

Unverkäufliche Leseprobe aus:

Rolf-Peter Calliess

**Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen
Rechtsstaat**

Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagen-
diskussion

Alle Rechte vorbehalten. Die Verwendung von Text und Bildern,
auch auszugsweise, ist ohne schriftliche Zustimmung des Verlags
urheberrechtswidrig und strafbar. Dies gilt insbesondere
für die Vervielfältigung, Übersetzung oder die Verwendung
in elektronischen Systemen.

© S. Fischer Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Inhalt

Einleitung	9
----------------------	---

Erster Teil: Theorie des Strafrechts und Theorie der Strafe

1.	Das positive Recht als Ausgangspunkt	15
1.1.	Die Struktur der Strafrechtssätze	15
1.2.	Regelung und Steuerung	17
1.3.	Strafrechtstheorie oder Straftheorie	27
2.	Positives Strafrecht und Strukturwandel der Gesellschaft	31
2.1.	Gesellschaftliche Funktion des positiven Rechts .	34
2.1.1.	Repressive und restitutive Sanktionen	35
2.1.2.	Die Geburt der Strafe	37
2.1.3.	Konzept der Freiheitsstrafe	37
2.2.	Rechtstheoretische Konzeption und positives Recht	39
2.2.1.	Naturrecht und Rechtspositivismus	40
2.2.2.	Positives Recht ohne Theorie	43
2.2.3.	Subjekt-Objekt-Trennung und Intersubjektivitätsrelation	45
3.	Strafrechtstheorie und Strafrechtswissenschaft .	49
3.1.	Strafrechtstheorie und interdisziplinärer Bezug .	49
3.2.	Die bisherigen Konzepte der Strafrechtswissenschaft	51
3.2.1.	»Reine« Strafrechtswissenschaft	56
3.2.2.	»Gesamte« Strafrechtswissenschaft	58
3.3.	Strafrechtswissenschaft als Strukturwissenschaft .	61
3.3.1.	Struktur der Strafrechtssätze und demokratisch-sozialer Rechtsstaat	61
3.3.2.	Strafrechtswissenschaft zwischen normativer Geisteswissenschaft und Naturwissenschaft . .	62
3.3.3.	Komplementarität der Forschungsansätze . . .	67
3.3.4.	Erkenntnisinteresse der Strafrechtswissenschaft .	70

Zweiter Teil: Strafrechtstheorie als Theorie des positiven Rechts

1.	Strafrechtstheorie als Strukturtheorie des Sozialen und der Gesellschaft	77
2.	Recht als dialogische Struktur von sozialen Systemen	80
2.1.	Strafrechtliche Regelung als Interaktions- und Kommunikationsprozeß	81
2.2.	Reziprozität der Perspektiven	83
3.	Der Entscheidungscharakter des positiven Rechts	87
3.1.	Positivität und Machbarkeit des Rechts	88
3.2.	Reflexivität und sprachliche Vermittlung der Strafrechtssätze	90
4.	Strafrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht .	94

Dritter Teil: Strafe als dialogischer Prozeß

1.	Prozesse der Zurechnung	97
1.1.	Verfahren als Kommunikation	97
1.1.1.	Straftat und Straftäter	97
1.1.2.	Partizipation im Verfahren	99
1.1.3.	Darstellungsleistungen der Beteiligten	103
1.1.4.	Zurechnung im sozialen System	107
1.2.	Kriminalitätsgenese und Sozialisation	108
1.2.1.	Sanktion als Mechanismus der Sozialisation	110
1.2.2.	Ich-Identität und dialogische Struktur	111
1.2.3.	Sanktionstechniken und Persönlichkeitsentwicklung	114
1.2.4.	Kriminalität und Straffälligkeit als Sozialisationsprodukt	117
2.	Strafrecht als Rechtsgüterschutz	122
2.1.	Die Legitimationsfunktionen von Rechtsgüterschutz und Strafrecht	123
2.2.	Schutz von inter-systemischer Komplexität	125
2.2.1.	nulla poena sine lege	125
2.2.2.	Staatliche Sanktion und Entdifferenzierung der Sozialstruktur	126
2.3.	Schutz von intra-systemischer Konsistenz	128
2.3.1.	Strafe als ultima ratio der Sozial- und Bildungspolitik	128

