

Antrittsvorlesung am 29. April 1993

STRAFE UND GERECHTIGKEIT: KONSERVATIVE UND PROGRESSIVE LEGITIMATIONSMODELLE STAATLICHEN STRAFENS

"Die Gesellschaften und die Menschen werden durch die Erfindung der Dampfmaschine, durch die Datentechnologie, die protestantische Ethik, den Knopfdruck des Präsidenten zur Auslösung eines Atomkrieges beeinflußt. Aber was wir gegenwärtig mit Kriminellen tun, bewirkt das gleiche wie eine Sommerprise gegenüber einer Lokomotive. ... Wir haben uns während des ganzen Jahrhunderts bemüht, Bestrafungen ein wenig Sinn und Nutzen abzugewinnen. Aber drei Aspekte der strafrechtlichen Institutionen sind schwer zu verstehen, zumindest, wenn man sie im Zusammenhang betrachtet. 1. Gibt es die ständig wiederkehrenden Behauptungen von der Nützlichkeit der Strafen. 2. Den mangelnden Beweis der Nützlichkeit. 3. Die fehlenden Erfolge der unzähligen Feststellungen, daß ihr Nutzen nicht erwiesen ist. Aber all dies hat mit Nützlichkeit nichts zu tun. Wir müssen stattdessen von der Prämisse ausgehen, daß Strafe kein Ziel hat. Sie besitzt exklamatorischen Charakter, ist eine Art von Magie, Teil eines Rituals. Sie hat Funktionen, aber nicht den Nützlichkeitswert, der auf verschiedene Weise behauptet wird".

Nils Christie, Überlegungen zum Konzept Verbrechen, 1988

I. Einleitung

Im Gegensatz zu dem materiellen deutschen Strafrecht, das weltweit anerkannt und als Vorbild für viele ausländische Strafgesetze genommen wurde, hat die deutsche Strafzumessungslehre keinen vergleichbar hohen Grad an Differenziertheit erreicht. Sie spielt sowohl in der wissenschaftlichen Diskussion als auch in der akademischen Lehre eine eher untergeordnete Rolle. Die Paragraphen des StGB werden in der Regel ohne die dort enthaltene Strafandrohung zitiert (z.B. bei § 223: "Wer einen anderen körperlich mißhandelt, wird ... bestraft"). Aussagen über die tatsächliche Höhe der Strafe werden in der Vorlesung nicht gemacht, und dem Juristen frühestens nach dem ersten Staatsexamen abverlangt: Dann nämlich, wenn er als Vertreter der Staatsanwaltschaft für eine bestimmte Strafe plädieren soll und nicht weiß, an welcher Stelle des durchgängig sehr weiten Spektrums er ansetzen soll. So kann die Strafe bei der gerade genannten Körperverletzung von 5.- DM Geldstrafe (fünf Tagessätze) bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe ohne Bewährung reichen, bei dem Raub (§ 249 StGB) reicht der Spielraum sogar von 6 Monaten mit Bewährung bis zu 15 Jahren ohne Bewährung - letzteres ist die im StGB vorgesehene zeitliche Höchststrafe (§ 38 Abs.2 StGB). In der Praxis wird dies so geregelt, daß der Referendar oder der neue Staatsanwalt von den Kollegen beim Kaffee auf die im jeweiligen Gerichtsbezirk geltenden Straftaxen eingestimmt wird.

Was hat nun diese Aussparung von Strafzumessungsüberlegungen mit den "**Legitimationsmodellen** staatlichen Strafens" zu tun, die hier thematisiert werden sollen? Die Antwort auf diese Frage ist gleichzeitig schon eine auch inhaltliche Aussage zu den Legitimationsmodellen, zu

der Frage also, wie **begründen** wir **erstens** die Tatsache, daß Straftäter **überhaupt bestraft** werden und wie erklären wir **zweitens einzelne** Strafhöhen. Letzteres geschieht juristisch über die Begründung der konkreten Strafzumessung und damit - wie aufgezeigt - eher selten. Ersteres (also die Frage, warum und zu welchem Ziel überhaupt gestraft wird) ist das Thema der **Straftheorie**, die auch die Frage umschließt, was ein rechtsstaatliches Strafrecht heute kann und soll.

Woran liegt es nun, daß sich der Strafzumessungstheorie und damit implizit auch der Legitimation bestimmter Strafformen und Strafhöhen Juristen nur vereinzelt widmen, wohingegen Kriminologen und Soziologen in den letzten Jahrzehnten nicht geruht haben, mit immer neuen Studien konkrete Auswirkungen verschiedener strafrechtlicher Reaktionen nachzuweisen?

Liegt es daran, daß die dogmatischen Verästelungen, die zu hegen und zu pflegen Juristen allzeit bereit sind, im Bereich der Strafzumessung nicht so ausgeprägt sind wie im materiellen Strafrecht? Oder liegt es vielleicht daran, daß sich derjenige, der sich mit Strafzumessung beschäftigt, auch konkrete Gedanken über die **Folgen** seines Tuns machen muß? Ob der Diebstahl von 50.- DM von der Staatsanwaltschaft eingestellt, mit Geldstrafe oder gar mit Freiheitsstrafe bestraft werden kann, soll oder gar muß, hat konkrete Auswirkungen auf den Täter. Vor allem aber muß eine **außerrechtliche** Begründung dafür gefunden werden, warum diese eine Sanktion und keine andere die "richtige" ist. Begriffe wie "Angemessenheit" und vor allem "Gerechtigkeit" kommen hier in's Spiel, und Juristen tun sich anerkanntermaßen schwer, hier eine Klärung herbeizuführen, die auch

tatsächlich Anhaltspunkte dafür bietet, warum in einem Fall 6 Monate Freiheitsstrafe und keine 9 oder 3 Monate "angemessen" sind. Dabei sind die Defizite dieser Begriffe nicht erst seit heute bekannt¹.

Strafmaß und Strafgerechtigkeit müßten eigentlich jeden Juristen interessieren - und auch jeden Polizeibeamten, der ja schließlich dort, wo er strafverfolgend tätig wird, bestimmte Vorstellungen von dem hat, was als "Ergebnis" aus dem Verfahren herauskommen soll, für dessen ordnungsgemäße Durchführung er die Grundlagen schafft.

Das **Ungerechte an der Gerechtigkeit** - so der Titel einer kleinen Schrift des Konstanzer Rechtstheoretikers Rütters² - liegt nun darin, daß die allen so vertraute und scheinbar eindeutige Gerechtigkeit inzwischen kaum noch anzutreffen ist - selbst wir als Dozenten der Fachhochschule können nicht den Anspruch erwecken, Sie bei Ihren Leistungen immer "gerecht" **bewertet** zu haben, auch wenn wir zumindest hoffen, Sie immer gerecht **behandelt** zu haben. Wer mit der Justiz jemals selbst als Betroffener zu tun hatte, der weiß, daß der Weg zu den Gerichten als Suche nach Gerechtigkeit häufiger in Frustration und Unzufriedenheit endet als in der Überzeugung, tatsächlich "Recht" bekommen zu haben.

Begriffe wie "**Systemgerechtigkeit**", also die "Gerechtigkeit" einer staatlichen Gesetzesordnung, vereinfachen sicher nicht die Terminologie. Immerhin haben wir Deutschen in Fragen dieser Systemgerechtigkeit reichlich Erfahrungen in kurzer Zeitfolge sammeln

¹ Vgl. Rütters, B., 1991

² Rütters, B., 1991

können: Zwischen 1910 und 1990 haben wir fünf verschiedene Systemgerechtigkeiten erlebt: Das **Kaiserreich** stützte sich auf die Lehre vom "Gottesgnadentum", die **Weimarer Republik** folgte mit der Idee einer schrankenlosen Mehrheitsherrschaft dem staatsrechtlichen Positivismus ihrer Epoche und der **Nationalsozialismus** verkündete Rasse und Führertum als Grundlage totaler Herrschaft. Für den real **existierenden Sozialismus** der DDR war der Marxismus-Leninismus Wissenschaft und Staatsgrundlage zugleich. Die **Bundesrepublik** schließlich versteht sich als Grundrechtsdemokratie, deren Kerngehalte dem demokratischen Mehrheitsentscheid entzogen sind.

