

## I. Einleitung

### 1) Begriffsklärungen

Um im Folgenden Missverständnisse zu vermeiden, erscheinen zunächst Begriffsklärungen angebracht: Unter **strafrechtlichen Sanktionen** werden alle staatlichen Maßnahmen im Rahmen eines strafrechtlichen Verfahrens verstanden, welche sich als schuldangemessene und/oder kriminalpräventiv ausgerichtete Rechtseinbuße gegen denjenigen richten, der eine rechtswidrige Tat (§ 11 I Nr. 5 StGB) begangen hat. Nicht zu den strafrechtlichen Sanktionen zählen prozessuale Maßnahmen zur Sicherung des Strafverfahrens und zur Vorbereitung der Entscheidungsfindung (z.B. Untersuchungshaft).

Zu unterscheiden ist zwischen *formellen Sanktionen*, die vom Gesetzgeber als solche vorgesehen sind, und *informellen Sanktionen*, die von Justizbehörden zur Vermeidung formeller Sanktionen eingesetzt werden (vgl. § 153 a StPO, §§ 45, 47 JGG); außerhalb des strafrechtlichen Bereichs liegen informelle Sanktionen, die in den Reaktionen der Mitbürger auf einen Rechtsbruch enthalten sind.

Der für die folgenden Ausführungen ebenfalls zentrale Begriff der **Strafzumessung**, den der Gesetzgeber in § 46 StGB verwendet hat, erfasst hier sowohl die Auswahl der Straftat als auch die Bestimmung der Strafhöhe. Die Nutzung des Terminus „Strafzumessung“ hat sich eingebürgert, obwohl der Gesetzgeber in der Überschrift zum Zweiten und Dritten Titel des Dritten Abschnitts des StGB für die Strafzumessung den Begriff der „Strafbemessung“ verwendet. So unterscheidet man weitgehend zwischen gesetzlicher bzw. *gesetzgeberischer Strafbemessung* und *richterlicher Strafzumessung*<sup>1</sup>. Für die Auswahl schuldunabhängiger Sanktionen hingegen wird im Folgenden keiner dieser beiden auf „Strafe“ bezogenen Begriffe verwendet.

### 2) Zur Komplexität des Themas „Sanktionen“

Die Sanktionen und die Strafzumessung unterliegen zunehmend einem Prozess der „Verrechtlichung“ und „Verwissenschaftlichung“. Damit ist zunächst gemeint, dass das 1. StrRG und das 2. StrRG (von 1969) durch die Neugestaltung der Sanktions- und Strafzumessungsvorschriften im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches einen wesentlichen Impuls gegeben haben, das Gebiet der Rechtsfolgen strafrechtsdogmatisch gründlicher zu durchdringen. Die Rechtsprechung und die Rechtslehre haben diesen Auftrag aufgegriffen und speziell im Rahmen des **Strafzumessungsrechts** die Entwicklung stetig vorangetrieben. Parallel dazu hat auch die **sanktionsorientierte Kriminologie** bzw. ihr Teilgebiet „Pönologie“ einen Aufschwung erlebt. Diese empirischen Disziplinen wiederum stellen auf der Basis ihrer neueren Befunde die **Straftheorie** vor die Notwendigkeit einer möglichst empiriefesten Neufundierung. Damit stehen drei Anknüpfungspunkte für eine Verwissenschaftlichung der Sanktionsanwendung zur Verfügung, welche auf die Rechtspraxis und folglich auch auf die Ausbildung ausstrahlen. Vor diesem Hintergrund erlangt die ganz sicher nicht neue Erkenntnis, dass das Klären des Vorliegens oder Nicht-Vorliegens einer Straftat die Aufgabe des Strafrichters in der Praxis bei weitem noch nicht erschöpft, besonderes Gewicht. So wird die bislang in der juristischen Ausbildung fast ganz ausgeblendete **Strafzumessung** von berufenen Stimmen als „Kronung“, als „Höhepunkt“ und als „**schwierigster Teil der Urteilsbildung**“ bezeichnet<sup>2</sup>. Und natürlich ist die Schwierigkeit der Sanktionswahl nicht nur für den Richter spürbar, sondern bleibt auch für die Tätigkeit des Verteidigers und des Staats-

1 vgl. Hettinger, 1982, S. 24 f.; Bruns, 1985, S. 4

2 Nw. bei Streng, 1984, S. 7; Baumann, 1986, S. 524

anwalts nicht folgenlos. Diese können schon im Ermittlungsverfahren wesentliche Weichenstellungen hin zu einer informellen Sanktionierung im Rahmen der Verfahrenseinstellung oder hin zu Absprachen über Sanktionen vornehmen. Darüber hinaus können sie im Vorfeld der Überzeugungsbildung des Gerichts und später, im Stadium nach Verkündung des Urteils, die Entscheidung einer angerufenen Rechtsmittelinstanz mit eigenen Argumenten und Anträgen beeinflussen.

- 3** Obwohl also Bezugspunkt der Thematik „Sanktionen“ die juristische Praxis in Strafsachen ist, darf eine sachangemessene Darstellung bei einer juristisch-dogmatischen Behandlung der Sanktionen nicht stehenbleiben. Zum einen ist zunächst **straftheoretisch** zu klären, welche Zwecke mit den vom Gesetz bereitgestellten Sanktionierungsmöglichkeiten verfolgt werden sollen. An diese Frage schließt die **empirisch-kriminologische Fragestellung** nach den faktischen Chancen zur Realisierung dieser Strafzwecke in der Sanktionsanwendung an. Des Weiteren verweist das Strafgesetz selbst den Strafrichter bei der Entscheidung über das Ob von Strafe im Rahmen der Schuldfähigkeitsentscheidung (§ 20 StGB; § 3 JGG) und anschließend bei der Sanktionsauswahl und der Strafbemessung auf strafrechtsdogmatisch nicht mehr fassbare, hoch komplexe Gesichtspunkte: Bei der Entscheidung über die Schuldfähigkeit geht es etwa um Krankheit, seelische Abartigkeit, Einsichtsfähigkeit und Steuerungsfähigkeit des Täters (§§ 20, 21 StGB) sowie um Entwicklungsstörungen bei Jugendlichen (§ 3 JGG). Vor nicht weniger große Probleme stellt die Notwendigkeit einer Vorhersage künftigen Verhaltens in Form einer „Legalbewährungsprognose“ bei der Entscheidung über die Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (§§ 56, 57 StGB; § 21 JGG) oder bei der Entscheidung über die Verhängung einer Maßregel der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff. StGB). In besonderer Form überfordert fühlen mag man sich angesichts des Ansinnens des Gesetzes, der Richter solle entscheiden, ob eine bestimmte Sanktion „zur Verteidigung der Rechtsordnung“ notwendig oder nicht notwendig ist (§ 47 I, § 56 III, § 59 I Nr. 3 StGB). Das Abschätzen, welche Wirkungen die Strafe für das Leben des Täters in der Gesellschaft haben wird (§ 46 I S. 2), erscheint dagegen – trotz aller Schwierigkeit an sich – schon fast wieder unproblematisch. Und bei der Bestimmung der „Schuld des Täters“, welche „Grundlage für die Zumessung der Strafe“ zu sein hat (§ 46 I S. 1 StGB), kann man sich gar wieder auf festem juristischem Terrain wägen. Insoweit sei aber schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass aller Anlass besteht, die Schuldquantifizierung im Sinne der Strafzumessungsschuld für eine außerordentlich schwierige Aufgabe zu halten, welche auf schwankendem Boden zu erfüllen ist.