2.3.2.	Rechtsgüter als strategisch zentrale Kommunikationsmechanismen in sozialen Systemen	130
2.4.	Strafe als Schutz von Partizipationschancen in sozialen Systemen	133
2.4.1.	Straftat und Reziprozität der Perspektiven	133
2.4.2.	Bisherige Rechtsgutsbegriffe	135
2.4.3.	Rechtsgüterschutz durch strafrechtliche Sanktionen	143
3.	Strafrechtliche Sanktionen und ihre Funktion	155
3.1.	Sanktion als Variation von Partizipation in sozialen Systemen	155
3.1.1.	Sanktionsarten des positiven Rechts	156
3.1.2.	Die Funktion freiheitsentziehender Sanktionen	158
3.1.3.	Vollzugsziel und Vollzugsstruktur	158
3.1.4.	Lernprozesse und soziale Interaktion	161
	3.1.4.1. Arbeit und Freizeit	163
	3.1.4.2. Ausbildung	165
	3.1.4.3. Therapeutische Prozesse	166
3.1.5.	Anspruch auf Arbeit, Ausbildung und Therapie	168
3.1.6.	Lernprozesse und Sozialstruktur	169
3.1.7.	Bedeutung sozialer Bezugsgruppen	171
3.1.8.	Die Funktion partiell freiheitsentziehender Sanktionen	173
3.2.	Strafe und Maßregel	176
3.2.1.	System der Zweispurigkeit	177
3.2.2.	Schuld und Strafe	179
	3.2.2.1. Schuld als Haftungsgrund	180
	3.2.2.2. Schuld und Strafzumessung	186
3.2.3.	Zweiteilung des Strafverfahrens	193

Vierter Teil: Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

1.	Rechts- und sozialstaatliche Perspektiven des Strafrechts	199
2.	Das Demokratieprinzip und seine Funktion für das Strafrecht	206
	Literaturverzeichnis	212
	Nachwort	232
	Sachregister	233

Einleitung

Mit der Verabschiedung des Ersten und Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts durch den Bundestag im Jahre 1969 ist die Diskussion um die Reform des Systems strafrechtlicher Sanktionen in der Bundesrepublik zu einem vorläufigen Abschluß gelangt. Steht auch das Strafvollzugsgesetz noch aus, so sind doch die Grundsatzentscheidungen gefallen.

Das macht eine Grundlagenreflexion auf die strafrechtlichen Sanktionen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats erneut möglich und nötig zugleich. Möglich erneut, weil einerseits das System der strafrechtlichen Sanktionen im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs einer so umfassenden Reform unterzogen worden ist, daß sich eine Reflexion auf die strafrechtsdogmatischen Grundlagen angesichts der gewandelten positivrechtlichen Voraussetzungen nicht notwendig auf die Reproduktion bereits bekannter Positionen beschränken muß. Nötig zugleich, weil andererseits die getroffenen Regelungen den überkommenen Konflikt zwischen Schuldstrafrecht und Maßregelrecht nicht nur tradieren, sondern ihn im Gegenteil – so paradox das klingen mag – noch verschärfen, indem sie ihn zu nivellieren trachten. Ein Strafrecht, das von der grundsätzlichen Verschiedenheit von Strafe und Maßregel ausgeht, sie aber zugleich durch die Möglichkeit des »Vikariierens« fast bis zur Unkenntlichkeit wieder verwischen kann, indiziert nicht nur gelegentliche Inkonsistenzen, die sich einfach auf systematischer oder auf kriminalpolitischer wie gesetzgeberischer Ebene pragmatisch durch Entscheidung beheben lassen. Vielmehr liegt die Vermutung nahe, daß die bisherigen Basislegitimationen des Strafrechts so fragwürdig geworden sind, daß die bestehenden Aporien nicht ohne eine Revision der strafrechtstheoretischen Grundlagen behoben werden können. Doch diese »Krise der Zweispurigkeit«, die die Krise des Strafverständnisses ausdrückt, steht nur für eine Fülle anderer Aporien, welche bei der Behandlung des zentralen Strafproblems gleichfalls in den Blick kommen. So repräsentieren die Schwierigkeiten, die Funktionen und das Verhältnis von Schuld und strafrechtlicher Sanktion, von Tatzurechnung und Strafzumessung, von materiellem Strafrecht und Strafvollzug zu bestimmen, die rechts- und sozialstaatlichen Perspektiven im Strafrecht zur Deckung zu bringen und eine Verklamme-

rung von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik wie auch Kriminologie und Poenologie zu leisten, lediglich andere Dimensionen der gleichen aporetischen Lage.