Jeder dieser Staatsideologien entsprach und entspricht ein spezifisches Gerechtigkeitsbild³, mit dem wir nach jedem Systemwechsel mehr oder weniger stark zu kämpfen hatten und haben. Denken Sie nur an die Frage der Bestrafung von sog. "DDR-Unrecht", wo namhafte Juristen die Auffassung vertreten, daß sich derjenige nicht strafbar gemacht haben kann, der die jeweils in "seinem" Staat gültigen Gesetze beachtete. Dieser Rechtspositivismus (alles was - staatliches - "Recht" ist, ist auch "recht" im Sinne von gerecht) war eigentlich schon überwunden. Er scheint aber zurückzukehren, wohl auch, weil mit dem vielfachen Fall von Grenzen (ich meine hier nicht nur geographische) die allgemeine Verunsicherung zunimmt, auch wenn sich Juristen dies am allerwenigsten anmerken lassen. Wenn man die jeweils Herrschenden mit Augustinus als "Räuberbande" sieht, die ihre Untaten für legal erklären kann, dann erübrigt sich eigentlich auch die Frage nach der Gerechtigkeit.

³ Rütthers, B., 1991, S. 12; 138 ff.

Sie soll und muß aber dennoch gestellt werden, gerade auch vor dem Hintergrund der alltäglichen kleinen und großen Ungerechtigkeiten: Ist es gerecht, wenn Politiker Autos, Reisen und andere Annehmlichkeiten kostenlos nutzen können, mancher Polizeibeamte aber nach wie vor seinen Streifendienst im klapprigen, 10 Jahre alten VW-Passat verrichten muß? Ist es gerecht, wenn nur etwa 5% der Strafverfahren gegen Ärzte wegen Abrechnungsbetruges zu einer Anklage führen? Ist es gerecht, wenn ein Täter für eine vergleichbare Tat in verschiedenen Bundesländern ganz verschiedene Strafen bekommt? Ist es gerecht, wenn ein Drogenabhängiger jenseits der niederländischen Grenze straffrei ausgeht, während es hierzulande mit Strafverfolgung rechnen muß? Die Liste der Beispiele läßt sich beliebig fortsetzen.

Was ist "**Gerechtigkeit**", die auch und gerade im Strafrecht realisiert werden soll? Sitte, Philosophie, Weltanschauung, Religion, Erziehung, Sozialisation: All dies und noch viel mehr prägen die jeweils **individuelle** Vorstellung von Gerechtigkeit - und nun erheben die Juristen den Anspruch, Gerechtigkeit durch ein Strafgesetz und durch ein Strafverfahren zu praktizieren? Schon **Martin Luther** hatte seine Zweifel an dem heeren Anspruch der Juristen: "Das Studium der Rechte ist eine gar niederträchtige Kunst, und wenn es nicht den Geldbeutel füllte, würde sich niemand darum bemühen". Oder: "Juristen können nur Mücken fangen, die großem Hummeln reißen hindurch"⁴.

Dennoch braucht der Mensch das Bewußtsein, gerechtfertigt zu sein oder zu werden, er kann Unrecht nur schlecht ertragen (manche sagen sogar, dies sei ein wesentliches Motiv, Polizist zu werden). Genauso gilt

⁴ Zitiert nach Rütters 1991, S. 37

aber auch der Grundsatz: Irren ist menschlich, und die kleine, aber bedeutsame Geschichte des Gesprächs zwischen dem Jura-Professor und dem BGH-Richter macht die Dimension des Irrens in der Juristerei deutlich: Auf die Frage eines Professors, ob nicht auch einmal höchste Gerichte irren können, antwortet der BGH-Richter nämlich: "Doch, doch, wir irren auch manchmal; nicht so häufig wie Professoren und wenn, dann mit einem entscheidenden Unterschied: Wir irren rechtskräftig!"⁵

Dieses "rechtskräftige Irren" ist unzweifelhaft notwendig für ein funktionierendes Justizsystem: Es muß einen Punkt geben, an dem Gerechtigkeit unantastbar festgestellt wird; ansonsten würde aus den meisten Zivil- und sehr vielen Strafverfahren eine never-ending-story werden. Wenn dies so ist, dann liegt es auch nahe, die Legitimation dieser **Definition** von Gerechtigkeit durch Urteile oder Entscheidungen von Gerichten eher durch das aufwendige und sorgsam geführte **Verfahren** selbst zu begründen und nicht durch den Anspruch, daß das **Ergebnis** des Verfahrens tatsächlich Gerechtigkeit in welcher Form auch immer herstellen kann. Diese "Legitimation durch Verfahren", von Luhmann geprägt, ist nicht nur vom Inhalt her bedeutsam, sondern auch von der Reaktion, die diese Aussage bei Juristen hervorgerufen hat: Strikte Ablehnung dieses so empfundenen Angriffs auf den Rechtsstaat und die richterliche Kompetenz. Die darin zum Ausdruck kommende überzogene, ungebrochene und naive Selbstsicherheit ist im Ergebnis sicherlich nicht nur für Juristen schädlicher als es Zweifel und Unsicherheit sein können. Wer sein Handwerk mit schlechtem

⁵ Nach Rütters 1991, S. 74 f.

Gewissen ob der eigenen Unzulänglichkeit verrichtet, erspart sich selbst und anderen so manche Enttäuschung - und dies nicht nur im juristischen Bereich, sondern in allen "Gerechtigkeitsinstitutionen" (und auch die Polizei ist eine solche).

Genug aber nun des Rasonierens über (selbst-)gerechte Juristen und andere Mitarbeiter in Gerechtigkeitsinstitutionen. Die Frage, die gestellt und zu beantworten ist lautet: Wie kann und soll ein gerechtes **Strafsystem** aufgebaut sein, wie können Strafen gerecht **verhängt** und **bemessen** werden?

Die bereits angesprochene **Strafrechtsdogmatik** verweist bei dieser Frage in der Regel auf den § 46 StGB. Dort finden sich "Grundsätze der Strafzumessung" und vor allem die Aussage, daß "die Schuld des Täters ... Grundlage für die Zumessung der Strafe" ist (§ 46 Abs.1 S.1 StGB). Was ist aber nun Schuld und wie kann sie von einem **Juristen** bemessen werden? Ohne auf diese Frage hier in extenso eingehen zu können, sei doch der Hinweis erlaubt, daß ebenso theologische wie juristische Überlegungen angestellt werden können mit dem Ergebnis, daß ein echter Schuldausgleich im weltlichen Strafverfahren jedenfalls nicht erreicht werden kann. Konsequenterweise interpretieren die meisten Strafrechtjuristen denn auch die Schuld i.S. des § 46 als sog. "**Tatschuld**", was eine feine Umschreibung dessen ist, was als **Schwere** auch Nichtjuristen einleuchtet: Je schwerer die Tat, umso schwerer die Schuld und damit umso höher die Strafe. Dabei geben die gesetzlichen Strafraumen die Bandbreite an, innerhalb derer dann die konkrete Strafe zu finden ist. Bei dem o.gen. Beispiel des Raubes also zwischen 6 Monaten und 15 Jahren.

Wie läßt sich nun innerhalb eines solchen extremen Spielraumes eine konkrete Strafe erstens finden und zweitens auch noch begründen? Prinzipiell gibt es hierzu eigentlich nur zwei Möglichkeiten: Entweder man orientiert sich ausschließlich an der tatsächlichen **Schwere** der Tat (wobei sich dann die Frage stellt, woran diese Tatschwere zu bemessen ist), oder man bezieht die **Zwecke**, die diese Strafe bei dem individuellen Täter verfolgen soll mit ein oder stellt sie gar in den Vordergrund.

Die beiden zuletzt genannten Wege werden von der deutschen Strafrechtswissenschaft mit unterschiedlichen Gewichtungen seit längerem verfolgt. Der spezialpräventive Aspekt bei der Strafzumessung stand und steht nach wie vor im Vordergrund, auch wenn sich zunehmend generalpräventive (und das heißt hier vor allem: abschreckende) Aspekte einschleichen. Nach der derzeit herrschenden Auffassung bezeichnet die (Tat-)Schuld des Täters den Spielraum, innerhalb dessen der Richter general- und spezialpräventive Aspekte berücksichtigen darf und die Strafgröße als schuldangemessen nach seinem Ermessen wählen darf. Auch andere Strafzumessungstheorien bleiben eher vage, wenn es um die Konkretisierung der tatsächlichen Strafhöhe geht. So z.B. die Theorie von der Strafzumessung als "sozialer Gestaltungsakt", wonach der Richter innerhalb des Strafrahmens "die nach seiner Überzeugung von den Wertmaßstäben der Rechtsordnung schuldangemessene Strafe" zu bestimmen hat⁶.

II. Spezialpräventive Strafzumessung und Gerechtigkeit

⁶ Dreher StGB-Kommentar...

