keine konstruktiven Alternativen hat. So meint z. B. Werner Greve (3): "Die Forderung, Strafe abzuschaffen, bedeutet, die Frage nach alternativen Reaktionen beantwortet zu haben."¹⁷ Auch Jan Philipp Reemtsma (3, 8) wartet auf "ein plausibles anderes Mittel, das mindestens ebenso wirksam und weniger grausam ist", und benennt als größte Schwäche der Strafkritik das Fehlen konstruktiver Alternativen: "Der Mangel des Besseren ist das stärkste Argument für die Institution der Strafe."¹⁸

((19)) Meine Meinung zum respektablen Wert einer bloß negativen Kritik im theoretischen Legitimationsdiskurs habe ich bereits dargelegt. Das soll freilich nicht daran hindern, Risiken und Chancen einer Welt jenseits der Strafe etwas genauer unter die Lupe zu nehmen.

((20)) Die Idee der Strafe beinhaltet trotz aller heute gängigen Euphemismen letztlich den Gedanken der Notwendigkeit, die Herrlichkeit des Staates durch das Leiden oder die Vernichtung dessen, der sich gegen seine Gebote aufgelehnt hat, wiederherzustellen. Wenn Systemtheoretiker heute sagen, die Strafe sei notwendig, damit das Kommunikationssystem seine Gestalt bestätigen könne, sagen sie dasselbe – nur salonfähiger. Die Idee der Strafe beruht zudem auf der Unterscheidung zwischen Verbrechen, die retributive Reaktionen (Vergeltung), und bloßen Schädigungen, die restitutive Reaktionen (Wiedergutmachung) nach sich ziehen (genauer: Strub, 2). Bei einem Verbrechen ist zur Normvalidierung die Strafe unersetzlich, da sich das, was sie soll, anders "nicht erreichen" lässt (Jakobs, 6). Gerade dies ist aber *nicht die Tatsache*, in deren rhetorischer Verkleidung sie so gerne daherstolz

kommt, sondern in Wirklichkeit immer noch und immer stärker die (*entscheidende*) Frage.

((21)) Alternativen zur Strafe folgen dieser alten Trennung (und dem Weltbild und der dogmatisierten Systemtheorie und der Ethik, auf denen sie beruhen) jedenfalls nicht mehr. Gemeinsam ist ihnen allen, dass sie auch Straftaten im Grunde als Risiken, Schadensfälle oder "Lebenskatastrophen" (Gerhard Hanack/Johannes Stehr/Heinz Steinert) betrachten, die der Sorge um die Opfer, der folgenreichen Verantwortlichmachung der Täter (aber auch der Reintegration der Täter), der Normvalidierung und der Veränderung von Situationen und Strukturen bedürfen.¹⁹ Der Strafe bedarf es nicht. Auch ohne Strafe kann die Normgeltung validiert werden. Auch ohne die Strafe kann das Kommunikationssystem Gesellschaft "seine Gestalt bestätigen" (anders Jakobs, 6; Schmidhäuser, 8). Die Mittel dazu sind protektiver, restaurativer und transformativer Art.

1. Protektive Alternativen

((22)) Hinter der Strafe und insbesondere der Freiheitsstrafe als einer vom Delinquenten "verdienten" Übelzufügung verbirgt sich heute oft das eigentliche Ziel der Aktion, die Allgemeinheit vor dem unkalkulierbaren Risiko in Freiheit befindlicher gefährlicher Gewalttäter (Serienvergewaltiger, Serienmörder) zu bewahren ("soziale Verteidigung" im Sinne Marc Ancels, vgl. Wolf, 2). Bei einem Wegfall der Strafe würde sich die Frage nach dem Verhältnis von individueller Freiheit und allgemeiner Sicherheit sehr viel direkter stellen und nach einer klaren Antwort verlangen. Das kann von Vorteil sein, wenn es dazu zwingt, Etikettenschwindel zu vermeiden und sich der Konsequenzen bewusst zu werden.

((23)) Serienmörder gibt es nicht nur in der Bilderwelt der *popular culture*, sondern auch in der materiellen Realität. Inwiefern sie für ihre Taten verantwortlich gemacht werden, unterscheidet sich von Rechtskultur zu Rechtskultur, von Fall zu Fall und von Akteur zu Akteur. Für die Frage, ob jemand eingesperrt wird, ist jedoch die Antwort auf die Frage der Zurechnungsfähigkeit nicht entscheidend. Entscheidend ist die Frage der *Gefährlichkeit*.

((24)) Wenn aber die Freiheitsentziehung unabhängig von Vorwerfbarkeit ist und dem Menschen im Extremfall auch nur im Interesse der Allgemeinheit ein unerhörtes, seine gesamte Existenz reduzierendes *Sonderopfer* abverlangt, dann darf dem Betroffenen erstens kein über das sicherheitsbedingt erforderliche Maß hinausgehendes Übel zugefügt werden, d.h. die Unterbringung muss unzweifelhaft erforderlich, nach außen sicher und nach innen frei und kompensatorisch sein. Die Wohn- und Arbeitsbedingungen, aber auch die Therapieangebote müssten aus den verschiedensten Gründen (Kompensation des Sonderopfers, Schwere der psychischen Deformation) in ihrer Qualität weit über denjenigen jenseits der Mauern liegen. Dass weder die Unterbringung in der heutigen Sicherungsverwahrung (in den Justizvollzugsanstalten) noch die in den Maßregelvollzugsstationen der psychiatrischen Kliniken im Entferntesten diesen Maßstäben genügt, bedarf kaum der Erwähnung (Morris 1994).

