

Johannes Kaspar | Tonio Walter (Hrsg.)

Strafen „im Namen des Volkes“?

Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch
feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung



Nomos

Schriften zur Kriminologie

herausgegeben von

Prof. Dr. Katrin Höffler, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Universität Augsburg

Prof. Dr. Jörg Kinzig, Eberhard Karls Universität Tübingen

Prof. Dr. Ralf Kölbel, Ludwig-Maximilians-Universität München

Band 15

Johannes Kaspar | Tonio Walter (Hrsg.)

Strafen „im Namen des Volkes“?

Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch
feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5270-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9445-2 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der Streit um die Zwecke von Strafrecht und Strafe ist bis heute trotz der häufig vertretenen „Vereinigungstheorien“ nicht befriedigend gelöst. Letztere sind eher Symptom und Ausdruck des Problems und weniger von dessen Lösung. In jüngerer Zeit lässt sich (v.a. auch in der Rechtsprechung des BVerfG) ein Trend zur stärkeren Betonung des Vergeltungsgedankens feststellen. Beim Rekurs auf Schuldausgleich oder (gerechte) Vergeltung bleibt aber unklar, ob damit wirklich gemeint ist, dass Strafe im Sinne einer absoluten Straftheorie einen „Zweck an sich“ darstellt, der keiner weiteren Begründung oder Legitimation bedarf.

Eine andere Lesart wäre, dass mit der als gerecht angesehenen und schuld- bzw. tatangemessenen Strafe die Gesellschaft stabilisiert wird, indem die vom Täter in Frage gestellte Norm in ihrer Geltung bekräftigt wird und in der Gesellschaft vorhandene Vergeltungsbedürfnisse befriedigt werden. Der Staat würde damit seiner (auch verfassungsrechtlichen) Pflicht zum Schutz der Güter und Interessen seiner Bürger nachkommen, die man als Kehrseite des Gewalt- und Strafmonopols verstehen kann. Ferner werden mit der Sanktionierung des Täters die Ziele verbunden, Privatrache und Selbstjustiz zu verhindern und die Kooperation der Bürger mit Polizei und Justiz zu fördern.

Dabei kann man sich auf den empirisch gut abgesicherten Befund stützen, dass Straftaten üblicherweise ein Vergeltungsbedürfnis nach sich ziehen und dass in dieses Bedürfnis tat- bzw. schuldbezogene Kriterien einfließen, beispielsweise die Schwere der Tat und die Höhe des Schadens. Die These lautet nun, dass solche in der Gesellschaft messbar vorhandenen Vergeltungsbedürfnisse mittel- und langfristig nicht völlig ignoriert werden dürfen, wenn der Staat das Vertrauen seiner Bürger nicht verlieren will. *Hassemer* hat darauf hingewiesen, dass es von staatlicher Seite geradezu rational sei, sich solcher (wie auch immer bewerteter) gesellschaftlicher Bedürfnisse anzunehmen; hierin sieht er (trotz insgesamt ablehnender Position) die „Weisheit der absoluten Lehren“¹.

Eine Straftheorie, die vorläufig „retributive Generalprävention“ genannt werden könnte, schlägt eine Brücke zwischen Prävention und Vergeltung. Sie greift vorhandene Vergeltungsbedürfnisse auf und baut deren Befriedi-

1 *Hassemer (1990)*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 323 f.

Vorwort

gung in ein möglichst konsistentes Konzept der mit Strafrecht und Strafe verfolgten Zwecke ein. Vergeltung wird dabei nicht als Zweck an sich gesehen, sondern nur als Zwischenziel, um das eigentliche Ziel der Stabilisierung des Vertrauens der Bevölkerung in die Rechtsordnung und letztlich des Staates als solchen zu verfolgen. Letzteres verhindert à la longue weitere Normbrüche und dient damit wiederum (wenn auch eher mittelbar) der Prävention von Straftaten. Damit ist die Einordnung in den Bezugsrahmen der Generalprävention gerechtfertigt, zumal gerade die positive Generalprävention mit dem Topos der Wiederherstellung des „Rechtsfriedens“ ein zumindest ähnliches Konzept vorsieht. Der Unterschied zu den meisten der bislang vertretenen positiv generalpräventiven Konzepte ist aber, dass hier ausdrücklich für ein empirisches Verständnis des „Rechtsfriedens“ plädiert wird, so dass es nicht etwa belanglos ist, ob die Strafe in der Gesellschaft tatsächlich die erhofften positiven Wirkungen erzielt.