Seit den 70er Jahren mehren sich die Hinweise darauf, daß die Freiheitsstrafe die rückfallträchtigste und am wenigsten zur Resozialisierung geeignete Strafmaßnahme ist, besonders wenn sie in geschlossenen Einrichtungen vollzogen wird⁷. Zumindest der sogenannte "Normalvollzug", in dem mehr als 85 % aller Gefangenen untergebracht sind, scheint die in ihnen gesteckten Erwartungen nicht zu erfüllen⁸, zumindest wenn diese Erwartungen so aussehen, daß der Strafvollzug die dort Unterbrachten von der Begehung zukünftiger Straftaten abhalten soll. Diese Erwartung war ausdrücklich in dem 1976 in Kraft getretenen Strafvollzugsgesetz als "Vollzugsziel" verankert worden: Nach § 2 StVollzG soll der Gefangene "im Vollzug der Freiheitsstrafe ... fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen". Wie illusorisch dieses doppelte Postulat eigentlich von Anfang an war, wollte niemand so recht wahrhaben; wohl auch, weil man sich damals scheute, als Ziel des Vollzuges schlicht und einfach "Bestrafung" anzugeben und man es für fortschrittlich und progressiv hielt, den Täter als sozial krank anzusehen und entsprechend zu behandeln. Die doppelte Erwartung, nicht nur

⁷ Vgl. die Zusammenstellung der empirischen Studien zum Rückfall nach Strafvollzug bei Berckhauer,F., B.Hasenpusch, 1982, S.281 ff., S.285; s.a. Rückfallstatistik 1988, S.7: Die höchste Rückfallquote überhaupt ist mit 88,7% "bei den männlichen Betroffenen festzustellen, die zu einer Jugendstrafe ohne Bewährung verurteilt waren. Die insgesamt höchste Rückfallquote weist hierbei mit 92,5% die Gruppe der 15-20jährigen männlichen Betroffenen aus".

⁸ Ob dies besondere Vollzugsformen (wie z.B. die Sozialtherapie oder andere Formen des Behandlungsvollzuges) leisten können, ist umstritten. Vgl. zum Streit um die Erfolge der Sozialtherapie Egg,R., 1979; ders., 1984; Lamott,F., 1984; Voß, M., 1980, S.210 ff.; zuletzt Romkopf,G., 1988, S.207 ff.

keine Straftaten mehr zu begehen, sondern dies auch noch in "sozialer Verantwortung" zu tun, mußte fehlschlagen - gelingt es doch nicht einmal den meisten der nicht straffällig Gewordenen (bzw. der nicht Entdeckten), ein Leben "in sozialer Verantwortung" zu führen. Rückfallquoten im bundesdeutschen Strafvollzug bis zu 92 % (männliche, 15-20 Jährige) kennzeichnen dieses Problem, wobei ich mich über die methodischen Probleme dieser Form von "Erfolgsmessung" an dieser Stelle nicht auslassen will.

Nicht erst seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes im 64. Band⁹, bei der es um die Gewährung von Urlaub für einen NS-Täter ging, lassen sich deutliche Tendenzen der Zurückdrängung des Resozialisierungsgrundsatzes erkennen insofern die sog. "Tatschuld" nun auch bei Vollzugslockerungen (und nicht nur mehr bei der Strafzumessung, wo sie gem. § 46 StGB eindeutig hingehört) berücksichtigt werden sollte. Durch die Berücksichtigung repressiver Strafzwecke bei der individuellen Vollzugsgestaltung wird zunehmend sowohl der § 2 StVollzG, als auch der § 46 StGB, wonach die Schuld des Täters die Grundlage für die Zumessung der Strafe ist, ausgehebelt. Baden-Württemberg hatte hier 1985 als erstes Bundesland eine entsprechende Verwaltungsanordnung erlassen, wonach bei Vollzugslockerungen und bei Urlaubsgewährungen die Schwere der Schuld des Gefangenen zu berücksichtigen sei¹⁰. Ein Versuch Bayerns, solche Regelungen bundesweit einzuführen, scheiterte 1987 im Bundesrat. Dennoch wird man davon ausgehen können, daß die Schuld

⁹ BVerfGE 64, 285

¹⁰ KKS-Schöch 1992, § 4 Rdnr.38

als "apokrypher Versagungsgrund" nicht nur in Baden-Württemberg eine Rolle spielt. Inzwischen dürfte die ursprüngliche Trennung zwischen Berücksichtigung der (Tat-)Schuld und damit der Tatschwere bei der Strafzumessung und dem Resozialisierungsaspekt bei der Strafvollstreckung de facto aufgegangen worden sein.

Die Verhängung einer Strafe war zwar in Deutschland (mit Ausnahmen¹¹) nie an die Behandlungsbedürftigkeit, Behandlungsfähigkeit oder Behandlungsbereitschaft des Straftäters geknüpft. Die Annahme, daß der Vollzug zumindest "etwas" bewirken könne, war aber lange Zeit verbreitet und hat sich beispielsweise im Jugendstrafrecht auch konkret in der Strafzumessung niedergeschlagen. Auch jetzt noch schreibt § 18 Abs.2 JGG vor, daß die Jugendstrafe so zu bemessen ist, daß die "erforderliche erzieherische Einwirkung" möglich ist.

Zwar wurde schon früh die Frage aufgeworfen, wie man denn in Unfreiheit lernen könne, in Freiheit (und dazu noch straffrei) zu leben; Konsequenzen aus dieser Quadratur des Kreises wurden aber zumindest hierzulande bislang nicht gezogen.

In den USA dagegen war man in dieser Hinsicht konsequenter. Dort war das System der unbestimmten Strafe bis in die 70er Jahre hinein weit verbreitet¹²: Dieses System, das sich dort über rund 50 Jahre hinweg kaum verändert hatte, machte Rehabilitations- und Resozialisierungsüberlegungen zur Grundlage der Strafzumessung. Der

¹¹ Mit Ausnahme bestimmter Regelungen im Betäubungsmittelgesetz, die unter dem Stichwort "Behandlung statt Strafe" zusammenzufassen sind; vgl. § 35 BtMG.

¹² Vgl. Zalman, M., 1987, S.670ff.

Gefangene soll erst dann aus dem Vollzug entlassen werden, wenn er als resozialisiert angesehen werden kann. Am konsequentesten wurde dieser Ansatz dort umgesetzt, wo der Richter im Urteil keine konkreten Straflängen angab. So konnten in Kalifornien bis 1977 Täter zu "Gefängnis unbestimmter Dauer" verurteilt werden. Auch das deutsche Jugendstrafrecht kannte diese Sanktion als unbestimmte Jugendstrafe bis zur letzten Reform im Jahr 1990.

Strafen von unbestimmter Dauer wurden in den USA sehr häufig verhängt, wohl auch, weil dem Richter dabei keine Strafzumessungsverantwortung abverlangt wurde. Die konkrete Dauer des Freiheitsentzuges wurde nachträglich von den sog. "Parole Boards" festgelegt, die über die (auch vorzeitige) Entlassung zu entscheiden hatten, wobei diese Entscheidung unanfechtbar war.

Der Entscheidung des Gerichts kam daher eher "symbolische" Bedeutung zu.

Vor diesem Hintergrund wurde zunehmend die Auffassung vertreten, daß es verlässliche Prognosekriterien, die eine Aussage über die potentielle Rückfälligkeit eines Täters machen können, weder aus klinisch-medizinischer noch aus statistischer Sicht gibt¹³. Zudem wurde auf die negativen Effekte hingewiesen, die die unbestimmte Strafe und der Behandlungsgedanke bei den Gefangenen selbst auslösen können. Es wurde erkannt, daß die Teilnahme an Behandlungsprogrammen häufig nur sehr vordergründig motiviert war, da sie lediglich dazu dienen sollte, Pluspunkte für die vorzeitige Entlassung zu sammeln. Das gesamte System führte eher zu Zynismus und Unterwürfigkeit als zu einer realen Veränderung der Rückfallhäufigkeit. Das Ausmaß dieses Problems in den USA wird auch daran deutlich, daß Ende der 70er

¹³ Gottfredson,D.M., 1970. Monahan,J., 1981. Monahan,J., 1982, S.143ff,

Jahre etwa 80% aller Gefängnisinsassen vorzeitig entlassen wurden. Obwohl für die Hälfte dieser Entlassenen die Maximumstrafe 65 Monate betrug, wurden sie durchschnittlich bereits nach 21 Monaten entlassen¹⁴. Daraus ist zu schließen, daß die Parole Boards, denen die Entscheidung über die Entlassung oblag, der Auffassung waren, daß sich die meisten Insassen relativ schnell nach Absolvierung ihrer Mindeststrafzeit "resozialisiert" hatten. Da der Parole Board aber seine Informationen ähnlich wie die deutsche Strafvollstreckungskammer fast ausschließlich von Psychologen und Vollzugsmitarbeiter erhält, ist hier eher auf eine schnelle Anpassung der Insassen an die gewünschten und für die vorzeitige Entlassung notwendigen Bedingungen wie gute Führung, Angepaßtheit an die Gefängnissituation usw. zu schließen als auf eine reale Veränderung. Schließlich war die unbestimmte Strafe eine recht eindeutige Motivation für den Täter, sich einer wie auch immer aussehenden "Behandlung" im Vollzug zu unterziehen. Somit war diese Strafe im wesentlichen ein Mittel für die Psychiater, Psychologen, Sozialarbeiter und Gefängnisbeamte (und auch für die Verwaltung), ihre jeweils unterschiedlichen Ziele zu erreichen¹⁵.