((25)) Dass Tote nicht wieder lebendig werden und die Opfer zweiten Grades, die Angehörigen und sonstigen Bezugspersonen, zunächst einmal die nur sichernde und nicht vergeltende Unterbringung der Täter als weitere Verletzung erleben können, macht diese Reaktion nicht falsch, weist aber darauf hin, dass es gilt, die Opfer nicht nur in zumindest gleicher Weise materiell und psychisch zu unterstützen, sondern ihnen die Gründe für die paradox erscheinende Behandlung der Verbrecher ausführlich darzulegen, ohne dadurch die Legitimität der Gefühle und sogar Rachebedürfnisse im Opfer zu diskreditieren. In dem Maße, in dem die Opfer nicht – wie heute üblich – sehr viel schneller vergessen werden als die Täter, sondern aufwendigste staatliche und gesellschaftliche Solidarität in jeder nur denkbaren Hinsicht erfahren, werden die Dinge zwar nicht wieder in Ordnung gebracht, wohl aber die Tiefe und das Ausmaß des Leidens vor vermeidbaren Weiterungen bewahrt werden können. In einem Land, in dem der Gemeinschaftsgedanke diskreditiert und die Existenz von Gemeinschaften fraglich ist, wird man es nicht gerne hören, und doch sollte eine Zivilgesellschaft dem Thema nicht aus dem Wege gehen. Gefordert sind hier *communities of support, of control, and of care*. – Protektive Alternativen werden weder Gefängnisse brauchen noch werden sie viele Menschen lange Zeit einsperren. Sie werden aber viele Menschen kurze Zeit ihrer Freiheit berauben und wenige zum Teil sehr lange Zeit, sehr wenige fast immer.

2. Restaurative Alternativen

((26)) Nehmen wir an, in einem ersten Schritt würde der Umfang des Strafrechts auf das beschriebene Kernstrafrecht reduziert. Die "dangerous few" würden ihrer Freiheit beraubt (s.o.) und die weitere Durcharbeitung der Verletzungen würde, da nichts wiederherzustellen ist, zum Gegenstand transformativer Gerechtigkeit (s.u.). Dann gäbe es immer noch die große Mehrzahl der Fälle, in denen *restaurative* oder *wiederherstellende Gerechtigkeit* die probate Alternative zur Strafe wäre. Restaurative Gerechtigkeit oder *restorative justice* wird als ein Verfahren beschrieben, "whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future" (Tony Marshall, in: Braithwaite 2000, S. 6). Sie macht sich anheischig, die uralte Unterscheidung zwischen vergeltungsbedürftigen Verbrechen und wiedergutmachungsfähigem Unrecht zu überwinden (in der Tendenz wird jeder Normbruch als ein Schaden angesehen, der – zumindest symbolisch – wieder gut gemacht werden kann). Die Strafe weicht dem *reordering ritual*, das die Aufklärung des Sachverhalts ebenso wie die verbindliche Feststellung von Schuld und Verantwortung beinhaltet (soweit sich die Dinge nicht mangels Bedürfnisses danach im Sinne einer entmoralisierten, rein zukunftsorientierten Versicherungslogik regeln lassen), das aber die Idee eines staatlichen Strafanspruchs ignoriert und auch nicht im Sinne eines strafrechtlichen Konditionalprogramms nach dem schismogenen Schema "wenn x, dann x" (wenn Eingriff in Freiheit, dann Eingriff in Freiheit) verfährt, sondern auf die normvalidierende Kraft öffentlicher, ernsthafter, kommunikativer und expressiver Durcharbeitung gravierender Normverletzungen baut.²⁸

((27)) Ziel restaurativer Gerechtigkeit ist es, nach einem Verbrechen die Dinge, soweit wie überhaupt möglich, wieder in Ordnung zu bringen, und zwar nicht nach den Kriterien einer Gerechtigkeit, die die Anerkennung des Staates als des alleinigen Sachwalters des Gemeinwohls voraussetzt, sondern nach denen einer *Gerechtigkeit im Kontext*. In anderen Worten: diejenigen, die ein Interesse am Fortgang der Regulierung eines bestimmten Vergehens oder Verbrechens haben, sind die Opfer, die Täter und die betroffenen Gemeinschaften, die Stadtviertel, die Gemeinden, die sonstigen personalen (statt territorialen) Zusammenhänge. Was in der *restaurativen Gerechtigkeit* wiederhergestellt werden soll, sind die Wiederherstellungs- und Kompensations-Erwartungen der Opfer, die Verantwortlichkeit und Zukunftsperspektiven der Täter und das Vertrauen der Gemeinschaft in ein friedliches künftiges Miteinander.

((28)) *Restorative justice* wird seit den 1990er Jahren in nennenswertem Umfang – ausgehend von Jugenddelinquenz, inzwischen aber auch darüber hinaus und auch in Fällen von Gewaltdelikten – in Neuseeland, Australien, Singapur, Großbritannien, Irland, Südafrika, den USA und Kanada praktiziert. Die Frage ist allerdings, wie weit ihr Potential reicht und wie sie sich hinsichtlich der Bedenken ausnimmt, die gegenüber der Idee nichtpunitiver Normvalidierungen vorgebracht wurden.

((29)) Grundsätzlich wird in Frage gestellt, ob es sich überhaupt um Alternativen im strengen Sinne handelt. Bleibt doch der Staat sowohl in den Visionen einer transpoenalen Gerechtigkeit wie auch in den real existierenden Projekten einer restaurativen Gerechtigkeit mit seinen Zwangsmitteln, also der Strafe, im Hintergrund, um im Falle eines Falles die Angelegenheit auf traditionell autoritär-retributive Weise zu regeln.