In den geschilderten Aporien spiegelt sich der Umbruch vom klassischen Vergeltungsstrafrecht zu einem modernen Resozialisierungsstrafrecht, wie er sich in der jüngsten Zeit auch in der Bundesrepublik in verstärktem Maße vollzogen hat. Mit dem Wandel zum Resozialisierungsstrafrecht wird aber stärker als bisher das Problem der strafrechtlichen Sanktionen zu einem zentralen Gegenstand strafrechtswissenschaftlicher Reflexion. Die Strafrage, die bislang mehr als Annex der Tat- und Schuldfrage behandelt wurde, gerät nun zum gleichrangigen Thema strafrechtlicher Dogmatik. Das kann auf längere Sicht nicht ohne weitreichende Konsequenzen bleiben. Sie werden im Bereich der Dogmatik nicht nur darin zu suchen sein, daß die strafrechtlichen Sanktionen eine eingehendere systematische Behandlung als bisher erfahren werden, sondern auch darin, daß vom Aspekt der Strafe her die künftige Entwicklung der Lehre von den Strafbarkeitsvoraussetzungen mehr als bisher nachhaltige Impulse empfangen wird. Freilich steht die Dogmatik strafrechtlicher Sanktionen ganz anders als die Verbrechensdogmatik, die in der deutschen Strafrechtswissenschaft im internationalen Vergleich seit langem einen hohen Standard erreicht hat, noch am Anfang der Entwicklung. Einen Beitrag zur notwendigen Grundlegung der Dogmatik auch von der Seite der Sanktionen her zu leisten, ist deshalb das zentrale Anliegen dieser Untersuchung. Als Grundlagenreflexion auf das Problem der Strafe zielt sie damit nicht auf einen direkten Beitrag zu gesetzgeberischen Alternativlösungen im Blick auf das Sanktionensystem. Sie sucht vielmehr auf der Basis eines strafrechtstheoretischen Denkansatzes einen Beitrag zu jener notwendigen Grundlagenreflexion strafrechtsdogmatischer Positionen zu leisten, die eine weiterführende Strafrechtsreform erst ermöglicht. Die Notwendigkeit einer solchen Grundlagenreflexion wird heute allenthalben gesehen. Unter einer Fülle von einzelnen Problemaspekten wie der Strafzumessung, dem Strafvollzug oder auch einzelner strafrechtlicher Sanktionen ist die Grundlagen Diskussion in jüngster Zeit verstärkt in Gang gekommen. Sie hat den gesetzgeberischen Reformprozeß mit initiiert, ihn begleitet oder sich an ihn angeschlossen, und sie war flankiert durch ein breites Spektrum kriminalpolitischer, kriminologischer und poenologischer Erwägungen. Ist es auch gegenwärtig angesichts der Fülle des gewonnenen Materials noch kaum möglich, die Folgen der bisher erarbeiteten Ergebnisse in ihrer Tragweite in allen Einzelheiten zu überblicken, so ist doch schon so viel deutlich, daß eine Reihe von systematischen

Konsequenzen gezogen werden müssen. Blickt man auf die Vielfalt der gewonnenen Einzelergebnisse, so erscheint es auf der Basis der neuen Gesetzeslage erforderlich, den Versuch zu unternehmen, das Erreichte zu sichten und zugleich im Rahmen einer Grundlagenreflexion auf das Problem der Strafe zu erörtern. Einer solchen Grundlagendiskussion bedarf es aber nicht nur, um den gesetzgeberisch vollzogenen Schritt zum Resozialisierungsstrafrecht dogmatisch zu reflektieren, sondern auch, um den erzielten Fortschritt zugleich strafrechtstheoretisch aufzuarbeiten und ihn dadurch vor der Gefahr eines Rückfalls auf traditionelle Positionen zu bewahren, die dann droht, wenn die Diskussion auf dem Hintergrund einer unbereinigten Theorie fortgeführt wird. Die Diskussion strafrechtsdogmatischer Positionen muß deshalb die Reflexion auf die ihnen zugrunde liegenden rechtstheoretischen Implikationen einschließen. Es liegt nämlich die Vermutung nahe, daß die eingangs geschilderten Aporien, die die gegenwärtige Grundlagenkrise des Strafrechts indizieren, nicht zuletzt auf der Verwendung von überkommenen Denkmodellen beruhen, die revidiert werden müssen, wenn weiterführende Problemlösungen ermöglicht werden sollen.