### 3) Die zu behandelnden Fragestellungen

- 4** Aus den angesprochenen Fragen ergibt sich ein Katalog dessen, was Gegenstand der weiteren Darstellung sein muss. Dieser **Themenkatalog** sei in der fürs Weitere gewählten Reihenfolge kurz dargestellt:
- Begonnen wird mit Ausführungen zum Warum von Strafe; denn ohne eine straftheoretische Vorklärung der Ziele der Sanktionierung kann die Frage des Sinns und der Leistungsfähigkeit des Sanktionssystems sowie der einzelnen Sanktionen nicht beantwortet werden. Es folgen Ausführungen zum sog. „Dunkelfeld“ der Kriminalität und seiner Bedeutung für die Sinnhaftigkeit staatlichen Strafens.
  - In der Behandlung des Prozesses der Kriminalisierung und Sanktionierung lässt sich herausarbeiten, wie es letztendlich zur Sanktionsverhängung oder aber zur Ausfilterung auch von Tatverdächtigen aus dem Sanktionierungsprozess kommt.
  - Anschließend wird die Sanktionspalette des allgemeinen Strafrechts und – im Überblick – auch des Jugendstrafrechts vorgestellt und die zahlenmäßige Bedeutung der einzelnen Sanktionen gezeigt. Die Sanktionen des allgemeinen Strafrechts und ihre

Anwendung bzw. ihr Vollzug werden vertieft behandelt. Nur gestreift werden im Folgenden die jugendstrafrechtlichen Sanktionen. Denn diese stellen den Kernbereich des Jugendstrafrechts dar, für das in großem Umfang Spezialliteratur zur Verfügung steht und das auch in der universitären Ausbildung mit speziellen Veranstaltungen abgedeckt wird. Entsprechendes gilt auch für den Strafvollzug bzw. das Strafvollzugsrecht, weshalb hier primär die für den Strafruristen bei der Sanktionswahl relevanten Vollzugsfragen behandelt werden, nämlich die unmittelbar mit der Erfüllung des Resozialisierungs- und Sicherungsauftrages zusammenhängenden Aspekte.

- Auf die Evaluationsforschung, d.h. auf die Erforschung der Effizienz strafrechtlicher Sanktionen im Sinne der Straftheorien, wird wiederholt und ausführlich eingegangen. Denn die Ergebnisse der Evaluationsforschung sind naturgemäß nicht nur wichtig für den Gesetzgeber, sondern auch – und das interessiert in diesem Rahmen besonders – für den Strafrechtsanwender bei der Auswahl und Bemessung einer erfolversprechenden Sanktion.
- Das Strafzumessungsrecht und die Strafzumessungslehre verdienen besondere Beachtung. Es handelt sich dabei um den Angelpunkt des Sanktionenrechts, wie es für den Strafruristen im Strafverfahren von Bedeutung ist. Besonderer Wert wird auf die Darstellung der neueren Entwicklung gelegt. Auch Ergebnisse der empirischen Strafzumessungsforschung werden dargestellt.
- Nachdem prognostische Aussagen über die vermutliche weitere Entwicklung und Legalbewährung des Täters für die Strafzumessungsentscheidung, für die Anordnung von Maßregeln der Besserung oder Sicherung und für Vollzugsentscheidungen von zentraler Bedeutung sind, verlangt die Lehre von der Kriminalprognose eine ausführliche Behandlung.
- Abschließend ist auf Grundfragen und Probleme forensischer Begutachtung der Schuldfähigkeit des Täters einzugehen, da die Schuldfähigkeitsentscheidung wesentliche Weichenstellungen für die Sanktionsauswahl mit sich bringt.

## II. Warum bzw. zu welchem Zweck wird gestraft?

### 1) Formen der Abweichung und Reaktionsformen

Menschliche Verhaltensweisen können ganz grob in zwei Kategorien eingeteilt werden<sup>3</sup>: 5

- **konformes Verhalten** in dem Sinne, dass den etablierten gesellschaftlichen Verhaltenserwartungen entsprochen wird;
- **abweichendes Verhalten**, das eben den Verhaltenserwartungen nicht entspricht.

Bei dieser Unterscheidung wird vereinfachend davon ausgegangen, dass es nur *eine* Normebene i.S. eines einheitlichen, allseits akzeptierten Normarsenals gibt. In Wirklichkeit ist die Situation vielschichtiger; es existiert ja nicht nur die offizielle gesamtgesellschaftliche „Staatskultur“, sondern auch noch eine Vielzahl von sog. **Teil- oder Subkulturen**, die teilweise erheblich abweichende Normen i.S.v. Verhaltenserwartungen beinhalten<sup>4</sup>. Für die Frage des staatlichen Strafens gilt aber naheliegenderweise eine Orientierung an den gesamtgesellschaftlich etablierten Normen, also an der Ebene der „**Gesamtkultur**“<sup>5</sup>.

3 weiterführend Popitz, 1980

4 vgl. etwa Sack, 1978, S. 349 ff.; Rehbinder, 2009, S. 39 ff.

5 vgl. auch Smaus, 1986, 10 f.; Rehbinder, 2009, S. 41

Auch innerhalb der weithin anerkannten Normen sind **unterschiedlich stark sanktionierte Verhaltensnormen** zu unterscheiden. Und zwar gibt es solche,

- die nicht mit staatlichen Sanktionen abgesichert sind (z.B. Du sollst nicht lügen, nicht ehebrechen etc.), dann solche,
- deren Geltung und Durchsetzbarkeit polizeirechtlich verankert bzw. in Form von Ordnungswidrigkeitstatbeständen festgeschrieben sind, und schließlich solche,
- deren Übertretung mit Kriminalstrafe – also strafrechtlich – geahndet wird.

- 6** Die Frage nach dem Warum dieser Differenzierung beinhaltet zugleich die **Frage nach der Eigenart und dem Sinn von Strafrecht**. Eine Antwort kann hier aber immer nur für eine bestimmte Gesellschaftsform Gültigkeit beanspruchen; in unserem Falle also für einen demokratischen Rechtsstaat (näher unten 5). – Die konkreten Entstehungsbedingungen strafrechtlicher Normen werden von der „Normgenese“-Forschung erfasst; dieser Bereich sei hier ausgeklammert<sup>6</sup>.

Im ersten Fall, also bei der **nicht mit staatlichen Sanktionen bedrohten Abweichung**, ist diese entweder belanglos bzw. gilt zumindest als unschädlich (bloße Verletzungen der Etikette o.ä.), oder es wird davon ausgegangen, dass sog. informelle Reaktionen der Mitbürger (z.B. wird der ertappte Lügner von seiner Umwelt „geschnitten“), zivilrechtliche Reaktionen des Geschädigten oder sozial- und ordnungspolitische Maßnahmen des Staates das Problem der Abweichung angemessen bewältigen können.

Im zweiten Fall, nämlich der Schaffung von **Ordnungswidrigkeitstatbeständen**, will man ein Gebot oder Verbot verdeutlichen und mit der Sanktionsdrohung und -verhängung die Befolgung der Norm absichern. Dabei handelt es sich um eine Art unvollkommenes Strafrecht, da zwar die Sanktionierungsbedürftigkeit als gegeben angesehen wird, nicht aber die „Strafwürdigkeit“ im Sinne massiver moralischer Verurteilung von Zuwiderhandlungen. Denn bei dem „Verwaltungsunrecht“ der Ordnungswidrigkeit liegt im Regelfall lediglich eine Schaffung von abstrakten Gefahren für Rechtsgüter bzw. die Verletzung von abstrakten Vorfeld-Rechtsgütern vor; deshalb gilt eine bloß „technische“ Reaktion ohne den gewichtigen sozialetischen Tadel des Kriminalunrechts als angemessen<sup>7</sup>.