((30)) In der Tat steht der Staat als Ausfallbürge mit seinem herkömmlichen Instrumentarium – eben der Strafjustiz – bereit. Wo ein Täter oder Opfer ungerechte Behandlung durch die *family group conference* oder eine nichtstrafende Konferenzinstitution befürchtet, kann es jederzeit in den bekannten und relativ kalkulierbaren Raum des Rechts wechseln. Diese Möglichkeit ist in der Praxis von großer Bedeutung. – Dass die nichtpunitiven Streitregelung *im Schatten des Leviathan* erfolgt (Gerd Spittler), heisst jedoch in der Theorie keineswegs, dass sie auch im Schatten des *strafenden* Staates erfolgen muss.²⁹ In der Praxis während einer Erprobungszeit mag das zwar sein. Es gibt aber keinen prinzipiellen Grund dafür, dass der Rückgriff auf den Staat unbedingt zum Anwerfen des strafjuristischen Apparates führen muss. Die Staatsfunktion kann aus einem nichtpunitiven *auditing* bestehen, das Dinge zurechtrückt, Rechtspositionen garantiert, auf die Behebung und Vermeidung von Verfahrensfehlern drängt, unter Auflagen und intensiven Kontrollen zurückverweist oder zwar den Prozess auch der Sache nach an sich zieht, ihn aber nicht strafend, sondern aufklärend, problematisierend und skrupelhaft einzelfallbezogen, zugleich aber auch die allgemeinen Dimensionen und neben den personalen Verantwortungen auch die strukturellen Konsequenzen bedenkend aufarbeitet. Ein "Untersuchungsausschuss" anderer Art: mit unabhängigen, geschulten und respektierten Mitgliedern und bei aller kommunikativen Kompetenz auch einer staatlich garantierten Befug-

nis zur autoritativen Schließung eines Verfahrens wäre (auf die Gefahr hin, die Kritiker erneut zu reizen) eine Möglichkeit, den Staat im Spiel zu wissen, die Strafe aber aus dem Spiel zu lassen.

((31)) Der weitverbreiteten Sorge, jeder Verzicht auf Strafe werde die öffentliche Sicherheit (schon jetzt ein knappes Gut) gefährden, indem er auch noch die letzten Dämme brechen lassen und letzten Hemmungen potentieller Gewalttäter hinwegspülen, die Schwachen und Wehrlosen in der Gesellschaft (vor allem die Frauen) den Trieben und Begierden der Mächtigen (vor allem der Männer) ausliefern und auch sonst eine unerträgliche Unsicherheit verbreiten würde, hat vor allem Hannelore Schröder mit großem Nachdruck und polemischer Brillanz in ihrer Kritik den besten Ausdruck verliehen.²² – Die dieser Vision zugrundeliegende Annahme, dass jede Alternative zur Strafe eine geringere Abschreckungswirkung haben müsse, wird schlicht vorausgesetzt (Schmidhäuser, 15, Schröder, 11). – Sie kann aber weder einer etwas genaueren Plausibilitätsprüfung noch einer empirischen Prüfung standhalten.

((32)) Erstens ist es bekanntlich weniger die Antizipation der Schwere als der Wahrscheinlichkeit einer Sanktion, die auf potentielle Täter abschreckend wirkt. Die entscheidende Variable der Kontrolldichte wird aber durch die Ersetzung punitiver durch nichtpunitiver Reaktionen nicht tangiert. In dem Maße, in dem neue Reaktionen höhere Legitimität beanspruchen könnten und Akzeptanz erfahren würden, spräche sogar einiges für die Erhöhung der Kontrolldichte und damit der Abschreckungswirkung. Zweitens wird das *reintegrative shaming* (John Braithwaite) nichtpunitiver Aufarbeitung von den Delinquenten nach den empirischen Ergebnissen kontrollierter Vergleichsuntersuchungen als gerechter, aber nicht unbedingt auch als weniger belastend als ein Gerichtsverfahren erlebt (Braithwaite 2000, S. 29 ff.), so dass selbst die zweitrangige Variable der Sanktionsschwere bei nichtpunitiven Alternativen bessere Abschreckungswirkungen erzielen kann als die Strafe. Drittens ist *restorative justice* besser als die Strafjustiz in der Lage, den polyzentrischen Charakter der deliktischen Problemlage zu erkennen und zu bearbeiten, da sie sich nicht auf negative Interventionen in die Freiheitsressourcen des Delinquenten beschränkt, sondern Fragen des *target hardening* und sonstiger Formen der Verminderung von Deliktchancen, aber auch -motivationen gleichrangige Aufmerksamkeit zollt und verschafft. So braucht es nicht zu verwundern, dass es inzwischen harte empirische Evidenz für die These gibt, die John Braithwaite (2000, S. 62-71) so formuliert: "Restorative Justice Practices Deter Crime Better than Criminal Justice Practices Grounded in Deterrence Theory".

((33)) Das Risiko der Gefährdung der Freiheit des Einzelnen durch totalitäre Tendenzen informeller Kontrolle (theoretische Stichworte: Ersetzung von Recht durch Moral; Polizeistaat, therapeutische Entsubjektivierung; politisch-polemisches Stichwort: Blockwart; vgl. Greve, 4; Streng, 10)²³ ist eines der schwierigsten Probleme der Ersetzung der Strafe durch kommunale Formen der Aufarbeitung. Deshalb darf es auf keinen Fall gelehnt oder verdrängt werden. Es muss aber auch nicht unkalkulierbar bleiben, sondern kann gerade dann, wenn man sich der Risiken einer aufarbeitenden und damit "näher an den Täter herantretenden", ihn nicht nur extern in

seinen Ressourcen beschneidenden, sondern intern beschämen und seine Einstellungen ändern wollenden prozeduralen Gerechtigkeit bewusst ist, durch die Einhaltung bestimmter Erfordernisse bei der Durchführung solcher Konferenzen in Schach gehalten werden. Hierzu gehört, dass alles getan wird, um sicherzustellen, dass weder die Opfer noch die Täter in die Rolle bloßer Objekte oder Zuschauer des Verfahrens gedrängt werden, und dass die Organisatoren²⁴ sowohl Opfer wie Täter darum bitten, so viele Personen ihres Vertrauens wie möglich zu ihrem Beistand zu mobilisieren und dann auch selbst nachhaltig darauf hinwirken, dass diese Unterstützerguppen sich tatsächlich in diesem Sinne engagieren. Eine Beschämung des Täters kann sehr wohl angestrebt, seine auf Dauer angelegte Degradierung und Ausschließung darf aber nicht einmal als Nebenfolge hingenommen werden (vgl. Strub, 11). Das Ziel einer Beschämung widerspricht auch keineswegs der Forderung, dem Delinquenten nachhaltig zu helfen, sich wieder in die Gesellschaft zu integrieren und ihn bei dieser Hilfe zugleich ohne auch nur sublimierte Strafabsticht stützend zu kontrollieren.