Die Arbeit sucht deshalb das Verständnis strafrechtlicher Sanktionen nicht im herkömmlichen Rahmen einer *Straftheorie*, sondern in einem Neuansatz auf der Grundlage einer *Strafrechtstheorie* zu entfalten. Die Kriterien für die zu entwickelnde Stellungnahme werden dabei entfaltet aus einer an den Strafrechtssätzen des positiven Rechts festgemachten dialogischen Strukturtheorie des Rechts. In Anknüpfung an die den Strafrechtssätzen im Strafgesetzbuch zugrunde liegende Struktur der sozialen Interaktion wird ein Verständnis von der Strafe entwickelt, das diese nicht einfach als Rechtsfolge, als Folge einer vorgängig im Schuldspruch festgestellten Rechtslage, sondern als Element eines kommunikativen und sozialen, rechtlich geregelten Zusammenhanges begreift. Indem Tat und Strafe als Elemente eines Bezuges gesehen werden, der beide in ihrer Bedeutung wechselseitig konstituiert, kann auch das Verständnis der Strafe nur noch aus diesem Zusammenhang und nicht mehr mit Hilfe quasi »von außen« an das Recht herangetragener metaphysischer oder spekulativer Annahmen erschlossen werden. Letzteres ist der traditionelle Lösungsweg, der sich in einem Modell nahelegt, das die Strafe nicht so sehr als Element einer rechtlichen Struktur von wechselseitig aufeinander rückbezogenen, kommunikativen Interaktionen, sondern vor allem als Folge vorausgegangenen Verhaltens versteht. Erst von einem erweiterten Denkansatz erschließt sich ein Verständnis von der Strafe als Neudefinition einer sozialen Situation, als Umstrukturierung und Her-

stellung von Kommunikations- und Partizipationschancen in der Gesellschaft im Blick auf die Zukunft.

Die den Strafrechtssätzen zugrunde liegende Struktur der sozialen Interaktion wird in einer Strafrechtstheorie reflektiert, die nicht nur als regionale Teiltheorie einer Strukturtheorie des positiven Rechts entwickelt wird, sondern die zugleich auch einen strafrechtswissenschaftlichen Beitrag zu einer allgemeinen Strukturtheorie des Sozialen und der Gesellschaft darstellen will. Damit ist ein weiterführender Ansatz für eine Reflexion auf die strafrechtsdogmatischen Grundlagen und auch ein Bezugsrahmen gewonnen, der eine Verklammerung der bis dahin getrennten Problembereiche von Strafrechtsdogmatik, Kriminalpolitik, Kriminologie und Poenologie in einer »Gesamten Strafrechtswissenschaft« ermöglicht. Indem die Arbeit von der den Strafrechtssätzen zugrunde liegenden Struktur kommunikativen Handelns ausgeht und indem sie im Versuch einer sozialwissenschaftlichen Fundierung der Strafrechtsdogmatik interaktionistische und systemtheoretische Ansätze verbindet, will sie zu einer kritisch reflektierten Strafrechtstheorie und einem Verständnis strafrechtlicher Sanktionen gelangen, das sich mit der Staatszielbestimmung des Grundgesetzes vom demokratischen und sozialen Rechtsstaat zur Deckung bringen läßt.

Erster Teil:

Theorie des Strafrechts und Theorie der Strafe

1. Das positive Recht als Ausgangspunkt

Gegenstand einer strafrechtstheoretischen Reflexion auf die Strafe als Sanktion des demokratischen und sozialen Rechtsstaats ist das positive Recht. Nicht mittels Spekulation oder Metaphysik¹, nicht durch den Rückgriff auf außerrechtliche oder vorrechtliche Annahmen läßt sich das »Wesen« der Strafe als kriminalrechtliche Sanktion erhellen. Jede Analyse zum Problem der Strafe muß vielmehr, wenn sie strafrechtswissenschaftlich begründet sein soll, vom positiven Recht ausgehen und sich daran legitimieren. Sie muß dabei die idealtypische Struktur derjenigen Strafrechtssätze herausarbeiten, welche die konstitutiven Elemente des Verständnisses von Strafe und positivem Recht enthalten. Als Ausgangspunkt für die Analyse der Struktur der Strafrechtssätze soll – mit freilich paradigmatischem Stellenwert – die Diebstahlsbestimmung des Strafgesetzbuches dienen: »Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen *Diebstahls bestraft*.«²