Im dritten Fall, der Schaffung von **Straftatbeständen** zur Absicherung einer Verhaltensnorm<sup>8</sup>, geht es im Regelfall um den ganz unmittelbaren Schutz von „Rechtsgütern“, also um den Schutz vor einer Gefährdung oder Schädigung von als wichtig eingeschätzten kollektiven oder individuellen Interessen bzw. Rechtspositionen<sup>9</sup>. Pönalisiert werden solche Verhaltensweisen, wenn ihr Unwertgehalt als so groß erscheint, dass nicht nur „Gefährlichkeit“ (bzw. Schädlichkeit), sondern auch „Verwerflichkeit“ vorliegt<sup>10</sup>. Freilich ist die – nicht zuletzt unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu bestimmende – materielle Abgrenzung zum Zuständigkeitsbereich des Ordnungswidrigkeitenrechts in weiten Bereichen unscharf, weshalb dem Gesetzgeber auch unter verfas-

6 vgl. dazu etwa Sack, 1978, S. 373 ff.; Walter, 1988, 381 ff.; KKW-Savelsberg, 1993, S. 286 ff.; Eisenberg, 2005, § 23

7 vgl. Kunz, 1984, S. 148 ff., 189; Jescheck/Weigend, 1996, § 7 V 3 b; Jung, 2002, S. 50 f.; kritisch Appel, 1998, S. 239 ff., 482 ff.

8 vgl. Günther, 1978

9 zum Rechtsgutsbegriff und seinen Leistungsgrenzen vgl. etwa Amelung, 1972, S. 261 ff.; Frisch, 1993 a, S. 71 ff.; Lagodny, 1996, S. 145 ff.; Appel, 1998, S. 340 ff.; LK-Weigend, 2007, Einl. Rn. 7 f.; Kühl, 2010, S. 447 ff.; Kahlo, 2010, S. 412 f., 420; NK-StGB/Hassmer/Neumann, 2010, Vor § 1 Rn. 110 ff.; MüKo-StGB/Joocks, 2011, Einl. Rn. 30 ff.; ferner BVerfGE 120, 224 ff., 241 f.

10 vgl. Gallas, 1968, S. 13 ff.; dazu Leferenz, 1973; vgl. auch Amelung, 1972, S. 291 ff.; Roxin, 2009, S. 604 f.; Kühl, 2010a, S. 125

sungsrechtlicher Perspektive ein breiter Gestaltungsspielraum eingeräumt ist, ob er gerade das Instrumentarium des Kriminalrechts einsetzt<sup>11</sup>.

Immerhin auf abstrakter Ebene lassen sich drei Kriterien für die Kriminalisierung von Verhaltensweisen darstellen: (1) Wert des Rechtsguts, (2) Gefährlichkeit des Angriffs und (3) Verwerflichkeit der Tätergesinnung<sup>12</sup>. Einer anderen eingebürgerten Terminologie entsprechend, kann man unter diesen Voraussetzungen auch vom Vorliegen von „**Strafbedürftigkeit**“ und „**Strafwürdigkeit**“ sprechen; wobei dem ersten Begriff das kalkulierte Zweckmoment in der Strafe (d.h. präventionsbezogene Nützlichkeitsabwägungen) und dem zweiten Begriff der das Rechtsgefühl ausdrückende Vergeltungswunsch i.S. eines sozialetischen Unwerturteils zugeordnet werden<sup>13</sup>. 7

Angesichts des durchaus nicht immer gegebenen gesellschaftlichen Konsenses über die Strafbedürftigkeit und -würdigkeit bestimmter Verhaltensweisen ist der Gesetzgeber bei der Schaffung von Straftatbeständen vielfach vor eine schwierige Aufgabe gestellt. Es ist dabei aber jedenfalls die **ultima ratio-Stellung des Strafrechts**, nämlich die eines scharfen und daher betont zurückhaltend einzusetzenden Instruments zur Wahrung allein von gesellschaftlich allseits anerkannten, wichtigen Werten und zum Schutz entsprechender Rechtsgüter, angemessen zu berücksichtigen. Nur wenn die Wertorientierung der Mitbürger des Täters durch dessen Handeln in Frage gestellt und daher zu erheblichem Widerspruch herausgefordert wird, ist die gesellschaftliche Antwort in Form eines sozialetischen Tadels, also mittels Strafrecht, legitim. Diese Orientierung nicht nur an Sozialschädlichkeit sondern gerade auch an vorzufindenden Werthaltungen stimmt überein mit der Erkenntnis, dass in einem demokratischen Rechtsstaat ein wirkungsvolles Strafrecht auf vorfindbarem **gesellschaftlichem Konsens** aufbauen muss; die zentrale Funktion des Strafrechts kann daher nur eine wertkonservative sein, nicht aber eine progressiv sittenbildende<sup>14</sup> oder gar eine bevormundend repressive. Die **wertkonservative Natur** unseres Strafrechts drückt sich rechtstheoretisch in einer Beschränkung des Strafrechts auf die Ahndung von allgemein als „verwerflich“ bzw. „strafwürdig“ eingeschätztem sozialschädlichem Handeln aus. Im Widerspruch dazu würde ein Pönalisieren von gesellschaftlich stark umstrittenen Vorstellungen das Strafrecht zum politischen Kampfinstrument denaturieren – was weniger friedensstiftend als friedensstörend wirken müsste. 8

Vor dem Hintergrund des anspruchsvollen Anforderungsprofils an Strafrecht wird die Tätigkeit des Gesetzgebers vor allem in neuerer Zeit erheblich kritisiert. Denn Strafrecht wird zunehmend als allgemeines gesellschaftliches Lenkungsinstrument unter **Vernachlässigung seines ultima ratio-Charakters** angewendet. Teils nähert der Gesetzgeber das Strafrecht an das Polizeirecht an; teils setzt man den Präventionsgedanken ganz sachfremd unter dem Aspekt der Beruhigung der Bevölkerung ein. Dabei tritt der Aspekt effektiven Schutzes der Individualrechtsgüter und der sie absichernden zentralen Kollektivrechtsgüter hinter beruhigender „**symbolischer Gesetzgebung**“ ohne eigentli- 9

11 vgl. BVerfGE 80, 182 ff., 185 f.; BVerfGE 123, 267 ff., 408 f.; Lagodny, 1996, S. 418 ff.; restriktiver Amelung, 1972, S. 294

12 vgl. Jescheck/Weigend, 1996, § 7 I 1 c

13 vgl. BVerfGE 123, 267 ff., 408; Kunz, 1984, S. 188 f.; Bloy, 1985, 30 ff.; da Costa Andrade, 1995, S. 129 ff.; Wolter, 1996, S. 4; Otto, 2004, § 1 Rn. 48 ff.; Roxin, 2006, § 23 Rn. 34 ff.; NK-StGB/Hassemer/Neumann, 2010, Vor § 1 Rn. 49 ff.; Krey/Esser, 2011, Rn. 17 f.; kritische Hinterfragung dieser Begriffe etwa bei Volk, 1985, 894 ff.; Frisch, 1993 a, S. 77 ff.; Appel, 1998, S. 395 ff.

14 vgl. Müller-Dietz, 1979, S. 34 ff.; Streng, 1989, 290 f. – mwN.

che Präventionseffizienz zurück. Angesichts der Verunsicherungen unter den Bedingungen einer „Risikogesellschaft“ gewinnt derart die vorverlegte Strafrechtsanwendung in Form von abstrakten Gefährdungsdelikten an Bedeutung. Zugleich verliert der Gedanke des sozialetischen Unwerturteils als Grundlage von Strafe und damit die am Gerechtigkeitsempfinden orientierte Begrenzung des Strafrechtseinsatzes an Einfluss. Man kann dies nur als problematische Entwicklungen ansehen<sup>15</sup>.