((34)) Auch die Sorge, dass man eventuell zu weit in die Rechte der Täter eingreift, wenn man sie nicht rechtlich sanktioniert, sondern im besten Fall moralisch beschämt und kommunikativ reintegriert, ist nicht von der Hand zu weisen. Immerhin ist es im Rechtsstaat ein ehernes Recht des Subjekts, sich zwar vor externen Instanzen verantworten und Lasten auf sich nehmen zu müssen, in seinen inneren Werten und Einstellungen, in seinem *forum internum* aber nicht dem Zugriff der Gemeinschaft ausgesetzt werden zu dürfen.²⁵ – Die Zivilgesellschaft verwehrt dem Staat aus gutem Grund die Befugnis, die inneren Einstellungen der Personen auf autoritärem Wege verändern zu wollen. Soziale Beeinflussung des Verhaltens durch Ehepartner, Freunde und so weiter ist hingegen von diesen Abwehrrechten nicht betroffen. Aufarbeitende Gerechtigkeit ist ein Mittelding, das sehr wohl auf das *forum internum* zugreifen will, aber als intermediäre Institution allen Grund zu Vorsicht, Besonnenheit und reflektierter Zurückhaltung hat. Eine Befassung dieser Institution mit Fragen der angeblich allgemein verbindlichen Lebensstile, Ernährungsweisen und Haushaltsführung wäre in der Tat verheerend.²⁶ Abwehrrechte sind allerdings neu zu definieren, wenn hinter den Organisatoren der restaurativen Gerechtigkeit nicht (unmittelbar) das Gewaltmonopol steht, wenn der Prozess als fair erlebt und in die Konsequenzen nicht nur Notgedrungen eingewilligt wird.

((35)) Christian Strub (16) hat darauf aufmerksam gemacht, dass bei restaurativen Alternativen zur Strafe womöglich in erster Linie von den Tatopfern zuviel verlangt werden kann. Dann nämlich, wenn man sie zur Kommunikation mit den Verbrechern zwingt, obwohl ihr Recht gerade darin besteht, passiv der Feststellung ihrer Verantwortlichkeit und dem Prozess ihrer Sanktionierung beiwohnen zu dürfen, weil eben die Gemeinschaft die Verletzung ihrer Rechte als Verletzung der Gesamtordnung begreift und sanktioniert (auch Streng, 7). In Fällen schwerster Verletzungen der persönlichen Integrität werden viele Opfer es als eine Zumutung betrachten, von ihnen eine Kommunikation mit den Delinquenten zu erwarten oder auch nur bereit zu sein, das an ihnen begangene Verbrechen als einen prinzipiell wiedergutzumachenden Schaden zu betrachten anstatt darauf vertrauen zu können, dass über den

Delinquenten eine Strafe verhängt wird, die von diesem passiv erlitten werden muss (Strub, 15 f.). Immerhin spiegelt die Passivität des Duldens die durch das Delikt vom Opfer erlittene Passivität und ist ein legitimer Teil vergeltender Gerechtigkeit.

((36)) Ob und inwiefern Elemente der Vergeltung auch in eine zivilgesellschaftliche Regelung Eingang finden könnten, ob dies gut oder schlecht wäre, selbst die Frage, wie es um den Status der Rache steht, ist nicht ganz klar. Für diese Klasse von Verletzungen und Erwartungen eine Patentlösung anbieten zu wollen, wäre Zynismus oder Hochstapelei. Andererseits wäre es ebenso vermessen und unbegründet zu behaupten, dass die Strafjustiz hier das A und O der Regelung sei. Mit aller Vorsicht ist also zu bedenken zu geben, dass erstens selbst die auf Vergeltung spezialisierte Strafe den Delinquenten nicht in der Weise wirklich zum passiv die Gerechtigkeit über sich ergehen lassen müssenden Objekt macht, wie es das um die Bearbeitung seiner Traumatisierung ringende Opfer²⁷ sich häufiger wohl in der Form der Rache als der Strafe wünscht: der rechtsstaatliche Strafprozess ist weit davon entfernt, dem Opfer diese Art der Genugtuung verschaffen zu können oder auch nur zu wollen. Aus der Sicht traumatisierter Opfer grenzt es nicht nur an eine Zumutung, dass ihm in vielen Staaten die relative Genugtuung der staatlichen Todesstrafe gegen den Delinquenten versagt bleibt, sondern auch schon, dass er den Verbrecher im Gerichtssaal frei und frech mit zahlreichen Rechten versehen agieren sehen muss und erwarten kann, ihn unter Umständen nach einer nur teilweise abgesessenen Haft auf der Straße wiedersehen zu müssen. Zweitens sollte es nicht undenkbar sein, die Strafe durch kommunikative Aufarbeitungsprozesse mit expressiver Normvalidierung zu ersetzen, die den berechtigten Bedürfnissen der Opfer trotz ihres Verzichts auf Strafe zumindest ebenso weit entgegenkommen wie es die Strafe tut.²⁸

((37)) Immerhin scheinen die Protagonisten der *restorative justice*, die auch schon Erfahrung mit der Durcharbeitung von Gewaltdelikten besitzen, in dieser Hinsicht in ihrer Zuversicht bislang durch die Empirie nicht verunsichert worden zu sein. Dazu mag beitragen, dass die Idee nichtpunitiver expressiver Normvalidierung von vornherein (und offenbar mit Grund) davon ausgeht, dass nicht die materielle, sondern die symbolisch mit Nachdruck und Objektivierung dargestellte "Realisierung" der traumabedingten Opferbedürfnisse für den Erfolg der Begrenzung der Traumafolgen von entscheidender Bedeutung ist. Dass letztlich kommunikativ als verbindlich akzeptierte Responsabilisierungen in dieser Hinsicht mehr leisten als administrativ auferlegte, ist zumindest nicht unplausibel.

