

Mohr Siebeck  
72010 Tübingen  
Postfach 20 40  
ISSN 0022-6882

Redaktion:  
72074 Tübingen  
Wilhelmstraße 18  
jz@mohrsiebeck.com

Telefon  
(07071) 923-52  
Telefax  
(07071) 923-67  
www.juristenzeitung.de

# Juristen Zeitung

# 13

74. Jahrgang  
5. Juli 2019  
Seiten 633–688

Aus dem Inhalt:

**Christian Baldus**

Geschichte der Rechtsmethode – Methode der Rechtsgeschichte

**Josef Franz Lindner**

Prolegomena zu einer Theorie des Medizinrechts

**Tonio Walter**

Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts

**Michael Sonntag**

Die erbrechtliche Qualifikation des güterrechtlichen Viertels durch den EuGH und ihre Konsequenzen

BGH mit Anmerkung von

**Walter Bayer**

Zulassung verspätet zur Hauptversammlung angemeldeter Aktionäre – Abweichung eines Wahlvorschlags von DCGK-Empfehlungen

BGH mit Anmerkung von

**Haimo Schack**

Interessen von Urheber und Gebäudeeigentümer bei Entfernung einer Kunstinstallation



## Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg  
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.  
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg  
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz  
Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)  
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)  
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

## Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

13 74. Jahrgang  
5. Juli 2019

# JZ Juristen Zeitung

Inhalt

## Aufsätze

Professor Dr. **Christian Baldus**  
Geschichte der Rechtsmethode – Methode der  
Rechtsgeschichte **633**

Professor Dr. **Josef Franz Lindner**  
Prolegomena zu einer Theorie des Medizinrechts **639**

Professor Dr. **Tonio Walter**, RiBayObLG  
Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts **649**

## Besprechungsaufsatz

Professor Dr. **Michael Sonntag**  
Die erbrechtliche Qualifikation des güterrechtlichen Viertels  
durch den EuGH und ihre Konsequenzen **657**

## Umschau

### Tagungsbericht

Open Access in der Rechtswissenschaft –  
Pflicht oder Privatsache?  
Tagung am 18. und 19. Oktober 2018 in Frankfurt a.M.  
**Cordt-Magnus van Geuns-Rosch 666**

## Literatur

Chris Thomale: Der gespaltene Emittent  
Professorin Dr. **Katja Langenbucher**  
und **Jasper Wentz 668**

## Entscheidungen

EuGH, 1. 3. 2018 – C-558/16 Doris Margret Lisette  
Mahnkopf  
Erbrechtliche Qualifikation des „güterrechtlichen Viertels“  
(§ 1371 Abs. 1 BGB) **670**

BGH, 9. 10. 2018 – II ZR 78/17  
mit Anmerkung von  
Professor Dr. **Walter Bayer**  
Zulassung verspätet zur Hauptversammlung angemeldeter  
Aktionäre – Abweichung eines Wahlvorschlags von  
DCGK-Empfehlungen **672**

BGH, 21. 2. 2019 – I ZR 98/17  
mit Anmerkung von  
Professor Dr. **Haimo Schack**  
Interessen von Urheber und Gebäudeeigentümer bei  
Entfernung einer Kunstinstallation **680**

## JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/  
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **503\***  
Gesetzgebung **504\***  
Entscheidungen in Leitsätzen **505\***  
Neuerscheinungen **517\***  
Zeitschriftenübersicht **529\***  
Festschrift/Sammelwerke **533\***  
Impressum **535\***

Professor Dr. Tonio Walter, RiBayObLG, Regensburg\*

## Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts

Die Vergeltungsidee gilt als punitiv: Wer sie vertritt, steht in dem Verdacht, harte Strafen zu wollen und viel Strafrecht. Doch kann Vergeltung auch maßvoll und human sein, und oft gibt es selbst für Anhänger der Vergeltungsidee gute Gründe, auf Vergeltung zu verzichten. Zudem begründet die Vergeltungsidee das Strafrecht nicht nur, sondern schränkt es auch ein. Sie kann daher in der Kriminalpolitik als Waffe gegen die Inflation des Strafrechts Verwendung finden – während die herrschenden präventiven Straftheorien das Gegenteil tun.