## 2) Die Straftheorien

- 10** Die Frage, warum und in welcher Form der notwendige Rechtsgüterschutz gerade durch Strafrecht sinnvoll oder gar unverzichtbar ist, hat man schon seit langem mit einigen wenigen Basistheorien, und in diesem Rahmen mit einer Vielzahl von Argumenten, zu beantworten versucht. Als Grundeinteilung bot sich seit jeher die Unterscheidung zwischen „absoluten“ und „relativen“ Theorien an. So ist bei *Seneca*<sup>16</sup> nachzulesen: „Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur“ – „Wie schon Plato sagt, straft kein vernünftiger Mensch deshalb, weil gesündigt wurde, sondern damit in Zukunft nicht mehr gesündigt werde.“ Bereits in der Straftheorie bzw. Philosophie der Antike fand sich also die Ablehnung einer bloß retrospektiven, zweckfrei eine angemessene Antwort auf die Straftat vorsehenden „absoluten“ Theorie. Und eine ähnlich eindeutige Ablehnung der „absoluten“ zugunsten einer „relativen“, auf Kriminalprävention ausgerichteten Theorie lässt sich etwa bei dem als Schöpfer der modernen Kriminalpolitik geltenden *Cesare Beccaria* (1738 - 1794) finden<sup>17</sup>. Wenn wir heute dennoch eine absolute und eine relative Straftheorie gegenüberstellen, dann meint das nicht, dass wir hinter den Stand der Antike zurückgefallen wären. Es geht bei der **absoluten Theorie moderner Prägung** nicht mehr um zweckfreie Vergeltung, Talion oder gar Rache<sup>18</sup>, sondern um das Ziel, eine den gesellschaftlichen Werten entsprechende, an der Straftat gemessen gerechte Strafe zu gewährleisten. Hingegen berücksichtigen die **relativen Theorien** allein die weitere Entwicklung des Täters oder der Allgemeinheit. Dass diese (scheinbar) konträren Perspektiven der absoluten und der relativen Theorien dennoch wesentliche Berührungspunkte und sogar Gemeinsamkeiten aufweisen, es sich also teilweise nur um unterschiedliche begriffliche Kategorisierungen desselben Phänomens handelt, sei schon vor der Behandlung der einzelnen Ansätze angemerkt.

Im gegebenen Zusammenhang erscheint es ausreichend, die derzeit im Hinblick auf das geltende Strafrecht diskutierten Ansätze zur Begründung und Rechtfertigung staatlichen Strafens in Grundlinien zu skizzieren<sup>19</sup>. Diese **Darstellung der Straftheorien** wird weiter unten durch eine Diskussion empirischer Ergebnisse zur Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen ergänzt (vgl. II 4, V 6, VI 3 d und VII). Auf die Bedeutung der

15 vgl. zum Ganzen etwa Naucke, 1985, S. 190 ff.; ders., 1993; Jung, 1992, S. 29; Krauss, 1993, S. 471 ff.; P.-A. Albrecht, 1994; ders., 2010, S. 69 ff.; Hassemer, 1995; ders., 2001; Vormbaum, 1995, 744 ff.; Weigend, 1996, S. 699 ff.; Krahl, 1999, S. 288 ff.; Streng, 1999, 857 ff.; ders., 2006 b, S. 202 ff.; Weidemann, 1999, 623 ff.; Kunz, 2004, S. 82 f.; ders., 2010, 16 ff.; Ostendorf, 2005, 64 f.; Prittwitz, 2005, S. 162 ff.; Heinrich, 2009, 115 ff.; Eicker, 2010, S. 25 ff.; positivere Sicht bei Haffke, 2001, S. 970 ff.

16 vgl. Seneca, De Ira, Buch I, S. XIX

17 vgl. Beccaria, 1988, S. 83 f.

18 nachdrücklich Hassemer, 2006, S. 56 f.

19 für umfangreiche Quellen- und Literaturbelege zur Straftheorie sei global verwiesen auf Müller-Dietz, 1979, S. 1 ff.; Neumann/Schroth, 1980, S. 11 ff.; Jakobs, 1991, 1 Rn. 17 ff.; Jescheck/Weigend, 1996, § 8; für eine historische Darstellung vgl. Maurach/Zipf, 1992, § 6 Rn. 9 ff.

Strafzwecke speziell für die Strafzumessung ist im dortigen Zusammenhang (vgl. unten IX 2 c) und auf die rechtstheoretischen Grundlagen des Schuldgedankens bei der Behandlung der Schuld(un)fähigkeit (vgl. unten XI 2 c.bb) vertieft einzugehen.

### a) Schuldausgleich

aa) **Grundlagen.** Früher dominierte die „absolute Straftheorie“, nach der es die Aufgabe des Strafrechts ist, **gerechten Schuldausgleich** herzustellen<sup>20</sup>. Kennzeichnend für die **klassische Vergeltungs- oder Gerechtigkeits**theorie ist, dass weitergehende Zwecke, welche auf eine Instrumentalisierung des Straftäters zur Verbrechensverhütung hinauslaufen könnten, nicht verfolgt werden. Diese Lehre ist vor allem mit dem Namen *Kant* und auch *Hegel* verbunden<sup>21</sup>. Allerdings wird dabei oft unzulässig verkürzt, wenn diesen Vertretern einer ganz am Tatausgleich orientierten Strafmaßbestimmung ohne Weiteres unterstellt wird, sie würden eine präventive Grundlage des Strafrechts leugnen<sup>22</sup>.

In der neueren deutschen Strafrechtswissenschaft wurde die Gerechtigkeits

theorie als **relative Vergeltungstheorie** zumeist mit der durchwegs nicht näher begründeten Vorstellung verknüpft, dass die gerechte Strafe auch die am besten das Rechtsgefühl der Allgemeinheit stärkende Strafe sei<sup>23</sup>. Mehr oder minder betont wurde und wird die Legitimation schuldausgleichender Strafen so mit **generalpräventiven Hilferwägungen** abgestützt<sup>24</sup>. Solche neueren Varianten der klassischen Lehre betonten weiterhin, ganz in der Tradition von *Hegels* Idee einer „Wiederherstellung des Rechts“ durch Strafe<sup>25</sup>, als zentrale Funktion von Strafe, „den Rechtsbruch symbolisch aufzuheben“<sup>26</sup>.

Zentraler Bezugspunkt der Vergeltungs- oder Gerechtigkeits

20 vgl. noch Arthur Kaufmann, 1961, S. 201 ff., 208 ff.

21 vgl. etwa Eb. Schmidt, 1960, S. 16 ff.; Mayer, 1969; Naucke, 1969; Seelmann, 1979; Ebert, 1988, S. 41 ff.; Schild, 1998 a; Maultzsch, 2001, 85 ff.; Gropp, 2005, § 1 Rn. 101 ff.; Frister, 2011, Kap. 2 Rn. 3 ff.; Kahlo, 2010, S. 408 ff., 417 f., 420 f.; Krey/ Esser, 2011, Rn. 134 ff.; Kritik an dieser Zuschreibung bei Hruschka, 2010, 493 ff.

22 die strafrechtliche Zweckverfolgung im Sinne von Generalprävention und die Strafmaßbestimmung im Kant'schen Strafverständnis nachdrücklich unterscheidend Byrd, 1990, S. 146 ff.; Byrd/Hruschka, 2010, S. 261 ff.; Hruschka, 2010, 499 f.; ferner Pawlik, 2007, S. 483 ff.; Haas, 2008, S. 189 f.; Naucke, 2010, S. 563 ff.

23 vgl. Gallas, 1968, S. 4, 14; Blei, 1983, § 100 I, § 101 I; Armin Kaufmann, 1983, S. 6 ff.; Arthur Kaufmann, 1986, 230; Köhler, 1986, S. 64 f.; Gössel, 1988, S. 22 ff.; Jescheck, 1998, 617; NK-StGB/Hassemer/Neumann, 2010, Vor § 1 Rn. 271 ff.; T. Walter, 2011, 636 ff.; weitere Nw. bei Streng, 1989, 283

24 dazu Haffke, 1976, S. 76 ff.; ders., 2001, S. 972 ff.; Stratenwerth, 1977, S. 12 ff.; Frommel, 1987, S. 104 ff.; dies., 1993, S. 268 ff.; Scheffler, 1987, S. 98 ff.; Ebert, 1988, S. 46 ff.; Neumann, 1999, S. 124 f.; Miehe, 2000, S. 252 ff.; Moore, 2000, S. 100; Kalous, 2000, S. 172 ff.; Roxin, 2009, S. 613; Naucke, 2010, S. 561 ff.; Krey/Esser, 2011, Rn. 157 ff.