Damit gewinnt die (kriminologische) empirische Forschung über gesellschaftliche Einstellungen zu Strafrecht und Strafe offensichtlich an Bedeutung. Hier besteht nach wie vor ein großes Forschungsdefizit, zumal die methodischen Probleme im Kontext der positiven Generalprävention häufig (und im Ansatz zu Recht) beklagt werden. Hat man sich aber darauf geeinigt, dass die Einführung von Straftatbeständen und die Bemessung von Strafen auch von entsprechenden Bedürfnissen und Einstellungen der Bevölkerung abhängen, dürfen diese eben nicht einfach behauptet werden; sie müssen vielmehr möglichst auf der Basis empirischer Forschung plausibel gemacht werden. Methodische Schwierigkeiten sollten kein Grund sein, auf diesen Nachweis zu verzichten, sondern eher, sich weiter um ihn auf wissenschaftlicher Basis zu bemühen. Es gilt dann eben, Grundlagen zu klären und über methodische Weiterentwicklungen zu diskutieren.

Der oben skizzierte Strafzweck der retributiven Generalprävention und die damit verbundene Relevanz empirisch festgestellter Straf- und Vergeltungsbedürfnisse hätte nicht nur Bedeutung für kriminalpolitische Entscheidungen, sondern hätte (verfassungs-) rechtliche Implikationen, und dies auch im Sinne einer Strafbarkeitsbegrenzung. Denn wenn man den Strafzweck im Rahmen der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung zugrunde legt, bedeutet das, dass überall dort auf Strafe (in bestimmter Höhe) verzichtet werden kann, wo eine entsprechende gesellschaftliche Erwartung nicht besteht.

Das kann zumindest in umstrittenen Grenzfällen auch schon die Frage der Strafbarkeit als solcher betreffen: Stellt sich in methodisch seriösen Untersuchungen heraus, dass die klare Mehrheit der Bevölkerung auf der Grundlage ausreichender Informationen der Meinung ist, dass aktive Sterbehilfe unter bestimmten Umständen nicht bestraft werden sollte, ist in

dieser Konstellation gerade kein Straf- bzw. Vergeltungsbedürfnis vorhanden. Und es gibt zahlreiche weitere Beispiele, an die sich denken ließe: der Besitz von Cannabis zum Eigenkonsum, die neu eingeführte Strafbarkeit der „geschäftsmäßigen“ Suizidbeihilfe in § 217 StGB, der Geschwisterinzent nach § 173 StGB, bestimmte Varianten des Terrorismusstrafrechts, etwa in § 89a StGB. Auch Regelungen des Allgemeinen Teils könnte man auf diese Weise auf den Prüfstand stellen, etwa den Umstand, dass ein Anstifter stets wie ein Täter zu bestrafen ist, dass Fahrlässigkeitsdelikte selbst leichte Fahrlässigkeit uneingeschränkt erfassen, dass alle Vorsatzformen grundsätzlich gleichgestellt sind – und anderes mehr. Schließlich könnte der Strafzweck der retributiven Generalprävention auch den Bestrebungen der Europäischen Union, ihre Ziele mit einem großzügigen Einsatz des Strafrechts zu erreichen, neue Grenzen ziehen.

Das Ausbleiben einer Sanktionierung bei fehlendem Strafbedürfnis hätte keinerlei negative Konsequenzen im Sinne einer Erschütterung des Vertrauens in die Rechtsordnung oder den Staat – und dann wäre Strafe hier schon nicht „geeignet“, im Sinne retributiver Generalprävention einen positiven Effekt zu erzielen. In diesem Fall drohte eher eine Erschütterung des Vertrauens der Bevölkerung durch die staatliche Strafe, deren Zweck sich dann also ins Gegenteil verkehrte. Es wäre dann aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Rückbau des Strafrechts angezeigt, der aus der klassischen Abwehrperspektive der Grundrechte auch nicht weiter legitimations- oder begründungsbedürftig ist: Weniger Strafrecht bzw. Strafe ist aus der Sicht der Rechtsunterworfenen ein Freiheitsgewinn und daher kein Grundrechtseingriff. Nur unter den (äußerst engen) Voraussetzungen der Verletzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht kann umgekehrt das Fehlen des Einsatzes von Strafrecht problematisch werden. Das ist nur in Ausnahmefällen beim Schutz hochrangiger Rechtsgüter denkbar – und dies auch nur dann, wenn sich tatsächlich eine generalpräventive Wirkung dergestalt nachweisen lässt, dass die fraglichen Straftatbestände das verbotene Verhalten verhindern oder abschwächen.²