### I. Vergeltung als Strafzweck

In der Strafrechtswissenschaft hat die Vergeltungsidee einen schweren Stand. Sie gilt als archaisch und wird verdächtigt, zu harten Strafen zu führen, ohne einen gesellschaftlichen Nutzen zu haben; vor allem nicht den, Delikte von der Art zu verhindern, die der zu bestrafende Täter begangen hat.<sup>1</sup> Letzteres trifft zwar zu, diskreditiert aber nicht die Vergeltungsidee. Denn sie beansprucht kein Monopol, wenn es darum geht, wie der Staat auf Unrecht zu reagieren habe, sondern liefert lediglich insoweit eine Legitimation, wie diese Reaktion in einer Strafe besteht. Und sie hat durchaus einen gesellschaftlichen Nutzen zum Ziel: Rechtsfrieden als Folge von Gerechtigkeit.<sup>2</sup> Außerdem hat sie nicht nur den Anspruch, dem Strafrecht ein Fundament zu geben, sondern will ihm auch Grenzen ziehen. In der kriminalpolitischen Diskussion taugt die Vergeltungsidee daher auch als ein Argument gegen die Ausdehnung des Strafrechts. Hingegen sind die herrschenden präventiven Straftheorien ein Motor der Strafrechtsexpansion. Dieser Zusammenhang findet bislang kaum Beachtung. Das soll dieser Beitrag ändern.

#### 1. Raser, Randalierer und Rechtsphilosophie

2017 kam es in Hamburg beim G20-Gipfel zu schweren Ausschreitungen. Hamburgs damaliger Erster Bürgermeister Olaf Scholz forderte „sehr hohe Strafen“ für die Randalierer, und die meisten dürften ihm zugestimmt haben.<sup>3</sup> Warum? Wahrscheinlich, weil fast alle Menschen solche Randalie für niederträchtige Handlungen halten und meinen, dass die Täter für sie zu büßen haben. Anders indes sehen dies die deutschen Strafrechtslehrer. Sie sind mehrheitlich überzeugt, dass Strafen gegen die Hamburger Randalierer nur folgende drei Zwecke verfolgen könnten: erstens den, die Täter möglichst schnell zu resozialisieren, so dass sie fürderhin rechtskonform leben (Spezialprävention). Zweitens den, die Bürger darauf hinzuweisen, dass es weiterhin verboten ist, fremde Autos anzuzünden (positive Generalprävention). Und drittens den Zweck, Aktivisten künftig von solchen Taten ab-

zuschrecken (negative Generalprävention). Herrschend dürfte die Ansicht sein, man habe diese drei Strafzwecke miteinander zu kombinieren (Vereinigungstheorien).<sup>4</sup> Auf einen Nenner bringen lässt sich das alles mit dem Schlagwort „Prävention“. Prävention heißt Verhinderung. Verhindert werden sollen neue Taten von der Art des begangenen Delikts. Die Bestrafung eines Diebes hat also gemäß den herrschenden Präventionstheorien den Zweck, weiteren Diebstählen vorzubeugen.