((38)) Vielleicht sollte zumindest auch noch darauf hingewiesen werden, dass die Ergebnisse eines methodisch rigorosen Vergleichs der Performanz von Konferenz- gegenüber Gerichts-Verfahren (Sherman u.a. 1998) für die Überlegenheit der *family group conferences* in jeder Hinsicht sprechen:

- Opfer sind in der Regel zwar nicht sehr zufrieden mit Konferenzen und ihren Ergebnissen, aber doch deutlich zufriedener als mit den Ergebnissen von Strafprozessen. Täter empfinden Strafprozesse in aller Regel als "ungerecht", weil sie der Ansicht sind, dass man ihrer Sicht der Dinge

keinen angemessenen Raum gab. Sie definieren sich nach Ablauf des Prozesses (und gelegentlich vorher) als Opfer einer ungerechten Strafjustiz und werden dadurch weniger bereit, Verantwortung einzugestehen und Konsequenzen zu tragen. In der Konferenz-Alternative beschreiben sie ihre Erfahrung sehr viel häufiger als die einer prozeduralen, materiellen und psychischen "Gerechtigkeit" und generellen "Fairness"

- Auch nicht unmittelbar Betroffene erleben die Konferenzlösungen signifikant häufiger als befriedigend und als wohltuend für die Allgemeinheit als den Verlauf und die Ergebnisse von Strafprozessen (Braithwaite 2000, S. 23-42).

((39)) Der Einwand, dass solche nichtpunitiven Strategien anderswo aufgrund entsprechender kultureller Traditionen Erfolg haben, "hier aber nicht funktionieren würden", weil "hier" die schlimmsten Verbrecher völlig entfremdete und unbeeinflussbare Verbrechenseelen seien, bei denen es nicht einmal Sinn habe, eine Konferenzlösung auch nur auszuprobieren, ist bis jetzt jedesmal falsifiziert worden. So resümieren Morris u.a. (1996, S. 223), dass Bedenken dieser Art sich bei genauerer Untersuchung in aller Regel überraschenderweise als doch nicht begründet herausgestellt hätten ("do not prove to have been well-founded in any of the jurisdictions reported in this book"). – Der Widerspruch lässt sich womöglich auflösen, wenn man daran denkt, dass die Einschätzung der Unbelehrbarkeit des Täters bereits ein Teil der Satisfaktionswünsche der Opfer sein kann: "Schon in den Erkenntnisleistungen steckt ein differenter Anteil an praktisch-kommunikativer Zuwendung – Eine Einsicht gewinnen heisst gegenüber von Personen immer auch ‚ein Einsehen haben‘" (Fleischer, 5; auch Braithwaite 2000, S. 19).

3. Transformative Alternativen

((40)) *Restaurative Gerechtigkeit* bedeutet unter anderem: die Wiederherstellung der verletzten Eigentums- und Vermögensverhältnisse, Ehre, Würde und persönlichen Integrität, des Normvertrauens, Sicherheitsgefühls, der Kontrolle über die Lebenssituation ("empowerment") und des sozialen Friedens auf der Basis der Überzeugung, dass auf einen Bruch des Gesellschaftsvertrags gerecht reagiert wurde.

((41)) Andererseits ist es wichtig, die Grenzen der restaurativen Gerechtigkeit auszuloten: nach unten hin kann man die Grenze in der aktuell bei größter Anstrengung kommunikativ und expressiv nicht zu lösenden Gefährlichkeitsproblematik sehen (siehe protektive Alternativen), nach oben hin in den ebenfalls bei größter Anstrengung nicht restaurativ zu lösenden Problemen der Traumatisierung durch schwerste Anmaßungen und Überwältigungen. Hier gilt es zu akzeptieren, dass der *status quo ante* nicht wiederhergestellt werden kann. Die Alternative zur Strafe kann hier nicht restaurativ sein.

((42)) Die Grenzen der restaurativen Gerechtigkeit könnten, will man nicht auf die ungerechte, unmoralische, ineffiziente und unglaublich teure Strafjustiz zurückfallen, als Chance für eine *transformative Gerechtigkeit* gesehen und genutzt werden.²⁹ Transformative Gerechtigkeit sieht das Verbrechen we-

der als Delikt gegen den Staat (wie die retributive) noch als "reparierbare" Verletzung von Personen und ihren Beziehungen (wie die restaurative), sondern als eine spezielle Art der Verletzung von Personen und ihren Beziehungen, die einerseits nicht in begrenztem Rahmen aufarbeitbar ist, andererseits aber auch als eine Gelegenheit angesehen werden kann und sollte, eine weitergehende Verbesserung der Verhältnisse zu erreichen. Notgedrungen dringt die *transformative justice* bis zu den *causes of crime* vor und begreift das Stoßen an die Grenzen des normalerweise Möglichen nicht nur als Frustration, sondern als Gelegenheit, die Angelegenheit einer größeren (vielleicht wieder gesamtstaatlichen oder transnationalen) Öffentlichkeit zur Aufklärung und gewissenhaften, ebenfalls kommunikativen, aber auch auf weitreichende Konsequenzen eingestellten Durcharbeitung und Abschließung zu überantworten (Shearing 1997, Morris 1999).

V. Schlussbemerkung

((43)) Für Manichäismus ist die Diskussion um die Strafe nicht gut geeignet. Weder ist die Strafe nur schlecht, noch sind die Alternativen ganz unproblematisch. Aber auch die Sklaverei war *nicht nur* schlecht, und die Alternativen dazu – unternehmerische Existenz, Lohnarbeit, Arbeitslosigkeit, Verelendung – *nicht nur* und *nicht für alle gleich* unproblematisch. Es kann nicht genug betont werden, dass die Ersetzung der Strafe durch Strafe durch nichtpunitive Alternativen zwar möglich ist und auch eher den Gerechtigkeitserwartungen der Beteiligten entsprechen kann, dass aber die Risiken einer Ersetzung der Strafe durch Anderes von vornherein im Auge behalten werden müssen, um deren Abgleiten in tyrannische Formen durch entsprechende Vorkehrungen mit höchster Aufmerksamkeit zu verhindern. Andererseits ist gegenüber dem Tenor der Kritik zu betonen, dass es keinen Grund gibt, die Möglichkeit einer Vorbeugung gegen Missbrauch herunterzuspielen oder gar die Möglichkeit des Missbrauchs ihrerseits als Argument gegen jedes Nachdenken über prinzipielle Alternative zu missbrauchen. Wie lautete noch die Warnung des großen Geistes Montesquieu (1748/1965, S. 90)? "Man spürt die alten Missbräuche und sieht die Abhilfe, doch sieht man auch schon die Missbräuche dieser Abhilfe. Man lässt das Schlechte bestehen".