1.1. DIE STRUKTUR DER STRAFRECHTSSÄTZE

Den Anknüpfungspunkt für den Versuch, die Funktion der Strafe zu bestimmen, bilden also jene vollständigen Sätze des Strafrechts im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches, die bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine Sanktion ver-

¹ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil, vorgelegt von Jürgen Baumann, Anne-Eva Brauneck, Ernst-Walter Hanack, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Ernst-Joachim Lampe, Theodor Lendner, Werner Maihofer, Peter Noll, Claus Roxin, Rudolf Schmitt, Hans Schultz, Günter Stratenwerth, Walter Stree, Tübingen 1966, 2. Aufl. 1969, 29: Begründung zu § 2: »Strafe zu verhängen ist kein metaphysischer Vorgang [...]« Dazu u. a.: Werner Maihofer, Die kriminalpolitische Konzeption unseres künftigen Strafrechts. In: Blätter für Strafvollzugskunde. Beilage zum Vollzugsdienst, H 2 1966, 1 ff. Claus Roxin, Strafzweck und Strafrechtsreform. In: Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer. Hg. v. Jürgen Baumann. Frankfurt/Main 1968, 75 ff. Peter Noll, Strafe ohne Metaphysik. In: Mißlingt die Strafrechtsreform? Der Bundestag zwischen Regierungsentwurf von 1962 und Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer von 1966. Hg. v. Jürgen Baumann. Neuwied und Berlin 1969, 48 ff.

Zur neueren Entwicklung im Ganzen: Heinz Müller-Dietz, Strafbegriff und Strafrechtspflege, Berlin 1968, bes. 13 ff.

² § 242 Absatz 1 StGB. Hervorhebungen von mir.

hängt werden darf, die also ein Rechtsverhältnis zwischen dem Täter und dem Sanktionsberechtigten formulieren. Nicht dagegen wird etwa von jenen Sätzen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches ausgegangen, welche die einzelnen Arten der Sanktionen näher bestimmen und die oben genannten Strafrechtssätze lediglich ergänzen. Auf diese wird erst in einem späteren Abschnitt der Darlegungen zurückzukommen sein. Würde man sie nämlich zum Ausgangspunkt einer Reflexion über das Problem der Strafe machen, so wäre man unversehens wieder bei jenen Theorien angelangt, die die Strafe aus den dem positiven Recht vorgelagerten, weil aus ihm nicht unmittelbar zu erschließenden »Zwecken« und »Zielen« staatlichen Handelns legitimieren müssen.

Sucht man nun die Struktur der Strafrechtssätze am Beispiel der eingangs genannten Diebstahlsbestimmung zu analysieren, so werden zunächst drei Konstituentien für das Verständnis von Strafe und positivem Recht deutlich: 1. Die Strafrechtssätze kennen nicht gegeneinander isolierte Subjekte – den Täter, der die strafbare Handlung begeht, oder den Richter, der die Strafbarkeit der Handlung feststellt –, sondern stets mehrere, in einem spezifischen Handlungszusammenhang stehende Personen oder Personengruppen. 2. Dieser Zusammenhang ist zunächst durch ein Subjekt gekennzeichnet, das sich in bestimmter Weise verhält, in der Regel aktiv handelt – wir bezeichnen es als *Ego*. Dann durch einen Anderen, der diesem Handlungszusammenhang ebenfalls angehört und auf den sich die Handlung von *Ego* bezieht – wir bezeichnen ihn als *Alter*. Implizit wird ferner das Subjekt einer »reaktiven« Handlung angenommen, das auf die Handlung von *Ego* zu antworten hat – wir nennen es *Dritter*. Das Gesetz setzt, zumal es diesen Handlungszusammenhang im Medium der Sprache erfaßt, einen sprachlich vermittelten Interaktions- und Kommunikationsprozeß zwischen den idealtypisch als *Ego*, *Alter* und weiteren Anderen – Dritten – bezeichnbaren Subjekten voraus. Dieser Strukturzusammenhang kann normativ auch als Komplex von wechselseitig aufeinander rückbezogenen Erwartungen beschrieben werden, als ein kommunikatives Netz, in dem nicht nur das Verhalten, sondern auch die Erwartungen der anderen erwartet werden können. So hat *Ego* nicht nur ein bestimmtes Verhalten des sanktionsberechtigten Dritten als Antwort auf sein Handeln zu erwarten, sondern *Ego* erwartet auch, daß der Dritte und *Alter* erwarten, daß es sich von deren Erwartungen zu normgemäßem Verhalten bestimmen lassen werde. 3. Die strafrechtlich geregelten Interaktionen und Kommunikationen sind durch ihre inhaltliche Beschreibung etwa als Diebstahl, Betrug, Hochverrat oder Verkehrsvergehen bestimmten gesellschaftlichen Sinnzusam-