Erst recht gilt dies für die Strafzumessung: Lässt sich zeigen, dass die Bevölkerung bei bestimmten Taten auch vergleichsweise milde Sanktionen als noch angemessen akzeptiert, ist mit diesem (wenn man so will: „generalpräventiven Minimum“) dem Strafzweck ausreichend Genüge getan, während zugleich dem Täter ein Teil des Grundrechtseingriffs „Strafe“ erspart wird. Damit würde ganz im Sinne der verfassungsrechtlichen Katego-

2 Vgl. BVerfGE 39, 1 ff. (zum Schwangerschaftsabbruch).

Vorwort

rie der „Erforderlichkeit“ ein gleich geeignetes, aber milderes Mittel gewählt.

Entsprechend ist zu überlegen, wenn auf den Strafzweck der retributiven Generalprävention eine Einführung neuer Straftatbestände oder eine Verschärfung von Strafraumen oder konkret verhängten Strafen gestützt werden soll. Letzteres bedeutet zunächst einen stärkeren Eingriff in die Freiheitsgrundrechte (zumindest) aus Art. 2 I GG und (im Fall der Freiheitsstrafe) aus Art. 2 II GG. Dem muss ein legitimer Zweck gegenübergestellt werden können, der durch die dann punitivere Rechtslage in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise verfolgt wird. Das ist auch dann nicht automatisch der Fall, wenn methodisch korrekte und repräsentative Umfragen ergeben, dass sich die Bevölkerung etwas mehr Strafrecht oder Strafe wünscht. Denn wenn der Staat dem nicht nachkommt, droht zunächst lediglich die Frustration einer gesellschaftlichen Erwartung, die per se noch nicht automatisch die Stabilität des Vertrauens in den Staat gefährdet. Erst wenn diese Erwartung eine kritische Intensitätsschwelle übersteigt, muss der Staat handeln.

Die hier nur grob umrissene Position weist unseres Erachtens beträchtliche Vorteile und zugleich Potenzial für weitere Forschungsfragen auf:

- Sie könnte dazu beitragen, das starre Patt zwischen Prävention und Vergeltung zu überwinden und damit die straftheoretische Grundlagendiskussion zu beleben.
- Sie würde helfen, kriminalpolitische Entscheidungen im Sinne einer evidenz-basierten Vorgehensweise auf eine rationalere Grundlage zu stellen.
- Sie würde die empirische kriminologische Forschung stärken und zugleich den (an sich ohnehin dringend notwendigen) interdisziplinären Austausch zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie betonen.
- Sie würde eine Verständigung über die methodischen Standards empirischer Forschung nötig machen und könnte hier für innovative Impulse sorgen.
- Sie würde interessante rechtsvergleichende Perspektiven eröffnen, da entsprechende Forschungen vor allem in den USA schon länger durchgeführt werden, in Deutschland aber bisher kaum rezipiert wurden.³
- Sie wäre – nach der Absage des Bundesverfassungsgerichts an das Rechtsgutsdogma und dessen Erosion auch in der Strafrechtswissen-

3 S. aber aus jüngerer Zeit *Andrisssek (2017)*, Der Strafzweck der Vergeltung.

schaft⁴ – ein neues Argument gegen eine exzessive Ausdehnung des Strafrechts und seinen Einsatz als vermeintliches Allzweckmittel zur Herbeiführung politisch erwünschter Zustände.

- Sie würde eine Stärkung des Gedankens der „direkten Demokratie“ aufweisen, auch wenn keine unmittelbare Entscheidung des befragten Volkes über kriminalpolitische oder strafrechtliche Entscheidungen in Rede steht.