Niemand sagt, dass es leicht sei, die punitive Ethik zugunsten einer Ethik des Nichtstrafens zu überwinden: "... the punitive mind is lazy and selfish" (Blad, 11). Doch *notwendig* ist es allemal.

Anmerkungen

1 Wobei allerdings nicht unterschlagen werden soll, dass gerade die wichtigsten Projekte restaurativer Gerechtigkeit vom anderen Ende des Globus kommen, aus Australien, Neuseeland, Kanada und Südafrika; Braithwaite 2000, Shearing 1999.

2 Vgl. Albrecht 5, 7; Böllinger, 15; Dessecker 1, 12; Streng, 18 u.a.; allerdings folgt daraus kein Argument für die m.E. vorschnelle Ansicht, dass das Problem heute allenfalls in der Modalität, nicht in der Legitimität der Strafe bestehe (vgl. Fischer, 6, 8, 10, 11; Rössner, 12). Sehr gut Hess (1998).

3 Nicht intendiert war hingegen, wie Nils Christie (14) die *Kritik der strafenden Vernunft* las, eine Akzeptanz der Strafe im Rahmen des Kernstrafrechts. Das haben andere Kommentatoren durchaus verstanden. Allerdings haben nicht wenige Bedenken angemeldet. Auch ein hypothetisches Kernstrafrecht solle Gemeinschaftsgüter nicht ausblenden (Jakobs, 2-4). Ich finde das nicht. Auch das Verwaltungsrecht kann diesen Bedarf decken.

4 Erstaunlich distanznehmend zu diesem Prinzip plötzlich Günther Jakobs, 1; anders und richtig Dieter Rössner, 6, und Eberhard Schmidhäuser, 15.

5 In anderen als freiheitlichen Gesellschaften mag das anders sein: dort kann vielleicht jede einzelne Freiheit der Bürger von guten Begründungen abhängig gemacht und außerdem auch noch vom Herrscher nach Belieben gewährt oder versagt werden. Sowohl die Kant'sche Philosophie der Freiheit als auch die positiven Normen westlicher Verfassungen gehen hingegen von einer nicht begründungspflichtigen Freiheit der Personen aus und ziehen die Grenze zwischen ziviler Freiheit und staatlichem Eingriffsrecht entlang der Grenze der je spezifisch definierten Notwendigkeit.

6 Antonio Beristain, 2: "Es ist notwendig, auf dem Kampf gegen eine strafende Vernunft zu insistieren, die sich aus dem Geist des Römischen Rechts vor zwanzig Jahrhunderten verstehen lässt, die aber im Jahre 2000 nicht mehr zu rechtfertigen ist"; Helmut Fleischer, 1: "... ein Erbteil der vor-republikanischen Sozialkultur und ihrer Barbarismen...".

7 Die Betroffenen sind zu ohnmächtig, das Rechtsgebiet zehrt zu sehr von seinen archaischen Wurzeln, die Rechtswissenschaft ist mit dem Handwerklichen befasst, die Sozialwissenschaften halten sich von der Analyse des Rechts lieber fern. Es fehlt an Kräften, die den Anspruch der Zivilgesellschaft auf eine gründliche und unvoreingenommene Revision des Strafrechts wirkungsvoll zur Geltung bringen. Besserung wäre mit Helmut Fleischer (6) vielleicht auch nicht punktuell, sondern "nur im Verbund einer Konzentration von bis jetzt recht diffusen Kräften einer Zivilisationsreform" zu erwarten.

8 Hans Westmeyer (4) verweist in seinem Kommentar zu recht darauf, dass zum Beispiel auch für B.F. Skinner ("Walden Two", "Beyond Freedom and Dignity") "alle Maßnahmen, die für die Betroffenen aversiven Charakter haben und kontingent auf das unerwünschte Verhalten folgen", als Strafen zu bezeichnen seien: "Wird also ein Schüler, der sich an einer Schule sehr wohl fühlt, aufgrund seines abweichenden Verhaltens an eine andere Schule versetzt, ist das sehr wohl eine Strafe im Skinnerschen Sinne und sicher auch im Sinne des Schülers selbst." Eine ausgezeichnete Argumentation dieser Art aus rechtswissenschaftlicher Sicht findet sich bei Fletcher (2000).

9 Auf dieser Linie liegt Werner Greves (2) Verwendung des Begriffs, wenn er gegen meine These einwendet, dass man zwar den Rohrstock abgeschafft habe, sonst aber nichts, "nicht einmal Zeugnisse", geschweige denn informelle Strafen "vom Stirnrunzeln über die symbolische Geste bis zur sozialen Ächtung." So sieht es auch Jean-Claude Wolf (5).

10 Strafkritik hinterfragt die Haltbarkeit eines rechtlichen Zwangsverhältnisses und sollte es so angreifen, wie es sich legitimiert. Es gibt Formen des Scheiterns von Beziehungen, der Entwicklung der wirtschaftlichen Lage, von Unfällen, die größeres Unheil anrichten als jede Strafe. Der Begriff der Strafe ist aber nicht durch die Größe des Übels und auch nicht durch die Empfindungen der Betroffenen definiert, sondern durch den mit ihr "von oben" verbundenen sozialen Sinn. Das ergibt sich auch aus der sozialkonstruktivistischen Gesellschaftstheorie (vgl. Blad, 5).

11 So wie es keine Gesellschaft ohne Normen geben kann, so kann und sollte es auch keine ohne Lob und Tadel, Kritik und Ermunterung geben. Wenn jede negative Rückmeldung, jede Kritik und jede Verweigerung von Unterstützung Strafe sein soll, dann ist eine Gesellschaft ohne Strafe weder vorstellbar noch wünschbar oder gar bewohnbar.