menhängen zugeordnet: der Wirtschaft, dem Staat oder dem Straßenverkehr, die als *soziale Systeme* bezeichnet werden sollen.

Wenn *Ego* ein *Alter* bestiehlt, kann er von einem *Dritten* bestraft werden. Das ist die typische Struktur der Strafrechtssätze. Als typische Struktur der Strafrechtssätze bezeichnen wir sie deshalb, weil sie eine Struktur ist, die allem Sozialen und damit auch den Strafrechtssätzen zugrunde liegt. Als die die Strafrechtssätze fundierende Struktur ist sie nicht nur die logische Struktur des einen oder anderen Strafrechtssatzes. Sie ist vielmehr die Struktur der kommunikativen Handlungen überhaupt. Und weil die Strafrechtssätze sich auf kommunikatives Handeln beziehen und von daher auch Schemata richtigen oder verbotenen Handelns formulieren, können sie die Struktur kommunikativen Handelns überhaupt in ihrer logischen Form auch spiegeln. Die Strafrechtssätze können die ihnen zugrunde liegende kommunikative Struktur von *Ego*–*Alter* und *Drittem* in ihrer logischen Form abbilden, müssen es aber nicht. Denn Normtext und Normstruktur sind nicht notwendig identisch³.

Die Strafrechtssätze stellen die Interaktionen zwischen dem Täter und der Gesellschaft unter einer doppelten Perspektive dar: Zum einen unter dem Aspekt der strafbaren Handlung und der darauf bezogenen Aktion des Sanktionsberechtigten. Das ist die Perspektive der Strafbeziehung. Zum anderen unter dem Aspekt von Täter und übriger Gesellschaft. Das ist die Perspektive der Rechtsgutsverletzung. Sie ist in einer Reihe von Strafrechtssätzen als Relation von *Ego* und *Alter* nicht ausdrücklich genannt. Das hat tatbestandstechnische, aber nicht prinzipielle Gründe. Auch jenen Strafrechtssätzen, die – anders als es beim hier gewählten paradigmatischen Ausgangspunkt der Diebstahlsbestimmung der Fall ist – *Alter* nicht ausdrücklich nennen, liegt die gleiche triadische Normstruktur von *Ego* – *Alter* und *Drittem* zugrunde. Dies gilt es später näher zu begründen.

1.2. REGELUNG UND STEUERUNG

Damit ist ein Ansatz programmatisch skizziert, den es im Laufe der Untersuchung zu entfalten gilt. Doch zunächst muß

³ Vgl. dazu: Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, Berlin 1971, 113 f. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt 1970, 30. Aus einer etwaigen Divergenz zwischen Normtext und Normstruktur lassen sich vor allem unmittelbar keine dogmatischen Schlüsse etwa dahingehend ziehen, daß, wenn *Alter* in einer Reihe von Strafrechtssätzen, wie etwa den Delikten gegen die Allgemeinheit, nicht ausdrücklich genannt ist, die den Strafrechtssätzen zugrunde liegende Struktur nur für Individualdelikte gelte.