25 Hegel, 1821, § 99 und auch §§ 101 ff.; dazu Streng, 1980, 640 f. mit Fn. 13; Klieszczewski, 1991, S. 232 ff.; Maultzsch, 2001, 90; Pawlik, 2007, S. 483 ff.

26 Stratenwerth, 1995, S. 19 f.; ähnl. Frisch, 1998 a, S. 140, 143; ders., 2000, S. 278 ff.

27 BGHSt 2, 194 ff., 200 f.; BVerfGE 123, 267 ff., 413; ferner Rudolphi, 1974, S. 200; Otto, 1981, 484 ff.; Arthur Kaufmann, 1986, 226 f.; Grasnack, 1987, S. 50 ff.; SK-StGB/ Rudolphi, 2003, § 20 Rn. 4 a; Landau, 2011, 538

11

12

persönlichen Anders-Handeln-Könnens im Sinne einer **Entscheidungsfreiheit** des gesunden Menschen; auch diese soll einen individuellen Tadel gegen den Täter legitimieren. Wegen der allseits eingeräumten Schwierigkeit, wenn nicht gar Unmöglichkeit, individuelle Freiheit festzustellen (vgl. unten XI 2 c.bb), begnügt die herrschende Lehre sich für die Freiheitszuschreibung mit einem „Analogieschluss“ im Sinne des **Vergleichens mit einem gedachten Durchschnittsmenschen**: Wenn ein in die Tätersituation versetzter „maßgerechter Mensch“ die Tat hätte vermeiden können, dann soll ein Zurückbleiben hinter diesem „Maß an Rechtsgesinnung und Willenskraft“ dem Täter als schuldhaft zugerechnet werden<sup>28</sup>. Mit diesem Umgehen des Problems der Unbeweisbarkeit individueller Handlungsfreiheit verliert man aber jede Legitimation für einen auf Freiheitsmissbrauch gestützten, individualethischen Tadel gegen diese Täter. Denn dass gerade dieser Mensch in der Tatsituation hätte anders handeln können, wird nicht einmal behauptet<sup>29</sup>. Legitimiert werden kann derart allein der Ausspruch eines sozialen Tadels im Sinne einer Kennzeichnung normwidrigen und daher strafwürdigen Verhaltens. Der klassische, individuell-freiheitsbezogene Schuldvorwurf jedenfalls ist – was vielfach nicht offengelegt wird – aufgegeben.

- 13** Eng verzahnt mit diesem „analogischen“ Ansatz hat sich die Überzeugung durchgesetzt, dass die Basis für ein solch normatives Schuldurteil in der **Motivierbarkeit des „normalen“ Individuums** durch Normen zu sehen sei. Teils wird Handlungsfreiheit dann lediglich als „normative Setzung“ angesehen<sup>30</sup>, teils klammert man Freiheitserwägungen ganz aus<sup>31</sup>. Im Ergebnis versteht man das Schuldurteil so als **sozialen Tadel**, der ein gesellschaftlich nicht akzeptierbares Verhalten deutlich machen soll. Es wird kein Vorwurf der Art gegen den Täter erhoben, dass er seine eigenen Möglichkeiten zur Normbefolgung verfehlt habe, sondern der Vorwurf bzw. „soziale Tadel“, dass er das nicht geleistet hat, was man von ihm als verantwortlichem Staatsbürger in einer entsprechenden Situation verlangen musste bzw. konnte<sup>32</sup>. Wenn mit dieser generalisierenden Fassung kein Vorwurf mehr gegen den einzelnen Täter erhoben wird, dieser habe weniger an Normkonformität geleistet als ihm eigentlich möglich war, ist für die Legitimation eines von präventiven Aspekten unabhängigen Schuldstrafrechts aber wenig gewonnen<sup>33</sup>.
- 14** **bb) Vertiefung: Sozialer und funktionaler Schuldbegriff.** Sieht man mit der eben dargestellten Ansicht die Grundlage der Schuldstrafe in der Motivierbarkeit des Durch-

28 vgl. Jescheck/Weigend, 1996, § 39 III; ebenso etwa Mangakis, 1963, 517 ff.; Otto, 1975, 583; Schreiber, 1977, 245; Arthur Kaufmann, 1986, 227; Ida, 1991, S. 146 f.; kritisch Streng, 1989, 276 ff.; Hart-Hönig, 1992, S. 20 ff.; Roxin, 2006, § 19 Rn. 22; zum insoweit relevanten Menschenbild des Grundgesetzes Hörnle, 2008, S. 334 ff.

29 kritisch dazu Engisch, 1963, S. 24 ff., 40 f.; Lackner, 1985, S. 251 f.; Witter, 1987, S. 47, 51; Hassemer, 1990, S. 231 f., 238 f.; Jakobs, 1991, 17 Rn. 25; Hillenkamp, 2006, S. 104; Roxin, 2006, § 19 Rn. 22; Duttge, 2009 a, 37 ff.; S/S/Lenckner/Eisele, 2010, Vor § 13 Rn. 109 a; dagegen wiederum Jescheck, 1998, 614

30 Roxin, 1984, 650; ders., 1993, S. 521; Venzlaff/Foerster/Schreiber/Rosenau, 2009, S. 77 ff., 98 f.; S/S/Lenckner/Eisele, 2010, Vor § 13 Rn. 110; Wessels/Beulke, 2011, Rn. 397; ferner R. Merkel, 2011, S. 752 ff., 759 f.

31 vgl. Nowakowski, 1957, S. 64, 70 ff.; Naucke, 2002, § 7 Rn. 30 ff., 40; ferner Munoz Conde, 1978, 67 ff., 72 ff.; Armin Kaufmann, 1983, S. 15

32 ausführl. Müller-Dietz, 1979, S. 10 ff.; Krümpelmann, 1983, 343 ff.; Lackner, 1985, S. 250 ff.; Rupp-Diakojanni, 1990, S. 26 ff.; Schmidt-Recla, 2000, S. 42 ff., 49 f.; Zaczek, 2000, S. 112 ff., 114; vgl. auch Hörnle/von Hirsch, 1995, 270 ff.

33 zutr. Hassemer, 1990, S. 231 ff.; S/S/Lenckner/Eisele, 2010, Vor § 13 Rn. 109 a; ferner Köhler, 1997, S. 381

schnittsbürgers durch Normen, dann lässt sich Strafrecht lediglich als „technisches“ Lenkungsinstrument begründen, nämlich als eine Determinante, die zur Beeinflussung von Menschen geeignet ist und – zumindest in komplexen Gesellschaften – auch notwendig erscheint<sup>34</sup>. Ganz konsequent wird dieser Ansatz von einigen seiner Vertreter als **sozialer Schuldbegriff** vom herkömmlichen Schuldverständnis abgegrenzt<sup>35</sup>.

Das **funktionale Schuldverständnis** als konsequenteste Ausprägung eines solchen sozialen Schuldbegriffs leitet die Schuldzuweisung an den Straftäter nicht einfach aus Könnens-Unterstellungen her, sondern aus den diese Anforderung tragenden Normbestätigungserwartungen bzw. Selbststabilisierungsbedürfnissen der Mitbürger<sup>36</sup>. Danach ist diejenige Strafe gerecht, welche die durch eine Straftat bewirkte Erschütterung des Normvertrauens entschärfen kann. Schuldausgleich bedeutet die Beseitigung des „intellektuellen Verbrechenschadens“<sup>37</sup>, welcher im verführerischen Beispiel einer – trotz überführten Täters – ungeahndet gebliebenen Straftat liegen kann, durch eine dem allgemeinen Rechtsgefühl entsprechende und daher gerechte Bestrafung<sup>38</sup>. Allerdings ist das funktionale Schuldverständnis erheblicher Kritik ausgesetzt<sup>39</sup>. Man moniert eine Aufladung der Schulddimension gerade durch die generalpräventive Dimension, welche zu begrenzen doch eigentliche Aufgabe des Schuldprinzips sei. Zudem wird kritisiert, dass zwar eine gesellschaftliche Funktion beschrieben werde, es der funktionalen Lehre jedoch an Bestimmungsmerkmalen für Schuld fehle, es handle sich bei dem funktionalen Schuldbegriff also um einen inhaltsleeren Begriff, um bloßen „Schuldnominalismus“<sup>40</sup>. Teils sieht man im funktionalen Schuldverständnis sogar eine getarnte Aufgabe des Schuldprinzips.