Der Resozialisierungsgedanke und die dahinter stehenden Behandlungsideen wurden allerdings bereits Mitte der 70er Jahre durch empirische Ergebnisse in Frage gestellt. Eine unüberschaubare Anzahl von Evaluationsstudien der verschiedensten Methoden der Bestrafung und Wiedereingliederung von Straftätern zeigten, daß praktisch alle Programme nicht, zumindest nicht wesentlich zu einer Reduzierung der Rückfallquoten führten. Diese Studien wurden aufgrund der Einheitlichkeit der Ergebnisse in den 80er Jahren kaum noch

¹⁴ Bureau of Justice Statistics, 1983, S.76.

¹⁵ Reiss, A., 1984.

fortgeführt¹⁶.

Bestrebungen, die Verhängung unbestimmter Strafen abzuschaffen, wurden daher erstmals in den 70er Jahren unternommen¹⁷. Verbunden mit Angriffen gegen den Rehabilitationsgedanken¹⁸ wurde die Forderung erhoben, daß die Strafen sich vorrangig an dem Kriterium der Gerechtigkeit zu orientieren hätten. Dabei wurde von Anfang an, vor allem in dem oft zitierten Buch "Doing Justice" darauf hingewiesen, daß mit diesen Bestrebungen keine Ausweitung des Strafvollzugssystems bezweckt und auch nicht verbunden sein darf. Vielmehr wiesen die Verfechter dieser Idee der "gerechten Strafe" ausdrücklich darauf hin, daß die Grenzen der freiheitsentziehenden Maßnahmen neu festgelegt und **limitiert** werden müßten. So forderte bereits 1976 Andrew von Hirsch in dem o.gen. Werk, daß freiheitsentziehende Maßnahme die Dauer von 5 Jahren nicht übersteigen sollten, da eine darüber hinausgehende Strafdauer dysfunktional sei¹⁹. Erste Auswirkungen hatten diese Bestrebungen, als 1976 in Kalifornien eine Formulierung in das Strafgesetz aufgenommen wurde, wonach der **Zweck** des Strafvollzugs die **Bestrafung** des Täters sei.

Zumindest sechs Gründe waren für diesen Wechsel der Sanktionspolitik maßgeblich²⁰: Erstens machten Gefängnisaufläufe (z.B. in Attica, New

¹⁶ Lipton,D., Martinson,R., Wilks,J., 1975; Sechrest,L., White,S., Brown,E. 1979

¹⁷ Vgl. Zalman,M., aaO. (1987)

¹⁸ Vgl. Allen,F.A., 1987, S.1ff.

¹⁹ von Hirsch, A., 1976, S.136

²⁰ Blumstein,A., Cohen,J., Martin,S.E., Tonry,M., 1983.

York in den späten 60er Jahren²¹⁾ deutlich, daß die Gefangenen mit dem alten System, das eine totale Unbestimmtheit und Beliebigkeit vorsah, unzufrieden waren. Die Rehabilitationsidee, die hinter der unbestimmten Strafe stand, erwies sich bereits damals als eher rhetorisch und in der Praxis nicht durchführbar. Zweitens kamen Bedenken bezüglich der individuellen Rechte der Gefangenen und der Kontrolle der Entscheidungsfreiheit der Richter und der Parole Boards auf; beide konnten quasi beliebig entscheiden, wer wie lange in den Strafvollzug gehen mußte und wie lange er dort zu verbleiben hatte. Drittens entstand ein Verlangen nach größerer Berechenbarkeit und Durchsichtigkeit der Entscheidungen nicht nur bei den Gefangenen, sondern auch bei den Theoretikern und Praktikern im Strafverfolgungssystem. Viertens wurden immer wieder Ungleichbehandlung und Rassen- sowie Klassendiskriminierung in den Urteilen der Richter und Parole Boards festgestellt mit dem Ergebnis, daß das Sanktionsverhalten insgesamt als ungerecht angesehen wurde. Fünftens führte der Wunsch nach verstärkter Kriminalitätskontrolle dazu, daß vor dem Hintergrund steigender Straftatenzahlen die Unzufriedenheit mit dem Strafverfolgungssystem wuchs und Richter wie Parole Boards vorgeworfen wurde, gefährliche Verbrecher ohne Rücksicht auf die öffentliche Sicherheit in Freiheit zu entlassen. Schließlich breitete sich sechstens zunehmend die Enttäuschung über den Mißerfolg des Resozialisierungsgedankens aus, die sowohl empirische als theoretisch-ideologische Ursachen hatte. Es wurde deutlich, daß die Tatsache der Resozialisierung weder konkret feststellbar noch irgendwie bestimmbar und daher als Begründung für die Entlassung von Gefangenen ungeeignet war.

Neben diesen Studien, die sich mit der spezialpräventiven Wirkung von Sanktionen beschäftigten, gab es umfangreiche Versuche, die mit der Strafverhängung verbundenen **generalpräventiven** Ziele und ihre Erreichung zu überprüfen. Eine 1980 veröffentlichte Bibliographie zur

²¹ Tyrnauer,G., 1988, S.87 ff.; Stastny,C., Tyrnauer,G., 1982

Generalpräventionsforschung listet insgesamt 568 Forschungsberichte auf²². Seit diesem Zeitpunkt dürfte mindestens noch einmal die gleiche Zahl von Berichten veröffentlicht worden sein, und dies, obwohl die kanadische Strafzumessungskommission 1987 in ihrem Abschlußbericht der Auffassung war, daß es keinen Sinn macht, weitere empirische Studien in diesem Bereich zu finanzieren, weil die Ergebnisse voraussehbar wären. Auch die von der amerikanischen National Academy of Science veröffentlichten Berichte Ende der 70er Jahre kommen zu dem Ergebnis, daß trotz es des intensiven Forschungsaufwandes keine ausreichenden Hinweise für entsprechende abschreckende Effekte von Strafandrohungen oder Strafverhängungen gibt²³.

Insgesamt hat das Rehabilitationsmodell inzwischen stark an Glaubwürdigkeit verloren²⁴ und auch die Annahme einer

²² Beyleveld, D., 1980; s. zu diesem Problem ausführlicher Kap. 6

²³ Blumstein, A., Cohen, J., Nagin, D., 1978

²⁴ Im einzelnen wurde die Strafrestauesetzung ganz abgeschafft in Maine 1976, teilweise in Kalifornien und Indiana 1977, Illinois, Arizona und New Mexico 1978, Colorado 1979, Alaska, New Jersey, Missouri, Tennessee und Minnesota 1980, North Carolina, Connecticut, Pennsylvania und Utah 1981, Florida, New York und Maryland 1983, Washington 1984. Die Bundesregierung in Washington hatte ein entsprechendes Gesetz für den Bereich der Bundesgesetzgebung der USA im Oktober 1984 verabschiedet. Tatsächlich wurde in diesen Staaten lediglich die Instanz, die über die vorzeitige Entlassung zu entscheiden hatte (in der Regel der Parole Board) abgeschafft. Da aber weiterhin eine vorzeitige Entlassung wegen guter Führung auch in diesen Staaten möglich war, behielten alle Staaten bis auf zwei die Einrichtungen bei, die der deutschen Bewährungshilfe entsprechen und die der Überwachung und Beratung entlassener Strafgefangener dienen sollen. Lediglich Maine schaffte bereits 1976 sowohl den Parole Board als auch die Bewährungshilfe ab; der Staat Washington schaffte die Parole-

generalpräventiven Wirkung von Strafen ist erschüttert worden. Die Idee der Vergeltung und der Bemessung einer Strafe an Gerechtigkeitskriterien erfreut sich dafür zunehmender Beliebtheit. Damit verbunden ist die Forderung nach bestimmten, genau abschätzbaren Strafen und Straflängen. Nach diesem "**just desert**"-**Modell** hat die Strafe so auszufallen, wie sie der Täter verdient, nicht mehr (auch nicht, um zu bessern), aber auch nicht weniger (aus Gerechtigkeitsgründen).