die allgemeine Geltung der im ersten Schritt vorgenommenen Explikation der Struktur der Strafrechtssätze unterstellt werden. Die programmatische Skizze war nötig, um in einem ersten Umriß den Rahmen zu gewinnen, in dem ein weiterführendes Strafverständnis entwickelt und die rechtstheoretischen Implikationen jener eingangs geschilderten Aporien diskutiert werden können, die die Grundlagenkrise des Strafrechts indizieren. In einem Vorgriff auf das Verständnis strafrechtlicher Sanktionen ließe sich also sagen, daß diese ein konstitutives Element der kommunikativen Struktur der Strafrechtssätze bilden. Stellt sich das Recht als ein Netz erwartbarer Interaktionen und Kommunikationen in sozialen Systemen dar, so ist die Strafe Moment eines komplexen rechtlichen Regelungsprozesses von wechselseitig aufeinander rückbezogenen kommunikativen Aktionen. Strafe ist als konstitutives Element der rechtlichen Interaktions- und Kommunikationsstruktur zu verstehen. Diese vermittelt als Orientierung das Handeln von Ego und Alter, indem sie als negative Normierung sozialen Handelns dieses qua Normierung auf Dauer stellt und mögliches abweichendes Verhalten als solches kennzeichnet und unter Sanktion stellt. Der skizzierte intersubjektive Zusammenhang läßt das Recht, wie noch darzulegen sein wird, in seiner Positivität erst in Erscheinung treten. Denn es wird in gesellschaftlichen Interaktions- und Kommunikationsprozessen durch Entscheidung gesetzt und verändert.

Als Element eines solchen Interaktions- und Kommunikationszusammenhanges ist Strafe bis in die Gegenwart kaum zum Gegenstand strafrechtswissenschaftlicher Grundlagenreflexion gemacht worden. Die Folge war, daß die soziale Funktion der Strafe nicht aus dem intersubjektiven Zusammenhang, dem sie angehört, begründet werden konnte, sondern erst durch zusätzliche, außerpositive Annahmen inhaltlich bestimmt werden mußte. Hier stellt sich nun gleich die Frage, warum dieser kommunikative Strukturzusammenhang meist ausgeklammert wurde. Zunächst liegt die Vermutung nahe, daß bislang zwei verschiedene Kategorien, die grundlegende Bedeutung für das Verständnis der Rechtssätze haben, nämlich »Regelung« und »Steuerung« gleichsam in einer Engführung des rechtstheoretischen Denkansatzes so miteinander konfundiert waren, daß jener kommunikative Strukturzusammenhang nicht mehr zur Geltung gebracht werden kann.

Zwei miteinander verflochtene Grundannahmen haben bisher idealtypisch das Verständnis der Strafrechtssätze und damit das der Strafe bestimmt. Herkömmlich werden die Normen des Rechts als direkte *Anweisungen* an menschliche *Individuen* verstanden, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder

zu unterlassen⁴. Zum einen liegt dieser Auffassung die auf das rationalistische Naturrecht und den deutschen Idealismus zurückführbare normative Modellvorstellung zugrunde, daß Rechtssätze grundsätzlich als Bestimmungen *individueller* Handelns gesehen werden müssen. Daß das nicht notwendig so sein muß, sondern daß Normen zumal intersubjektive Zusammenhänge vermitteln, ist im ersten Vorgriff einer an den positiven Strafrechtssätzen festgemachten Analyse der Normstruktur bereits deutlich geworden. »Nichts steht der Vorstellung entgegen, daß sich auch das organisierte Zusammenwirken mehrerer an die Grenzen der rechtlichen Normen zu halten habe. Man kann das Verhalten der sozialen und sozio-technischen Systeme als Ganzes an den Normen messen und die Verantwortung des einzelnen nach seiner Stellung im Netzwerk der Systeme bestimmen. Man gibt dadurch weniger von dem Geist des klassischen normativen Modells auf, als wenn man Leerformeln einführt, die die Funktion haben, Korrekturen ad hoc zuzulassen«^{4a}. Zum anderen liegt dem Verständnis, daß Normen als *Anweisungen* an den einzelnen zu begreifen sind, idealtypisch die Vorstellung zugrunde, daß das Verhalten durch Normen *gesteuert* wird. In der »Steuerung« als Schema möglichen Handelns ist das reflexive Bewußtseinshandeln der Subjekte ausgeklammert. Die Subjekte werden nicht als Subjekt bewußten Handelns, welche einsehbaren »Regeln folgen«, gesehen, sondern auf ihre Funktion als Träger eines im stimulus-response-Schema ablaufenden Verhaltens reduziert. »Steuerung« ist für sich betrachtet ein Schema technischen Handelns, welches die Reflexion auf die handlungsleitenden Überzeugungen ausschließt und einzig auf die effiziente Anwendung der Normen gerichtet ist. Steuerung ist instrumentalistisch und irreflexiv zugleich, indem sie den Rekurs auf das, wonach und wozu gesteuert wird, also auf die Zwecke und Folgen des Handelns abschneidet. Mit der Ausklammerung der Dimension der Reflexivität und praktischen Intersubjektivität wird eine Konzentration auf die »rationale Wahl der Mittel« erreicht. Das, wonach und wozu man steuert, wird in Form des Gesetzes als eine gültige und auf Dauer-Gestellte-Intersubjektivität unterstellt, welche die Subjekte in vorgängiger Übereinstimmung verbinden soll.