Für die Klärung dieser Kritik ist zunächst auf Gesichertes Bezug zu nehmen: Von schuldindifferenten Maßregeln (§§ 61 ff.) unterscheidet sich Schuldstrafe – auch bei

15

16

- 
- 34 vgl. für einen Ansatz zur Zurückdrängung oder gar Abschaffung des Strafrechts etwa Scheerer, 2001, 69 ff. mit daran anknüpfenden Diskussionsbeiträgen; krit. zum Abolitio-  
nismus Streng, 1991, S. 288 f.
- 35 vgl. Krümpelmann, 1983; Venzlaff/Foerster/Schreiber/Rosenau, 2009, S. 77 ff., 80 ff.; fer-  
ner Geisler, 1998, S. 110 ff.
- 36 vgl. Haffke 1975, 53 f.; ders., 1978, S. 166 ff.; Jakobs, 1976, S. 31 ff.; ders., 1991, 17  
Rn. 18 ff., 22; ders., 1993; Streng, 1980, 650 ff.; ders., 1989, 287 ff.; ders., 2005,  
S. 710 ff.; Ellscheid, 1982, S. 92 ff., 95; Kunz, 1984, S. 272 ff.; ders., 1985, S. 37; Hart.  
Schneider, 1991, S. 56 ff., 97 f.; Frister, 1993, S. 45 ff., 63 f.; Uphoff, 1998, S. 257 f.;  
Geisler, 1998, S. 113 ff.
- 37 Müller-Dietz, 1983 a
- 38 vgl. auch Nowakowski, 1957, S. 85 ff.; Noll, 1966, S. 220, 223; Schaffstein, 1973,  
S. 101; Roxin, 1977, S. 466 f.; ders., 1979, S. 304 ff.; Achenbach, 1984, S. 142 ff.; Neu-  
mann, 1985, S. 272 ff.; Frisch, 1987, 387 f., 780 f.; ders., 2000, S. 278 f., 307; Ebert,  
1988, S. 52 f.; Moos, 1989, S. 300 ff.; Freund, 1992, S. 105 ff.; Hart-Hönig, 1992,  
S. 98 ff., 112 ff.; ferner Hörnle/von Hirsch, 1995, 270, 278; Schöch, 1998 b, S. 97 f.
- 39 vgl. Burkhardt, 1976; Schöneborn, 1980; Meurer, 1985; Naucke, 1985, S. 188 f.; Wolff,  
1985, 802 ff.; Arth. Kaufmann, 1986, 229 f.; Kim, 1987, S. 97 ff.; Bock, 1991; Ida,  
1991, S. 153 f.; Schünemann, 1992, S. 133 ff.; ders., 1995, 218 ff.; Stübinger, 1992;  
Hirsch, 1994, 752 ff.; Kindhäuser, 1995, 708 f.; Fabricius, 1996, S. 365 ff.; Lagodny,  
1996, S. 374 f.; Jescheck, 1998, 616, 618 f.; K. Günther, 1998, S. 156 ff.; Krahl, 1999,  
S. 209 ff.; Lampe, 1999, S. 10 ff.; Miehe, 2000, S. 255 ff.; Zaczyk, 2000, S. 105; Hend.  
Schneider, 2004, S. 335 ff.; NK-StGB/Paeffgen, 2010, Vor § 32 Rn. 210 ff.; informative  
Zusammenfassung und Würdigung der Kritik bei Kalous, 2000, S. 87 ff., 142 ff., 166 ff.
- 40 Arthur Kaufmann, 1986, 230 f.; ferner Neumann, 1987, 585 ff.; Schünemann, 1995,  
219 f.; Roxin, 2006, § 19 Rn. 35

einem unabhängig vom Freiheitsgedanken begründeten Schuldverständnis – ganz eindeutig dadurch, dass Strafe die **bewertende Antwort** auf eine dem Täter als Normalbürger zurechenbare Rechtsanmaßung darstellt. Hingegen verdrängt bei schuldindifferenten Sanktionen, vor allem Maßregeln der Besserung und Sicherung, das prospektiv ausgerichtete Ziel der Behandlung des Täters und des Schutzes der Gesellschaft vor dem Täter den retrospektiv bemessenen Tadel<sup>41</sup>. Diesem Wertungshintergrund der Schuldstrafe scheint *Jakobs'* Variante eines funktionalen Schuldverständnisses freilich zu widersprechen, wenn er „Schuld als Derivat der Generalprävention“ bezeichnet<sup>42</sup> und auch formuliert: „Die Stabilisierung der schwachen Norm ist Zweck der Schuld“<sup>43</sup>. Bei diesen, zur Trennung von Schuld und Prävention offensichtlich in Widerspruch stehenden Feststellungen dürfte es sich um eine – in der Tat problematische – Konsequenz aus der zugrundegelegten *Lubmannschen* Systemtheorie<sup>44</sup> handeln.

Ergänzt man hingegen die soziologische Rechtsanalyse durch eine tieferliegende psychologische, dann wird unübersehbar, dass es bei Schuldzuschreibung nicht um gesellschaftlich definierte Generalprävention geht, sondern um psychologisch fassbare **Selbststabilisierungsbedürfnisse der einzelnen Mitbürger**. Diese als elementar empfundenen Bedürfnisse nach Bestätigung der verinnerlichten Wertordnung drücken sich in Strafbedürfnissen gegen den Täter aus. Deren Absolutheitsanspruch und Normbindung entspricht der herkömmlichen Vergeltungs- bzw. Schuldausgleichslehre<sup>45</sup>. Man kann das vorgestellte Schuldverständnis daher als „funktional-absolut“ bezeichnen. In der gesellschaftlichen Zusammenfassung der zunächst individuellen Schuldwertungen entsteht Konsens über das rechtliche Schuldurteil<sup>46</sup>. Die der Schuldwertung zugrundeliegende Reproduktion internalisierter Normen ist evidentenmaßen aus Generalprävention als gesellschaftlicher Präventionsorientierung in keiner Weise herleitbar. Genau andersherum trägt positive Generalprävention als strafrechtliche Legitimationsstrategie derartigen Bedürfnissen nach individueller Normbestätigung sinnvollerweise Rechnung. Es ist das Schuldurteil also präventiv funktional, jedoch nicht präventiv funktionalisierbar.

- 17** Ein **analytisch-funktionales Schuldverständnis** anerkennt seine immanenten Grenzen, indem es sich auf die Analyse gesellschaftlicher Funktionen des Schuldstrafrechts beschränkt. Nicht versucht wird, die Kluft zwischen straftheoretischer Erkenntnis und Handhabung des Rechtsbegriffs für den Urteilenden kurzschlüssig zu überbrücken. Eine unvermeidlich ungesicherte prospektive Spekulation über die am besten normbeständig wirkende Sanktion kann so vermieden werden. Vielmehr bezieht sich das „funktional-absolut“ verstandene Schuldurteil auf der „Herstellungsebene“, nicht anders als herkömmlich begründet, auf die tatbezogen-retrospektive Gerechtigkeitswertung der Mitbürger<sup>47</sup>. Dabei erfolgt eine gewisse Kontrolle der infolge Richterindividualität notwendigerweise verzerrten und auch unsicheren Einzelwertung durch Berücksichtigung der „von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Dogmatik in langer Tradition fein gesponnenen Regeln des geltenden Strafrechts“<sup>48</sup> sowie durch Konsens-

41 vgl. auch Frisch, 1990, 359 ff.; Erhard, 1992, S. 134 ff.; Hirsch, 1994, 758

42 Jakobs, 1976, S. 32

43 Jakobs, 1993, S. 24

44 Für einen Überblick zu den strafrechtsrelevanten Aspekten vgl. Hauschild, 2000, S. 53 ff., 115 ff.

45 vgl. Streng, 1980, 648 ff.; Kalous, 2000, S. 141, 147 ff., 251 ff.