Das Problem der **bestimmten** Strafe ist aber die Proportionalität der Straflänge. Die Strafe hat sich nach der Schwere der Tat bzw. der Schwere der verletzten Rechtsgüter zu richten²⁵, womit wir wieder bei unserem Ausgangspunkt angelangt wären.

Sie hat "angemessen" zu sein, wobei in diese Entscheidung verschiedene Faktoren eingehen, die implizit oder explizit zu berücksichtigen sind: die Vorstellungen des Täters als subjektive Seite, der Grad der Verletzung der Rechtsgüter bzw. des Opfers, die Tatbeteiligung andere oder sogar des Opfers selbst und anderes mehr. Damit ist die Idee der gerechten, zu relativierenden Strafe eigentlich in der reinen Form nicht aufrechtzuerhalten, da zu viele subjektive Bewertungsfaktoren einfließen: Wie stark wird die Tatbeteiligung des Opfers eingeschätzt? Wie schwer ist das verletzte Rechtsgut zu bewerten?

Um Gleiches auch tatsächlich gleich zu behandeln bzw. zu richten, muß

Kommission 1984 ab, wohingegen die Bewährungshilfe noch bis 1988 beibehalten werden soll. Ein weiterer Staat (Connecticut) hatte ebenfalls beides 1981 abgeschafft, ein Jahr später aber wieder eingeführt.

²⁵ Von Hirsch, A., 1976.

der Entscheidungsspielraum der Richter eingeengt werden. Da nachgewiesenermaßen erhebliche Unterschiede in der Strafzumessung und in dem Entscheidungsverhalten der Staatsanwaltschaft bestehen, muß ein "Gerechtigkeitsmodell" entweder auf eine besondere Homogenität in dem Entscheidungs- bzw. Strafzumessungsverhalten der Richter vertrauen (was illusorisch ist), oder aber möglichst konkrete Strafzumessungsrichtlinien vorgeben. Solche Richtlinien wurden in den USA 1980 erstmals eingeführt. Entsprechend dem Gerechtigkeitsmodell lag das Schwergewicht auf der Schwere der Tat und dem Vorleben des Täters (d.h. auf dessen Vorstrafen).

Damit wurde auch implizit die Entscheidung eines ausgewählten, selektiven Einsperrens getroffen: Personen mit schweren Straftaten sollten eher und länger eingesperrt werden als solche mit leichten Taten, auch wenn letztere höhere Kriminalitätsraten (im Sinne von mehr Delikten) aufweisen. Von dem längeren Einsperren von Tätern mit schwereren Straftaten versprach man sich eine Reduzierung dieser Taten - schlicht deshalb, weil die Täter durch den Strafvollzug aus dem Verkehr gezogen wurden. Solche Strafzumessungsrichtlinien sahen z.B. konkrete Strafhöhen für verschiedene Deliktsgruppen vor, wobei man anhand von mehreren Vorstrafenkategorien die jeweilige Strafe oder einen sehr engen Strafraum ablesen konnte. Da individuelle Faktoren darüber hinaus keine Rolle spielen, eignet sich dieses Modell auch sehr gut dazu, Strafzumessung per Computer zu betreiben und - durch Datenrückkopplung mit dem Strafvollzug - die Straflänge jeweils so zu gestalten, daß die verfügbaren Vollzugsplätze weder über- noch unterbelegt werden.

Die Nichtberücksichtigung von individuellen persönlichen oder sozialen

Faktoren läßt sich kriminologisch insofern begründen, als ihr empirisch nachweisbarer Einfluß für die Frage einer späteren Rückfälligkeit oder auch für den Ablauf einer kriminellen Karriere sehr gering erscheint²⁶. Insofern ist weder die Gewährung eines "Unterschicht-Bonus" zu rechtfertigen, noch die strafscharfende Berücksichtigung von sozial negativen Merkmalen wie Arbeits- und Wohnungslosigkeit, Alkoholkonsum o.a. Faktoren, die gemeinhin als "Lebensführungsschuld" zusammengefaßt werden.

Auch in Kanada war 1982 eine Tabelle zur Berechnung der Rückfallwahrscheinlichkeit bei bedingter Entlassung vorgelegt worden. Anhand der Auswertung von 1.238 Fällen wurde ein Schema entwickelt, das Plus- oder Minuspunkte für entsprechende rückfallverhindernde oder rückfallfördernde Faktoren vergibt²⁷. Sieht man sich die Kriterien genauer an, so wird deutlich, daß die Art der Tat

²⁶ Vgl. Kerner ...

²⁷ Nuffield, J., 1982, der folgende Merkmale berücksichtigt:

- Alter zum Zeitpunkt der Inhaftierung: -2 bis +2 Punkte (wenn jünger als 21 Jahre)
- Anzahl der vorhergegangenen Inhaftierungen: -4 bis +2 Punkte (bei fünf und mehr Inhaftierungen)
- Vorhergegangene Verletzungen von Bewährungsaufgaben: 0 bis +2 Punkten (bei Verletzungen von Auflagen)
- Art der Unterbringung bisher: 0 bis +1 Punkt (wenn höchste Sicherheitsstufe bei der Unterbringung)
- Alter zum Zeitpunkt der ersten Verurteilung als Erwachsener: -7 bis +2 Punkte (wenn jünger als 19 Jahre)
- Anzahl der vorhergegangenen Verurteilungen wegen bestimmter Delikte: -2 bis +6 Punkte (je nach Delikt und Anzahl)
- Ehestand: -1 bis 0 Punkte (wenn ledig)
- Risikointervall, d.h. straffreie Zeiten zwischen den Taten: -2 bis +1 Punkt (wenn weniger als sechs Monate)
- Anzahl der angeklagten Personen: -2 bis 0 Punkte (wenn zwei oder weniger)
- Gesamtstrafenlänge: -3 bis 0 Punkte (wenn weniger als 48 Monate)
- Anzahl der vorhergegangenen Verurteilungen wegen sexueller Gewaltdelikte: 0 bis +4 Punkte (bei mindestens einem solchen Delikt)
- Arbeit bzw. Arbeitslosigkeit: -1 bis 0 Punkte (bei arbeitslos)
- Art des Deliktes: -4 bis +4 Punkte

Anhand dieser Faktoren kann durch einfaches Addieren oder Subtrahieren der sog. Risikofaktor festgelegt werden: Von "sehr schlecht" bei 9 bis 30 Punkten und einer Rückfallquote von 1 : 3, d.h. nur einer von drei Tätern, die dieser Gruppe zuzurechnen sind, wird nicht wieder rückfällig, bis "sehr gut" bei -6 bis -27 Punkten und einer Rückfallquote von 4 : 5, d.h. vier von fünf Tätern dieser Gruppe werden nicht wieder rückfällig.

und das kriminelle Vorleben des Täters (ausgedrückt in entsprechenden Vorstrafen) die Berechnung der Rückfallwahrscheinlichkeit ganz entscheidend prägen. Eine gewisse Rolle spielt noch das Alter zur Zeit der Tat bzw. zum Zeitpunkt der Verurteilung (je älter, desto besser die Prognose). Die einzigen "sozialen" Faktoren wie Ehestand und Berufstätigkeit fallen praktisch nicht ins Gewicht (maximal jeweils ein Punkt für verheiratet und für die Berufstätigkeit zum Zeitpunkt der Inhaftierung). Diese Bewährungsrichtlinien, nach denen in Kanada über die Aussetzung eines Strafrestes zur Bewährung entschieden werden soll, ist daher nichts anderes als eine statistisch-mathematische Umsetzung des richterlichen Alltagswissens, nach dem Tatschwere und kriminelle Vergangenheit die entscheidenden Faktoren sind, die die Rückfallwahrscheinlichkeit prägen. Je schwerer die Tat und je uneinsichtiger der Täter, gemessen an den entsprechenden Vorstrafen, um so härter fällt die Strafe aus.