12 Dahinter stand seit jeher das Bedürfnis der Menschen, sich in einer letztlich gerechten Weltordnung zuhause fühlen zu dürfen, in der Gutes tun sich am Ende auszahlt und Böses nicht zum Erfolg führe (wenn nicht sofort, dann später, wenn nicht beim Täter, dann bei seinen Nachkommen, wenn nicht in dieser Welt, dann im Jenseits oder im Verlauf der Seelenwanderung).

13 Völlig anders als hier kann man natürlich auch den Begriff der Strafe an das binden, was im Strafgesetzbuch als Strafe jeweils benannt wird. Wenn dann dort Sanktionen auftauchen, die man sinnvollerweise nicht als Leidensübel bezeichnen kann (Wiedergutmachung), folgert man daraus, dass die Strafe keineswegs ein Leidensübel sein müsse (so Beristain, 3, aber auch Müller, 3, unter Berufung auf Wolfgang Schild 1982). Mir will diese unerzwungene Selbstbindung an das gesetzte Recht nicht einleuchten.

14 Auch eine Geldbuße wegen Falschparkens ist zwar (wie übrigens auch die Rache) ein Leidensübel, das jemandem aufgrund eines Handlungsübels zugefügt wird (*malum passionis quod infligitur propter malum actionis*; Hugo Grotius). Zur Strafe wird ein Leidensübel aber erst dann, wenn es (zumindest in der Zuschreibung) auf Handlungsübel von existentieller und allgemeiner Bedeutung mit einer Sanktion von ebenfalls existentieller und die Person zumindest vorläufig in ihrem Anerkennungsanspruch reduzierender Wucht reagiert.

15 Das vor allem unterscheidet die Strafe von der Rache, und aus dieser zusätzlichen Verknüpfung der Strafe mit dem Interesse des Staates an sich selbst resultiert ihre Eigenschaft, weniger die Opferinteressen als innenpolitische Herrschaftsinteressen zu reflektieren.

16 So verstanden aber von Albrecht (10), Dessecker (9), Jakobs (4), Schmidhäuser (13) und anderen.

17 Werner Greve meint, die alternativen Reaktionen seien nur Nichtstun, Therapie und Erziehung (wo aber bleiben Sicherung der Allgemeinheit und Reintegration der Akteure?), und er vermisst die Beantwortung der Frage, ob die Strafe im Rahmen erziehender Reaktionen eine Rolle spielen solle. So wie er den Begriff der Strafe gebraucht, will ich auf Siegfried Müller (2) verweisen: nach dessen und Werner Greves Terminologie hat unter den drei genannten Bedingungen die Strafe sehr wohl einen Platz in der Erziehung, nach meiner hingegen handelt es sich dann nicht mehr um eine Strafe, sondern um deren Ersetzung durch kommunikative Prozesse der Normvalidierung.

18 Das Fehlen von "Vorstellungen zum konkreten Verfahren" (Albrecht, 7) und der "Entschlossenheit, die Dinge ein Stück weiter und zu Ende zu denken" (Schmidhäuser, 12), wird auch von anderen kritisiert. Axel Dessecker (9) sieht eine große Schwierigkeit meiner Argumentation darin, "den Gehalt (der) Utopie vorstellbar zu machen" (vergleiche auch Fischer, 13) und Hans Westmeyer (9) kritisiert "das Fehlen explizit durchgearbeiteter Fallbeispiele." Zu diesem Topos vgl. Lackner (1985, S. 255), Kaiser (1987, S. 1040 ff.).

19 Nils Christie (5) zeigt, was expressiv-kommunikative Ersetzungen der Strafe im Extremfall leisten könnten. Allerdings setzt das die Existenz eines gesellschaftlichen Konsenses voraus.

20 Die Erfahrung zeigt (Shearing 1999), dass die weitverbreitete Sorge, dass den Alternativen zur Strafe letztlich doch der Biss fehlen werde – "the expressive symbolic force in the public domain that the criminal trial and conviction has" (Blad, 6) – nicht berechtigt ist. Zur expressiven Normvalidierung nichtpunitiver Art gehört nicht nur die palaveristische Auseinandersetzung, sondern auch die autoritative *closure*, der Abschluss des Falles durch eine nach Möglichkeit von allen Beteiligten positiv akzeptierte, nicht nur hingegenommene Darstellung dessen, was sich zugetragen hatte, wer dafür warum die Verantwortung zu tragen hat, wie sich diese Verantwortung im Interesse eines künftigen friedlichen Zusammenlebens ausdrücken sollte, wer wie auf die Einhaltung dieser Konsequenzen achtet und was bei Nichteinhaltung unter Umständen passieren könnte (Christie 1977, Hulsman 1986, Shearing 1997 u. 1999, Braithwaite 2000; wichtig die Kritik von Strub). Wie man das Vierteln verteidigen kann mit dem Argument, anders liesse sich die expressive Verdammung nicht wirkungsvoll darstellen, so kann man auch die Guillotine und die lethale Injektion so verteidigen, die lebenslange Freiheitsstrafe und die Freiheitsstrafe insgesamt. Immer wieder hat man gesehen, dass es auch ohne ging.

21 Diesen Schritt vermisste ich bei Dieter Rössner, 15, und Franz Streng, 16, und auch Jean-Claude Wolf, 3, stimme ich nicht zu.

22 Zur sozialpsychologischen Explikation der Angst vor Institutionenverlust siehe John Blad (5) mit weiteren Hinweisen; wichtig ebenfalls der Hinweis Blads (7), dass Entkriminalisierung normalerweise als Wegnahme interpretiert wird, in Wirklichkeit aber die Reinstitutionalisierung diverser sozialer Kontrollmechanismen bedeutet und insofern keine Angst erzeugen muss; zu Globalisierung, Angst und punitiven Tendenzen vergleiche auch Lorenz Böllinger (9) und Henner Hess (1998).