46 ausführl. Streng, 1980, 655 ff.; ders., 1984, S. 301 f.; ders., 2005, S. 710 ff.

47 vgl. Neumann, 1987, 589 ff.; Streng, 1989, 292 ff.; ders., 1995 b, 162, 164; Hart-Hönig, 1992, S. 112 ff.; ferner Schild, 1998, S. 298 f.

48 Kuhlen, 1998, S. 61

bildungen in der gerichtlichen Praxis (vgl. unten IX 3 f). – Angesichts eines verbreiteten Missverständnisses bleibt nachdrücklich festzuhalten: Die funktionale Betrachtung macht als sozialwissenschaftliche Analyse<sup>49</sup> die **psychologischen Hintergründe von Schuldurteilen** der normativen Diskussion zugänglich, wodurch legitime Normbestätigungsbedürfnisse immerhin grundsätzlich von gesellschaftsschädlichen Rache-, Wut- und Angsteffekten des Urteilenden unterscheidbar werden<sup>50</sup>. Unter Beachtung dieses Limitierungsansatzes lässt sich eine „Wegweisung“ für das Schuldurteil – und das ist Folgerung aus der Funktionsanalyse – nur aus dem Gerechtigkeitskonsens der urteilenden Gemeinschaft entnehmen, welche in der Bewertung der Tat- und Tätermerkmale des jeweiligen Einzelfalles ihre eigene Werteordnung reproduziert und anschließend in der Strafrechtsanwendung bestätigt.

Der in Kritik zu dem funktionalen Modell präsentierte Vorschlag, die psychologische Einkleidung dieses Schuldverständnisses als bloße „Sekundärphänomene“ wegzulassen und unmittelbar auf die zugrundeliegenden Normen der Schuldwertung zuzugreifen<sup>51</sup> verkennt, dass speziell im Bereich des Schuldurteils die im Gefühlsmäßigen wurzelnde Gerechtigkeitswertung als primäre „Rechtsquelle“ nicht hinwegdenkbar, sondern nur **nurch Wertungskonsens sicherbar** ist. Verdrängen lässt sich die Wahrnehmung einer unvermeidlich psychologisierenden Wertung möglicherweise bei Standard-Konfliktsituation menschlichen Verhaltens, für die eine durch Konsens abgesicherte und anschließend auf Rechtssicherheit hin formalisierte Wertung als geschriebenes Recht die Illusion von Objektivität vermitteln mag<sup>52</sup>. Fehlt jedoch solche Schulldogmatik oder reicht sie angesichts einer komplexen Aufgabe quantifizierender Wertung nicht aus, dann lässt sich der notwendige Rückgriff auf im Detail nicht prognostizierbare, im Rechtsgefühl des Entscheidungsträgers wurzelnde Wertungen nicht mehr verleugnen. Besonders augenfällig ist dies für die Zuschreibung von Schuld(un)fähigkeit und für die Strafzumessungswertung. Die beim Urteilenden unvermeidlich vorhandenen Wertungsunsicherheiten wie auch sein Anspruch professionellen Entscheidens (ggf. entgegen einer vorherrschenden demoskopischen Realität) sind für den Konsens unschädlich, solange die konkrete Entscheidung letztlich im relativ weiten Rahmen des immerhin „Konsensfähigen“<sup>53</sup> verbleibt.

18

cc) **Schuldprinzip und rechtliche Garantien.** Die normative Filterung von Reaktionsbedürfnissen abzusichern, ist das zentrale Anliegen der herkömmlichen Schulddefinitionen, die auf die eine oder andere Weise **Freiheitsideen** zur Grundlage nehmen<sup>54</sup>. Gegen solche Lehren sind zwar Vorbehalte angebracht, da sie die Hintergrundanalyse vernachlässigen und deshalb bloße Schuldindizien als Schuldgrundlage missverstehen<sup>55</sup>. Dennoch liegt zugleich deren Stärke in der Bezugnahme auf das etablierte alltagstheoretische Freiheitsverständnis als vergleichsweise (!) interpretationsstabile, deskriptionshaltige, und zugleich im notwendigen Umfang wertungsoffene Dimension<sup>56</sup>. Dass der Freiheitsbegriff nicht mehr, aber auch nicht weniger darstellt, als eine bedeutsame Verständigungsebene über „psychische Normalität“ und damit über die durch Tat bzw.

19

49 vgl. auch Jakobs, 1993, S. 29 f.

50 vgl. Streng, 1980, 662 ff.; ders., 1989, 296; dazu Kalous, 2000, S. 136 ff.; vgl. auch Scheffler, 1987, S. 91 ff.; Schwarzenegger, 2000, 372 ff.

51 vgl. Frisch, 1998 a, S. 135 ff.

52 vgl. Streng, 1980, 650 ff.

53 vgl. dazu Zippelius, 1991, S. 18 ff.; ders., 2003, S. 82 ff., 129, 142 ff.; Streng, 2000 a, 434 f.

54 vgl. dazu Kim, 1987, S. 53, 58 f., 64 ff.

55 vgl. Streng, 1989, 276 ff.; ders., 1995 b, 162 f.; ders., 2005 a, S. 697 ff.

Täter bewirkten Normbestätigungsbedürfnisse der Mitbürger, sei an dieser Stelle schon angemerkt und später näher begründet (unten XI 2 c).

Die vielfältigen Bemühungen um „das richtige“ Schuldverständnis lassen sich nur dann angemessen würdigen, wenn man berücksichtigt, dass das Schuldurteil – obschon Verantwortungszuschreibung – seine rechtliche Relevanz gerade aus der normativen Begrenzung der gesellschaftlichen Inanspruchnahme des Einzelnen bezieht. Allerdings bestehen hierfür zumindest zwei im Ansatz unterschiedliche Zugänge: Die funktionalen und auch die sozialen Schuldlehren thematisieren die limitierte, nämlich **tatbezogene Entstehung von Strafbedürfnissen** bzw. Verantwortungszuschreibungen und legitimieren die zur Normbestätigung notwendigen, nicht aber die verzichtbaren oder gar sozial-schädlichen Strafbedürfnisse. Hingegen abstrahieren die herkömmlichen Schuldlehren weitgehend von den soziologischen und psychologischen Hintergründen des Rufs nach Strafe und konzentrieren sich schwerpunktmäßig auf die Fragen der gesellschaftstheoretischen und rechtsphilosophischen Legitimation und Begrenzung strafrechtlicher Inanspruchnahme des Einzelnen.