In diesem Zusammenhang (und ungeachtet der genannten positiven Aspekte und Perspektiven) müsste man sich allerdings auch mit der naheliegenden Befürchtung auseinandersetzen, dass eine „demoskopische“ (= „demagogische“?) Kriminalpolitik zu massiver Ausweitung und Verschärfung von Strafrecht und Strafe führen könnte. Inwieweit und unter welchen Bedingungen die „vox populi“ hier tatsächlich Einfluss haben sollte und wie ein politischer Missbrauch des Konzepts verhindert werden kann, wäre also noch genauer zu diskutieren, eventuell unter Einbezug nicht nur von Vertretern des öffentlichen Rechts, sondern auch der Politikwissenschaft. Dabei wäre indes zu bedenken, dass es zu massiven Ausweitungen und Verschärfungen des Strafrechts offenbar – wie zuletzt bei der Reform der Sexualdelikte – auch auf dem Boden der herrschenden kriminalpolitischen Konzepte kommt.

Der vorliegende Band vereint die Vorträge, die auf unserer im November 2018 in Augsburg veranstalteten Tagung gehalten wurden. Die intensiven und zum Teil sehr kontroversen Diskussionen haben gezeigt, dass es sich um eine rechtlich wie gesellschaftspolitisch wichtige Frage handelt, der wir weiter nachgehen sollten. Unser Tagungsband soll dazu einen Beitrag leisten.

Augsburg / Regensburg im Juli 2019

Die Herausgeber

4 Vgl. BVerfGE 120, 224 (Inzest) und aus dem Schrifttum stellvertretend für die Kritiker *Engländer ZStW* 127 (2015), 616 ff., sowie aus verfassungsrechtlicher Sicht *Appel* (1998), *Verfassung und Strafe*, 206 f., 354, 390.

Inhalt

Ein „Waffenstillstand“ im Krieg der Straftheorien? Die empirisch ermittelte verdiente Strafe, moralische Glaubwürdigkeit und die Verinnerlichung von gesellschaftlichen Normen	13
<i>Paul H. Robinson</i>	
Diskussionsbericht	35
<i>Julia Schneider</i>	
Die empirisch ermittelte verdiente Strafe und die Strafrechtskodifikation im In- und Ausland	39
<i>Paul H. Robinson</i>	
Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungstheorie	49
<i>Tonio Walter</i>	
Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention	61
<i>Johannes Kaspar</i>	
Die Rolle der Spezialprävention aus Sicht der Bevölkerung	91
<i>Katrin Höffler</i>	
Diskussionsbericht	113
<i>Julia Schneider</i>	
Deliktsschwererecherche als Grundlage eines gerechteren Strafrechtssystems?	117
<i>Henning Ernst Müller, Annemarie Schmoll</i>	
Studien zu Strafbedürfnissen der Bevölkerung. Methoden und aktuelle Ergebnisse	131
<i>Franz Streng</i>	
Diskussionsbericht	161
<i>Julia Schneider</i>	

Inhalt

„Verteidigung der Rechtsordnung“ und „öffentliches Interesse“ als Rechtsbegriffe mit empirischem Gehalt? <i>Philipp Eierle</i>	163
Die Bedeutung des Unrechtsbewusstseins für Gerechtigkeitsintuitionen und Strafbedürfnisse der Bevölkerung <i>Lukas Cerny</i>	177
Vorstellungen zur Reichweite des Notwehrrechts in der deutschen und slowenischen Bevölkerung <i>Gregor Prijatelj</i>	189
Wie lassen sich Strafbedürfnisse der Bevölkerung im Internationalen Strafrecht berücksichtigen? <i>Konstantina Papathanasiou</i>	201
Diskussionsbericht <i>Julia Schneider</i>	213
Kritische Anmerkungen zu Möglichkeiten und Grenzen empirischer Argumente in der Schweizerischen Strafzweckdiskussion <i>Anna Coninx</i>	215
Individuelles Strafverhalten im Spiegel rechtsökonomischer Experimente: Rationalität, Altruistik, Rache <i>Peter Lewisch</i>	237
Strafzumessung in den Augen der Bevölkerung. Empirische Forschung und rechtspolitische Überlegungen <i>Elisa Hoven, Thomas Weigend</i>	263
Diskussionsbericht <i>Julia Schneider</i>	275
Autorenverzeichnis	279
Stichwortverzeichnis	281