Generell kann davon ausgegangen werden, daß Resozialisierungsaspekte bei der Bestrafung nur noch (wenn überhaupt) bei weniger schweren Taten und weniger vorbelasteten Tätern berücksichtigt werden. In allen anderen Fällen wird die Strafzumessung fast ausschließlich am Gerechtigkeitsmodell ausgerichtet. Diejenigen Strafen sind danach nützlich und vertretbar, die zum einen weitestmöglich generalpräventiv wirken, zum anderen als gerechter Ausgleich für die Straftat angesehen werden können²⁸.

Insgesamt zeigen allerdings verschiedenen Evaluationsstudien, daß die Möglichkeiten richterliches Entscheidungsverhalten durch

²⁸ Vgl. dazu auch Krisberg, B., 1987, S.81 ff. Garz, D., 1987, S. 212 ff. Empirische Forschungen zur Evaluation von Strafzumessungsrichtlinien liegen seit längerer Zeit vor. Die entscheidende Frage war, ob diese Strafzumessungsrichtlinien zu einer Veränderung der Strafzumessungspraxis der Richter führen. Bereits frühzeitig hatte man erkannt, daß die am Strafverfahren beteiligten Parteien (Richter, Staatsanwaltschaft, Angeklagte, Anwälte) in der Lage sind, Vorschriften und Richtlinien zu umgehen und somit die Strafzumessungsrichtlinien möglicherweise leerlaufen könnten. Vgl., Kramer, J.H., Lubitz, R.L. aaO. (1985), S.482.

Strafzumessungsrichtlinien maßgeblich zu verändern, relativ gering sind. Selbst wenn eindeutige Vorgaben gemacht werden und die Anwendung der Vorschriften ständig überwacht wird, entdecken die am Strafzumessungsprozeß Beteiligten immer wieder neue Möglichkeiten, ein in ihrem Sinne unerwünschtes Ergebnis, d.h. eine unerwünschte Strafhöhe oder eine unerwünschte Sanktion zu umgehen. Das Strafverfolgungssystem tendiert dazu, den Status Quo beizubehalten und ist nur schwer zu tatsächlichen Änderungen im Entscheidungsverhalten zu bewegen. Entsprechende empirische Ergebnisse wurden für die Polizei²⁹, Richter³⁰ und auch Rechtsanwälte³¹ berichtet. Im einzelnen wurde beobachtet, daß sich das System seine Flexibilität dadurch erhält, daß der Entscheidungsspielraum, der in einem bestimmten Bereich beschränkt wird, in einen anderen verlagert wird³².

²⁹ Carlson, K., 1982

³⁰ Heumann, M., Loftin, C., 1979, S.393 ff.

³¹ Bynum, T.S., 1982

³² So steigt beispielsweise die Plea Bargaining Rate dann an, wenn eine bestimmte Strafe für eine bestimmte Tat im Gesetz vorgesehen ist. Die Bereitschaft steigt, sich dann für ein weniger schweres Delikt schuldig zu erklären. Ebenso können verschiedene Anklagen zusammengefaßt werden, um die Straflänge für bestimmte Delikte im Ergebnis zu reduzieren. So führte z.B. die Abschaffung der Plea Bargaining Möglichkeit in Alaska zu einem Anstieg der Verfahrenseinstellungen in bestimmten Bereichen, aber nicht, wie zu erwarten gewesen wäre, zu einem wesentlichen Anstieg der Hauptverfahren. Der gleiche Effekt wurde nach der Einführung von Mindeststrafen für Taten, die bewaffnet begangen wurden, in Michigan und Massachusetts beobachtet: Mehr Einstellungen, mehr und frühere Umdefinitionen eines Falles als "leicht". Nach der Einführung der New Yorker

Will man die Idee des "Just Deserts" zusammenfassen, so kann man am besten den bekannten amerikanischen Kriminologen Marvin Wolfgang zitieren: "Die gegenwärtige Überzeugung von Kriminalität und Bestrafung ist die Rückkehr der neoklassischen Idee, die Betonung des "just deserts". Die Gesellschaft kann Straftäter weder resozialisieren noch kann zukünftige Gefährlichkeit oder gewalttätiges Verhalten angemessen vorhergesagt werden. Der beste Indikator für zukünftige kriminelle Taten sind vergangene kriminelle Taten, aber selbst dieser Ansatz schlägt fehl, da so zu viele "falsche Positive" vorhergesagt werden. Gerechtigkeit erfordert Gleichbehandlung, mit genauen, vorher angekündigten Strafen. Wenn es irgendeinen generalpräventiven Effekt gibt, oder eine Auswirkung des Einsperrens individueller Täter, dann ist dies ein zusätzlicher Effekt aber nicht der eigentliche Zweck der Bestrafung"³³.

Unter Berücksichtigung dieser verschiedensten Aspekte hat die kanadische Kommission den grundlegenden Zweck der Strafzumessung wie folgt umschrieben: "Erklärter- und anerkanntermaßen kann in einer freien und demokratischen Gesellschaft Friede und Sicherheit nur durch die strikte Anwendung grundlegender Gerechtigkeitsprinzipien erreicht

"Rockefeller-Drogengesetze" im Jahr 1977, die besonders lange Freiheitsstrafen für Drogenstraftaten vorsahen, stieg zwar das Risiko der Inhaftierung nach einer Verurteilung erheblich an (von 34 % auf 55 %); die Wahrscheinlichkeit einer Inhaftierung blieb insgesamt aber gleich, da die Verurteilungsraten sanken, d.h. mehr Verfahren vor der Hauptverhandlung erledigt wurden. Staatsanwälte und Richter umgingen bestimmte Strafvorschriften dadurch, daß sie Tatbestände oder erschwerende Umstände als "nicht erwiesen" ansehen oder dadurch, daß sie entsprechende Schuldgeständnisse aushandelten.

³³ Wolfgang, M., 1986, S.6

werden. In Fortführung der Annahme, daß das Strafrecht eine gerechte, friedliche und sichere Gesellschaft zu garantieren hat, wird als der grundlegende Zweck der Strafzumessung die Bewahrung der Autorität des Rechts und die Unterstützung des Respektes davor durch die Anwendung gerechter Strafen angesehen"³⁴.

³⁴ Sentencing Reform aaO., S.151

III. "Selective Incapacitation" und Gerechtigkeit

Der Versuch, eine bestimmte Gruppe von Tätern gezielt für den Strafvollzug auszuwählen, um dadurch einen größtmöglichen Schutz der Allgemeinheit bei gleichzeitiger Berücksichtigung von Gerechtigkeitserwägungen zu erreichen und zudem die vorhandenen Gefängnisplätze optimal zu nutzen, wird auch als "selektive Incapacitation" oder Unschädlichmachung bestimmter Täter bezeichnet³⁵.

Entstanden ist diese Idee vor dem Hintergrund der überfüllten Gefängnisse, der Kosten, die sowohl der Betrieb dieser Einrichtung als auch entsprechende Neubauten verursachen und der Einschätzung, daß nur der Täter, der eingesperrt ist, mit Sicherheit keine Straftaten mehr außerhalb des Strafvollzugs begeht.

Im Gegensatz zur kollektiven Incapacitation, die sich ausschließlich an der Tat und dem Vorleben des Täters orientiert³⁶ und bei der kein Versuch unternommen wird, das zukünftige Leben oder Verhalten des Täters mit in die Entscheidung über das Ob und Wie des Einsperrens mit einzubeziehen, versucht die selektive Incapacitation, die Strafe an den individuellen Täter in der Form anzupassen, daß Vorhersagen zu seiner weiteren kriminellen Entwicklung in die Strafzumessung einbezogen werden. Diese Politik gibt dem Richter die Möglichkeit, für gleiche Delikte unterschiedliche Strafen zu verhängen, je nachdem, wie er die zukünftige kriminelle Karriere dieses Täters einschätzt. Hierbei wird allerdings nicht von einem resozialisierenden Effekt des

³⁵ Vgl. die Zusammenstellung der amerikanischen Literatur bei Busch, T., 1988, insbes. S.71 ff.

³⁶ Greenberg, D.F., 1975, S.1ff.

Freiheitsentzuges oder anderer Maßnahmen ausgegangen, sondern allein mit der Wahrscheinlichkeit gearbeitet, mit der dieser Täter Straftaten begehen würde, wenn er in Freiheit bliebe. Hintergrund dieser Idee der selektiven Incapacitation sind Überlegungen zur optimalen Nutzung vorhandener Gefängnisressourcen bei gleichzeitiger Bezugnahme auf individuelle kriminelle Karrieren. Wenn beispielsweise 100 Täter für ein Jahr eingesperrt werden, die ansonsten jeweils 10 Taten begangen hätten, so werden dadurch ebensoviele Straftaten verhindert wie durch das Einsperren von 500 Tätern, die nur jeweils zwei Taten begehen würden.