- 20** Eben auf diese gesellschaftstheoretische und rechtsphilosophische **Legitimation und Begrenzung** strafrechtlicher Inanspruchnahme des Einzelnen sind die gesellschaftsvertragsorientierten bzw. vernunftliberalistischen Zurechnungslehren konzentriert. Für die Limitierung staatlichen Zugriffs auf den Bürger werden Ansätze vor allem aus der Epoche der Aufklärung genutzt<sup>57</sup>. Es geht dabei um Tausgleich in Reaktion auf den durch die Tat bewirkten Normgeltungsschaden. Als zentrales Anliegen dieser Ansätze lässt sich skizzieren, dass dem zu bestrafenden Täter sein Status als (ideeller) Vertragspartner und als Bürger sowie seine Würde als Person erhalten bleibt. Die Legitimation der strafrechtlichen Verantwortlichmachung darf daher nicht einfach aus der Allmacht des Staates heraus und auch nicht lediglich mit der Begründung erfolgen, die Bestrafung des Täters sei zur Realisierung von Präventionszwecken erforderlich.
- Ein Verdienst dieser Lehren ist es, den **Straftäter als Subjekt, als Träger von Rechten** und – trotz seines Rechtsbruchs – als konstitutives Element der jeweiligen Gesellschaft in Erinnerung zu halten<sup>58</sup>. Dies bringt entsprechende Ansprüche an die Konstruktion von Strafrecht mit sich und untermauert Ansätze zur Strafrechtsbegrenzung<sup>59</sup>. Freilich sind auch Schwächen dieser Lehren nicht zu übersehen<sup>60</sup>. Um den gewünschten Effekt der Straflgitimierung unabhängig von Macht und Zweck zu erzielen, nehmen sie auf einen fiktiven Gesellschaftsvertrag oder ähnlich abstrakte Dimensionen des Verhältnisses von Individuum und Gesellschaft Bezug. Von einer solchen, rein theoretischen Basis aus kann es aber nur schwer gelingen, konkrete Wertungen und Direktiven für die Rechtsanwendung abzuleiten. Um dem unverzichtbaren Praxistest einer gewissen Kompati-

56 vgl. Streng, 1995 b, 162 ff.; ferner Kim, 1987, S. 64 ff.; Oswald, 1988, 159 ff.; zur Relevanz von Anwendungssicherheit vgl. Burkhardt, 1976, 335 ff.; Neumann, 1987, 571 ff., 585 ff.; Bock, 1994, 97 f.; Schönemann, 1995, 219 ff.; Roxin, 2006, § 19 Rn. 35

57 vgl. Wolff, 1985; Köhler, 1986; ders., 1997, S. 48 ff.; Herzog, 1987, S. 57 ff.; Zaczyk, 1989, S. 128 ff.; Kahlo, 1990, S. 272 ff.; Kleszczewski, 1991; Bortke, 1995, S. 173 ff.; Frisch, 1998 a, S. 139 ff.; ders., 2001, S. 253 f.; Kühl, 2001, S. 30 ff.; Pawlik, 2004, S. 88 ff.; ders., 2007, S. 481 ff.; Kubiciel, 2006, 60 ff.; Momsen, 2007, S. 570 ff.; Kahlo, 2010, S. 403 ff.; ähnl. Hörnle/v. Hirsch, 1995, 270 ff.; K. Günther, 2005, S. 245 ff.; neuerdings auch Jakobs, 1999, S. 106 ff.

58 vgl. K. Günther, 2005, S. 248 ff.

59 vgl. neuestens Kindhäuser, 2010 a, S. 770 ff.

60 Kritik an den „neo-klassischen“ Lehren etwa bei Kindhäuser, 1995, 704 ff., 729 ff.; Schönemann, 1995, 225 ff.; ders., 2003 a, 551 ff.; Schmidhäuser, 1998, S. 450 ff.; Koriath, 2004, S. 59 ff.; Greco, 2009, S. 474 ff.

bilität mit dem Rechtsgefühl der Bevölkerung standzuhalten, rekurrieren sie unvermeidlich auf das herkömmliche Kriterium einer Äquivalenz von Strafe und verschuldetem Unrecht bzw. auf Tatvergeltung. Für eine Quantifizierung von Schuld geben diese Ansätze nicht mehr her, als ein gerechtigkeitsorientierter Schuldbegriff sonstiger theoretischer Herleitung. – Positiver mag die theoretische Untermauerung neuerer Fortentwicklungen dieser rechtsphilosophischen Zurechnungslehren ausfallen, wenn generalpräventive Aspekte einbezogen werden<sup>61</sup>.

**dd) Verlust der Garantien im „Feindstrafrecht“?** Welch große Bedeutung den Garantien des Schuldprinzips für den Rechtsstatus des Bürgers zukommt, hat neuestens die Diskussion um ein „Feindstrafrecht“ deutlich gemacht. *Jakobs* reklamiert, das schuldlimitierte Bürgerstrafrecht zu retten, indem er ein polizeirechtlich geprägtes Sicherheitsstrafrecht abspaltet<sup>62</sup>. Die Legitimation hierfür entnimmt er – scheinbar paradox – der Begründung des Schuldstrafrechts, nämlich der Funktion „echten“ Strafrechts, die Normtreue der Bürger abzusichern durch Vergewisserung über Normgeltung. Wer aber bewiesen habe, dass er im Sinne einer Normbestätigung evident nicht ansprechbar sei, soll seinen Status als „Person“ für den Bereich des Strafrechts bzw. seinen Bürgerstatus verlieren. Eine Ausdifferenzierung der Strafrechtsanwendung nach Bürgern mit vollem Rechtsstatus und primär nach Gefahrenabwehr-Standards zu behandelnden „Feinden“ der Gesellschaft würde allerdings den gesellschaftlichen Wertungskonsens hinsichtlich Gerechtigkeit und Schuldangemessenheit desavouieren und damit die Normbestätigungsaufgabe eines demokratischen Strafrechts insgesamt gefährden. Wichtige grundlegende und sonst rechtsstaatliche Gewährleistungen würden von unsicheren Zuschreibungen bzw. Definitionen (Bürger oder Feind) abhängig und damit im Kern ausgehöhlt. Vor allem die Garantien des Schuldprinzips bzgl. Straflimitierung wären hiervon betroffen. Der Feindstrafrechts-Ansatz hat von daher, soweit er nicht analytisch-kritischen sondern affirmativen Charakter annimmt, entschiedene Kritik auf sich gezogen<sup>63</sup>.

21

### b) Generalprävention

Mit dem sozialen und vor allem dem funktionalen Schuldbegriff wird eine höchst enge Verknüpfung von gerechter Strafe und Verbrechensverhütung durch Stärkung der Normtreue der Allgemeinheit hergestellt. Damit ist man bei der sog. positiven Generalprävention als „relativer Straftheorie“ angelangt. Diese Lehren formulieren „Strafzwecke“<sup>64</sup>, welche die Kriminalitätsvorbeugung durch Androhung oder Verhängung von Strafe thematisieren. Im Folgenden geht es zunächst um die Einflussnahme auf die Normtreue der Mitbürger des Täters, wobei man für die Zielgruppe der bereits Tatgeneigten von „spezieller Generalprävention“ und für die größere Zielgruppe der Mitbürger insgesamt von „allgemeiner Generalprävention“ sprechen kann.

22

61 vgl. Kindhäuser, 1995, 725 ff.; Jakobs, 1999, S. 108; Lesch, 2002, 606 ff.; Pawlik, 2004, S. 76 ff.; Momsen, 2007, S. 578 f.; ferner Hörnle/von Hirsch, 1995, 270 ff.; dagegen Greco, 2009, S. 471 f.

62 vgl. etwa Jakobs, 2000, S. 51 ff.; ders., 2004, 91 ff.; ders., 2005 a, 839 ff.

63 vgl. statt Vieler etwa Hefendehl, 2005, 159 ff.; Streng, 2006 b, S. 213 ff.; Heinrich, 2009, 123 ff.; Morguet, 2009, S. 257 ff.; P.-A. Albrecht, 2010, S. 76 ff.; Eicker, 2010, S. 363 f.; Greco, 2010, S. 50 ff.; Kunz, 2010, 21; weitere einschlägige Beiträge im von Vormbaum, 2009, herausgegebenen Sammelband; vgl. auch abwägende Stellungnahmen von Frisch, 2009, 399 f.; Ida, 2010, S. 366 f., 374

64 eine anregende Definition des Begriffs „Strafzwecke“ findet sich bei Jung, 2004, 1156: „Strafzwecke sind Rechtfertigungsmetaphern für die Intervention der organisierten Rechtsgemeinschaft in den Konflikt“