23 Hierzu vor allem Anselm (3, 5, 9).

24 Jakobs (4) fordert hier eine repräsentative Auswahl aus der Gesamtbewölkerung. Jeder Fall hat aber auch der Dimension nach seine eigene Öffentlichkeit und selbst die muss in dem Gremium nicht anteilsartig vertreten sein, sondern so, dass Anerkennungsbeziehungen gewahrt und verbessert werden.

25 *The right to be let alone* (vgl. Anselm, 5; Wolf, 4).

26 Der weiteren, hier ausbleibenden, Bearbeitung bedarf sicherlich die Frage Otto Hansmanns (7), wieviel Öffentlichkeit eine kommunikative Konfliktregelung eigentlich verträgt.

27 Hierzu sehr gut der Jurist und Psychoanalytiker Lorenz Böllinger (8). Seinen Einwand (13) der Kontamination kann ich hier nur zitieren, nicht weiter verfolgen, obwohl der auch im Hinblick auf das Vokabular von Verbrechen, Opfer und so weiter sehr ernstzunehmen ist (auch Blad, 6, unter Hinweis auf Hulsman 1986; in diesen Zusammenhang und in den Zusammenhang des Mottos gehört auch Christie, 14, 16; interessanterweise führt die radikalere Rhetorik sowohl bei Christie, 17, als auch bei Smaus, 4, zu einer sehr konservativen Haltung, d.h. zur Akzeptanz der Strafe als einer Notwendigkeit unter den gegebenen Bedingungen).

28 Warum sollte nicht mehr Energie darauf verwandt werden herauszufinden, wie das Opfer ohne den beleidigenden Zwang, in eine Kommunikation mit dem Verbrecher eintreten zu müssen, und ohne die Auferlegung von mehr Erwartungen als im staatlichen Strafprozess der durch die Bezugsgruppe des Täters erfolgenden Einwirkung auf den Delinquenten, seiner Verantwortlichmachung, im besten Falle seiner erfolgreichen Beschämung, aber auch seiner auf lange Zeit angelegten kontrollierten Buße und Reintegrationsverpflichtung beiwohnen (und diese mitbestimmen) können sollte?

29 Vgl. Christie, 5, mit seinem erstaunlichen Beispiel, aber auch Morris 1999; Blad, 9; Fleischer, 6, Streng, 18, Wolf, 14 (die letzten unter Verweis auf Friedrich Nietzsche).

Literatur

(Angaben im Hauptartikel werden nicht alle wiederholt)

- Braithwaite, J. (2000). Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts. (Final Draft Submitted to *Crime and Justice – A Review of Research*. University of Chicago Press, 158 pages.
- Christie, N. (1977). Conflicts as Property. *British Journal of Criminology* 17: 1-26.
- Fletcher, G.P. (2000). Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung. In: A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt, Hg., Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. München: C. H. Beck, S. 235-253.
- Hess, H. (1998). Die Zukunft des Verbrechens. *Kritische Justiz* 31: 145-161.
- Huegli, A. (1999). Stichwort "Strafe", V. Pädagogik, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Herausgegeben v. J. Ritter und K. Gründer, völlig Neubearb. Ausgabe des 'Wörterbuchs der Philosophischen Begriffe' v. R. Eisler, Band 10: St-T. Darmstadt: Wiss.Buchges., S. 252-262.
- Hulsman, L.H.C. (1986). Critical criminology and the concept of crime, in: H. Bianchi, R.v. Swaaningen, eds., *Abolitionism*. Amsterdam: University Press, pp. 25-41.
- Kaiser, G. (1987). Abolitionismus – Alternative zum Strafrecht? *FS f. Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*. Berlin: de Gruyter, S. 1027-1046.
- Lackner, Th. (1985). Prävention und Schuldunfähigkeit. In: *FS f. Theodor Kleinkecht*. München: C.H. Beck 1985, S. 245-266.
- Montesquieu (1748/1965). *Vom Geist der Gesetze* (De l'Esprit des Lois, dt. Stuttgart: Reclam).
- Morris, A., G. Maxwell, J. Hudson, B. Galaway (1996). Concluding Thoughts, in: J. Hudson et al., eds., *Family Group Conferences. Perspectives on Policy and Practice*. Sydney: Federation Press and Criminal Justice Press.
- Morris, R. (1994). *But what about the dangerous few?* Toronto: Rittenhouse.
- Morris, R. (1999). *Why Transformative Justice?* Toronto: Rittenhouse.
- Schild, W. (1982). Strafe – Vergeltung oder Gnade?, in: *Schweizerische Zeitschrift f. Strafrecht*, S. 364-384.
- Sherman, L.W. et al. (1998). *Experiences in Restorative Policing*. A Progress Report. Law Program. RISS, ANU, Canberra.
- Shearing, C. (1997). Gewalt und die neue Kunst des Regierens und Herrschens. Privatisierung und ihre Implikationen, in: T. v. Trotha, Hg., *Soziologie der Gewalt, Sonderheft 37 der Kölner Zeitschrift f. Soziologie und Sozialpsychologie*, 263-274.
- Shearing, C. (1999). *Transforming Security: A South African Experiment*. *Unv. Manuskript*, Toronto/Kapstadt Oktober 1999, 36 S.

Adresse

Prof. Dr. Sebastian Scheerer, Universität Hamburg, Institut für kriminologische Sozialforschung, Troplowitzstraße 7, 22529 Hamburg
E-Mail: Scheerer@uni-hamburg.de

Speech structure

1) My Question

many questions:

- why (how) we should get rid of prisons
- why (how) ... death penalty
- is the cjs going to weather away by force of history?
- can we do without punishment in developed socialism?
- is punishment an absolute necessity in our contemp. society?
|| This question is enlightenment question (Beccaria etc.)

2) My point

the very reality that makes the punitive state so full of self confidence

also contains aspects that make it possible to fulfill the legitimate aims of cjs with more effectivity, justice, and less collateral damage

3) Specifications: This does not require a farewell to "guilt", "criminality" ... do: some desires are justified ...