Das Problem liegt nun darin, die Täter mit hoher Kriminalitätsrate, vor allem mit einer auch in Zukunft hohen Rate, zu finden. Man weiß zwar, daß bei einem bestimmten, relativ hohen Anteil von Tätern die kriminelle Karriere irgendwann zu Ende geht, in dem sie aufhören, Straftaten zu begehen oder zumindest erheblich weniger Taten begehen. Man weiß aber nicht, wodurch dieser Ausstieg begründet ist. Ebenso gibt es bislang keine zuverlässigen Prognosemöglichkeiten, die die Dauer und die Intensität der kriminellen Karriere bestimmen könnten³⁷. Die Täter auf der Basis von Taten zu bestrafen, die sie (noch) nicht begangen haben sondern nur vermutlich begehen werden, verstößt aber nicht nur gegen grundlegende Prinzipien der Gerechtigkeit und

³⁷ Studien der Rand Corporation haben gezeigt, daß in den USA unter den Gefängnisinsassen fast alle Gruppen von Straftätern vertreten sind: Intensivtäter ebenso wie Ein- oder Zweimaltäter; vgl. Greenwood, P., aaO. (1982); Chaiken, M., Chaiken, J., 1982. Auch die Zusammensetzung der bundesdeutschen Strafvollzugspopulation, soweit sie aus der Vollzugsstatistik ersichtlich ist, macht deutlich, daß eine sehr gemischte Gruppe von Tätern in dem Vollzug landet, wobei die Tatschwere nur eines unter vielen Auswahlkriterien ist.

Verantwortlichkeit, sondern wirft auch die gleichen Prognoseprobleme auf wie die alte Methode der vorzeitigen Entlassung³⁸. Eine Sanktion, die ausschließlich auf die Zukunft gerichtet ist, kann zwar unter reinen Nützlichkeitsabwägungen verteidigt werden. Bezieht man aber ernsthaft Gerechtigkeitsabwägungen mit ein, wird diese Legitimation zunehmend schwieriger.

Im Ergebnis läuft dies auf eine Differenzierung zwischen Nützlichkeit der Strafe für die Gesellschaft einerseits und dem Utilitarismus bzw. der Gerechtigkeitstheorie Rawls'scher Prägung andererseits hinaus.

Sicherlich ist eine gerechte Strafe in einem vermittelten Sinne insofern auch nützlich, als sie über die Tatsache der Realisierung von Gerechtigkeit dem Staat bzw. dem Gemeinwesen nützt und den Zusammenhalt im Sinne der Lehre vom Gesellschaftsvertrag fördert³⁹.

Der o.gen. Nützlichkeitsbegriff aber ist ein mehr direkter; er stellt darauf ab, ob und wie nützlich die individuell bemessene Straflänge dadurch für die Gesellschaft sein kann, daß dieser konkrete Täter für einen bestimmten, konkret festgelegten Zeitraum "aus dem Verkehr" gezogen wird, also keine weiteren Straftaten begehen kann. Gemeint ist, daß beispielsweise eine sehr lange Freiheitsstrafe durchaus nützlich sein kann, weil sie entweder den Täter "aus dem Verkehr zieht". Sie muß aber nicht unbedingt gerecht sein, was bei dem Mehrfachtäter im Bereich der leichteren Eigentumsdelikte deutlich wird. Dieser müßte, will man möglichst viele zukünftige Taten verhindern, länger eingesperrt werden als der (Erst-)Täter eines leichten Eigentumsdeliktes,

³⁸ Vgl. Hirsch, A.v., 1985

³⁹ Hierauf stellt auch Rawls entscheidend ab; vgl. Rawls 1979, S.12, S.74 ff.

von dem keine weiteren Straftaten zu erwarten sind.

IV. Proportionalität, Rationalität, Gerechtigkeit und Abschreckung: Der sogenannte "Neoklassizismus"

Die Idee, bei der Strafzumessung wieder verstärkt die Schwere der Straftat zu berücksichtigen und sich von den ehemals progressiven Behandlungs- und Resozialisierungsgedanken abzuwenden, wird teilweise als "Neoklassizismus" bezeichnet.

Dieser Begriff führt zurück auf den Klassizismus des späten 18. und frühen 19. Jahrhunderts, der z.B. von Beccaria geprägt wurde und für den rationales Strafen unter Nützlichkeitsaspekten stand. Im Rahmen generalpräventiver Erwägungen wurde auf die Notwendigkeit abgestellt, schwere Taten auch schwerer zu bestrafen, damit die Täter, wenn sie schon Taten begehen, dann wenigstens dazu angehalten werden, leichtere zu begehen. Von Hirsch zeigt nun, daß die heutigen, als "neoklassizistisch" bezeichneten Ideen mit denen Beccarias und anderer Vertreter der damaligen Zeit wenig gemeinsam haben⁴⁰. Als erstes kann die Idee der Generalprävention nicht zur Unterstützung des Verhältnismäßigkeitsprinzips herangezogen werden. Zum einen gibt es nach wie vor nur sehr wenige bis keine Beweise für die tatsächlich abschreckende Wirkung von Sanktionen⁴¹. Zudem geht es bei den meisten Delikten nicht um die Frage, ob überhaupt sanktioniert werden soll, sondern ausschließlich um die mögliche Höhe und Schwere dieser

⁴⁰ Hirsch, A.v., aaO. (1983), S.55 ff.; Hirsch, A.v., N. Jareborg 1991

⁴¹ Vgl. Blumstein, A., Cohen, J., Nagin, D. (Hrsg.), 1978.

Sanktion. Gerade hier aber tut sich die Generalpräventionsforschung noch schwer beim Versuch, eine Antwort zu finden. Auch der Aspekt, daß die Bestrafung der Täter zur Stützung der öffentlichen Moral notwendig ist, die Bestrafung des einzelnen die bewußten und unbewußten Abneigungen der unbescholtenen Bürger gegen das Begehen von Verbrechen stärkt, führt letztendlich nicht weiter.

Die Anhänger eines Präventionsstrafrechts (Jakobs, Schönemann) rekurrieren zwar insofern auch auf Gerechtigkeitserwägungen, als (nur) eine gerechte Strafe (positiv-general)präventive Wirkungen zeitigen kann; eine Antwort auf die Frage, welches Maß bei der Bestimmung der "gerechten" Strafe anzulegen ist, wird aber auch hier nicht gegeben.

Feststeht, daß der Staat, solange er auf ein kriminelles Verhalten mit Strafen reagiert, die Täter für ihr Vergehen verurteilen und bestrafen muß. Wenn der Staat aber verurteilt, dann verlangt es die Gerechtigkeit, daß die Schwere der Sanktion mit dem Grad der Strafwürdigkeit der Tat übereinstimmt. Hier liefert uns die empirische Forschung aber keine einigermaßen eindeutigen Anhaltspunkte dafür, welche Strafhöhen optimal sind, welches die Mindeststrafen sind, die für ein Funktionieren des Strafverfolgungssystems notwendig sind, oder welche Strafform die effektivere ist.

Auch unter Verhältnismäßigkeitskriterien ist diese Frage nicht einfach zu klären: Eine Freiheitsstrafe von einem Monat kann von einem Täter subjektiv als schwerer empfunden werden als eine Geldstrafe von 10.000 DM - und umgekehrt. Zwar ist die Freiheit praktisch das einzige Gut, was aller Tätern gleichmäßig entzogen werden kann. Bei Geld spielt es eine entscheidende Rolle, ob man überhaupt etwas und wieviel man davon hat. Daraus kann aber nicht automatisch auf die

Gerechtigkeit oder Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges geschlossen werden, der unterschiedliche Täter unterschiedlich schwer trifft. Im übrigen ist bei der Beurteilung, welche Sanktion nicht nur tatproportional und damit schuldangemessen, sondern auch rechtlich zulässig ist, die Verfassung als Maßstab anzulegen. Bei dieser Prüfung könnte man über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu dem Ergebnis kommen, daß der Strafvollzug, der als (derzeit) schwerste Sanktion in das von der Verfassung hoch bewertete Rechtsgut "persönliche Freiheit" (Art. 2 Abs.2 GG) eingreift, unter dem Aspekt der Güterabwägung und der Verhältnismäßigkeit nur in seltenen Fällen und vor allem dann, wenn er zum Schutze der Freiheitsrechte anderer notwendig ist, angeordnet werden dürfte⁴². Denn immerhin rangiert die Freiheit der Person, die vom Grundgesetz als "unverletzlich" bezeichnet wird, an vorderer Stelle in der Verfassung, während zum Beispiel das Eigentum nach Art. 14 Abs.1 nur "gewährleistet" wird.