⁴ Vgl. dazu: Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, Tübingen 1970, 13: »Die ›gesellschaftliche Rechtsordnung‹ enthält u. a. die an den einzelnen gerichteten [...] Verbote und Gebote. Als ›staatliche Rechtsordnung‹ dagegen begreifen wir die vom Gesetzgeber an die staatlichen Organe gerichteten Handlungsanweisungen; hier ist Rechtssatz die Anweisung, unter bestimmten Voraussetzungen eine bestimmte Handlung vorzunehmen: [...] z. B. wenn ein Mensch einen anderen [...] getötet hat, dann sollst du, Richter, ihn so und so bestrafen.« Auch: Armin Kaufmann, die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959, 3.

^{4a} So mit Recht: Lothar Philipps, Recht und Information. In: Rechtstheorie. Hg. v. Arthur Kaufmann, Karlsruhe 1971, 126.

Das Gesetz verbürgt im »Normalfall«, daß die handlungsleitenden Überzeugungen irreflexiv im Rücken bleiben und deshalb als Steuerungsfaktor fungieren können, ohne daß die in Frage stellende Reflexivität von Subjekten bemüht werden müßte. Ohne diese faktische Irreflexivität des »Normalen« wäre Rechtssicherheit auch nicht möglich.

Freilich kann das den Strafrechtssätzen zugrunde liegende, von der Interaktionsstruktur Ego – Alter und Dritter konstituierte, kommunikative und reflexive Handlungsgefüge nicht zureichend im Schema der Steuerung begriffen werden. Wird nämlich die Dimension der Intersubjektivität des Handelns ausgeblendet, so steht etwa auf der Seite des gesetzlichen Tatbestandes einseitig die Straftat im Vordergrund der Betrachtung. Der Täter verblaßt in den Strafrechtssätzen zum Schemen des »Wer«: Er wird nicht in kommunikativen Handlungssituationen begriffen, in denen er auf andere und auf Probleme antworten müßte, sondern er gilt als Verursacher einer Tat, die im zugrunde liegenden Modell kaum mehr auf Lebensgeschichte und gesellschaftlichen Zusammenhang zurückgeführt werden kann. Das Tatstrafrecht gilt es dann erst *nachträglich* durch die täterstrafrechtliche Komponente zu ergänzen. Das Ausblenden der kommunikativen Dimension führt zu einem Verständnis der Strafe, das deren soziale Funktion nicht zureichend in den Blick bekommt.

Unter dem Steuerungsaspekt können die Strafrechtssätze als konditionale Entscheidungsprogramme begriffen werden, die der Rechtsapparat anwendet. Wie alle Rechtssätze haben auch die Strafrechtssätze die Fülle möglicher Handlungsalternativen beschränkt und enthalten eine Regel darüber, was beim Vorliegen bestimmter Informationen zu geschehen hat: Wenn Diebstahl – dann Strafe. Wenn der gesetzliche Tatbestand x erfüllt ist, dann ist die Rechtsfolge y geboten. Versteht man nun die Rechtsnormen im herkömmlichen Sinn als Anweisungen an ein Individuum, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen, dann erscheint im Rechtskonkretisierungsprozeß durch den Richter die Strafe nur noch als Folge einer vorgängig festgestellten Rechtslage. Wird das Konditionalprogramm als Modell für das Verständnis der Strafrechtssätze und des Rechtsanwendungsprozesses zugrunde gelegt, dann bildet die Strafe den Endpunkt dieses Vorganges und über ihre soziale Funktion ist dann aus dem Vorgang selbst nichts auszumachen. Die Strafzumessung muß dann folgerichtig als »freie, soziale Bewertung der Tat innerhalb der gesetzlichen Schranken«^{4b} verstanden werden und inhaltliche Aussagen über die Funktion der Strafe lassen sich nur jenseits der

^{4b} Vgl. hierzu u. a.: Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, 1. Bd., Berlin 1925, 459.