Damit ist zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Frage, wann eine Strafe die Kriterien der Verhältnismäßigkeit und Gerechtigkeit erfüllt, nicht umfassend beantwortbar. Rechtssicherheitsaspekte können aber im Rahmen einer Straftheorie, die sich an dem Aspekt der Gerechtigkeit und Tatproportionalität orientiert, angemessener berücksichtigt werden als unter einer resozialisierungs- und behandlungstheoretischen Begründung von Strafen. Damit ist noch nicht die Frage geklärt, ob und warum der Staat strafen muß⁴³ und ob Strafe überhaupt notwendig ist

⁴² Vgl. die Arnoldshainer Thesen

⁴³ Hier können generalpräventive Aspekte ins Spiel kommen, zumindest als Begründung dafür, daß der Staat überhaupt eine Reaktion auf kriminelles Verhalten zeigen sollte, ohne eine Aussage darüber zu machen, wieviel

zur Aufrechterhaltung bestimmter moralischer Einstellungen. Wir wissen nicht genau, welche Rolle die Tatsache der Strafandrohung für ein normkonformes Verhalten spielt und welche Bedeutung in diesem Zusammenhang andere, moralische, soziologische oder psychologische (z.B. Gruppen-) Kriterien spielen. Die deutschen Forschungen zur generalpräventiven Wirkung von Strafen lassen den Schluß zu, daß die staatliche Strafandrohung eher sekundäre Bedeutung besitzt. Dennoch wird ein Verzicht auf staatliches Strafen nicht zu rechtfertigen sein. Die Gefahr, daß es dann zu einer Eskalation krimineller Verhaltensweisen auf der einen und Selbstschutz- und Rachereaktionen auf der anderen Seite kommen kann, liegt nahe.

Fraglich ist zudem, ob ein Nachweis der generalpräventiven Wirkung überhaupt notwendig ist. Die Rechtfertigung staatlichen Strafens kann alleine aus der moralischen Einsicht heraus geschehen, daß eine Person für das, was sie getan hat, verantwortlich ist und zur Rechenschaft gezogen werden muß. Dabei spielt das Verhältnismäßigkeitsprinzip zwischen Tat und Reaktion, das neben dem juristischen auch eine unabhängige ethische Grundlage hat, eine zentrale Rolle - womit wir wieder bei dem Ausgangspunkt angelangt sind und ein Resümée unserer Überlegungen versuchen können.

Traditionell hat sich das Strafgesetz und auch die Kriminologie vorrangig an den individuellen Tätern orientiert. Dabei spielten

Strafe notwendig ist. Dieser Aspekt, bereits vor längerer Zeit von Hart entwickelt (Hart, H.C.A., 1968), wurde von Klaus Mäkelä aufgegriffen, der davon ausgeht, daß die Frage der Strafhöhe aufgrund von normativen Entscheidungen vor dem Hintergrund des Gerechtigkeitsgedankens zu beantworten ist.

entweder deren persönliche oder sozialen Defizite eine Rolle, oder aber der Umgang der Institutionen mit diesen Tätern wurde (meist kritisch) thematisiert. Labelling-Approach und Stigmatisierung sind die Stichworte, die Ihnen dazu sicherlich einfallen.

Die "neue Pönologie"⁴⁴ (also die Lehre von der Bestrafung) beschäftigt sich nun nicht mehr mit den Defiziten oder Benachteiligungen einzelner Täter oder mit der Beziehung zwischen individuellem Täter und Gesellschaft, wie dies die neuere, wenn man so will progressive Kriminologie tat. Sie stellt vielmehr darauf ab, wie man strafrechtlich relevante Verhaltensweisen am besten im Strafjustizsystem managen kann, d.h. wie sich Aufwand und Ergebnis hier am ehesten in Übereinstimmung bringen lassen.

Die neue Pönologie kümmert sich nicht mehr um individuelle Verantwortlichkeit, Schuld, Diagnose und Prognose oder Behandlung.

Es geht nicht mehr darum, zu intervenieren oder auf individuelle oder soziale Defizite und Abweichungen zu reagieren. Es geht darum, abweichendes Verhalten zu regulieren und nach einer systematischen Rationalität und Effizienz mit Hilfe einer Kosten-Nutzen-Abwägung entsprechende Kontroll- und Sanktionsstrategien zu entwickeln.

Der Aspekt der Resozialisierung wird durch den der Kriminalitätskontrolle ersetzt. Da es keine objektiven Kriterien gibt, wie diese Kriminalitätskontrolle durch individuelle Strafzumessung und individuelle Behandlung beeinflusst werden kann, wendet man sich der Frage zu, wie man diese Kriminalitätsbewältigung in der Gesellschaft

⁴⁴ Feeley/Simon 1992, S. 443 (Criminology 30, 4)

am besten organisieren kann. Das Ziel ist nicht mehr, Kriminalität zu bekämpfen oder gar zu eliminieren (daß dies nicht erreichbar ist, weiß man eigentlich schon lange, man will es nur nicht wahrhaben), sondern sie als gesellschaftliches Phänomen erträglich zu gestalten. Dabei geht es um eine systemische, methodische Organisation und Koordination aller Abläufe, die sich mit dem Problem beschäftigen. Es geht um **Risiko-Management** in einer "**Risiko-Gesellschaft**" (Beck) und nicht um Besserung oder Rehabilitation. Die von Konservativen und Progressiven gleichermaßen geforderte Abkehr von der Behandlungs- und Besserungsideologie des Strafrechts kann dann auch zu einer rationalen und vorurteilsfreien Diskussion darüber führen, wieviel Strafe in unserer Gesellschaft tatsächlich notwendig ist und was wir vernünftigerweise von dem Strafrechts- und von dem Strafverfolgungssystem erwarten dürfen.

Man kann dieses kritisch als "technokratische Rationalisation" beschreiben, wie Feeley und Simon dies tun und man kann den Vergleich ziehen zum Bildungswesen, wo es auch zunehmend eher darum geht, den Schülern oder Studenten beizubringen, wie man am besten Prüfungen und Tests besteht und weniger um die tatsächliche Vermittlung von Wissen (ich hoffe, wir haben dies an der FHPol anders gesehen). Man kann ihm aber auch positive Aspekte abgewinnen, insofern eine moralische Legitimation des Strafrechts i.S. der Besserung Einzelner oder gar der ganzen Gesellschaft aufgegeben wird und damit im wahrsten Sinne des Wortes **konservativen** im Sinne von bewahrenden Überlegungen wieder mehr Raum gegeben wird, die die Aufgabe des Strafrechts vorrangig unter Rechtsschutz- und Limitierungs-, d.h. unter Begrenzungsaspekten sehen. Das Strafrecht als

Ganzes wird wieder als ultima ratio, als letztes Mittel gesehen und nicht als beliebig nutzbares Steuerungsinstrument moderner komplexer Gesellschaften - wo es so untauglich ist wie die Sommerprise gegenüber der Lokomotive. Insofern kann die deutsche Strafrechtswissenschaft sich einerseits von der gegenwärtigen internationalen Entwicklung, die die Tatschuld in den Vordergrund stellt, bestätigt sehen. Andererseits fehlt es hierzulande noch an der nötigen Einsicht, daß "mehr vom selben", wie Watzlawick einmal gesagt hat, d.h. einfach mehr und längere Strafen, nicht zur Lösung des Problems beitragen. Ein klar strukturiertes, überschaubares und der Öffentlichkeit vermittelbares Strafverfahren, das weitestgehend auf die "stille" Erledigung von Verfahren verzichtet, macht lange und damit teure Sanktionen, deren negative Auswirkungen unbestritten sind, entbehrlich. Ein solchermaßen progressiver oder, wenn man so will, werte-konservative Ansatz einer Legitimation staatlichen Strafens käme dann indirekt auch der Polizei zugute. Sie kann dann als Gerechtigkeitsinstitution innerhalb eines klar strukturierten Strafrechtsprogrammes arbeiten und braucht sich nicht immer vorwerfen zu lassen, bei der "Kriminalitätsbekämpfung", die ohnehin als echte "Bekämpfung" nicht möglich ist, versagt zu haben.