Kein Strafzweck ist es nach Ansicht der deutschen Strafrechtslehrer hingegen, das zu tun, was Olaf Scholz wahrscheinlich gemeint hat, das heißt für gerechte Vergeltung zu sorgen. Der *BGH* und das *BVerfG* sehen den Hauptzweck der Strafen indes sehr wohl darin, für einen gerechten Schuldausgleich zu sorgen.<sup>5</sup> Und das heißt nichts anderes, als für gerechte Vergeltung zu sorgen. Das hat der *BGH* im letzten Jahr erneut deutlich gemacht, als er über ein Urteil gegen zwei Kölner Raser befinden musste. Die hatten bei einem Rennen eine junge Frau getötet. Das *LG Köln* hatte sie zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt – und den Strafvollzug zur Bewährung ausgesetzt. Das hat der *BGH* beanstandet, Begründung: Ein solches Urteil widerspreche dem „Rechtsempfinden der Bevölkerung“.<sup>6</sup> Warum? Weil das Urteil den meisten Menschen als zu mild erschiene. Zu mild, um die Tat angemessen zu vergelten. Höchstwahrscheinlich hat der *BGH* damit auch recht. Und ganz grundsätzlich hat er recht, wenn er auf die Vergeltungsbedürfnisse der Bevölkerung aufmerksam macht. Denn sie, und nur sie sind in einer Demokratie ein legitimer Grund für Kriminalstrafen. Das ist die Prämisse dieses Beitrags – aber nicht seine Botschaft. Die lautet vielmehr, dass jene Prämisse das Strafrecht nicht nur begründet, sondern auch begrenzt. Und dass diese Grenze heute die einzige ist, die eine Chance hat, in der kriminalpolitischen Diskussion Beachtung zu finden.

#### 2. Warum die Angst vor der Vergeltungsidee unbegründet ist

Dass Vergeltung der einzige Strafzweck sei und die Vergeltungsbedürfnisse der Bevölkerung der entscheidende Maßstab, halten viele für eine gefährliche Ansicht. Sie befürchten, ein kriminalpolitisches Handeln gemäß dieser Ansicht müsste zu US-amerikanischen Verhältnissen führen, also zu exzessiv harten Strafen, überfüllten Gefängnissen und steigender Kriminalität, weil sich niemand mehr um Prävention und Resozialisierung kümmerte. Das stimmt aber nicht. Es stimmt erstens nicht, weil Vergeltung nicht hart und archaisch sein muss, sondern auch maßvoll und human sein kann. Dies ungeachtet dessen, ob man sie objektiv zu bemessen versucht oder nach dem Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung; dazu später mehr. Es stimmt zweitens nicht, weil

\* Der Autor ist Professor für Strafrecht an der Universität Regensburg und Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht.

1 Stellvertretend *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 44.

2 Aus der wachsenden Zahl der Stimmen, die diesen Gesichtspunkt betonen, die wohl jüngste: *Dennis Bock*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2018, S. 68.

3 Das Zitat nach Spiegel Online vom 8. 7. 2017 („Gewalt beim G20-Gipfel – Olaf Scholz fordert harte Strafen für Randalierer“), <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/g20-gipfel-olaf-scholz-fordert-harte-strafen-fuer-randalierer-a-1136825.html>, abgerufen 23. 4. 2019.

4 Für die Vereinigungstheorien *Tatjana Hörnle*, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, S. 64. Dort S. 17 ff. auch zu den anderen Straftheorien mit zahlreichen Nachweisen.

5 *BVerfGE* 128, 326 (374) (dort sogar „gerechte Vergeltung“); 95, 96 (140); 39, 1 (57) (auch dort wieder „Vergeltung“); 22, 125 (132) (auch dort „Vergeltung“); *BVerfG StV* 2013, 353 Rn. 55; *BGHSt* 24, 132 (134); je m.w. Nachw.

6 *BGH NJW* 2017, 3011–3013 (3013) (Rn. 29).

auch der Strafzweck der Vergeltung Raum lässt, zugunsten wichtigerer Ziele auf die Vergeltung zu verzichten, sei es ganz oder zu einem Teil. Im geltenden Recht geschieht das vor allem, wenn der Vollzug einer Strafe zur Bewährung ausgesetzt wird – um eine Desozialisierung des Täters zu verhindern (§ 56 StGB) oder seine Resozialisierung zu ermöglichen (§§ 57, 57a StGB). Und drittens ist die Angst vor der Vergeltungsidee unbegründet, weil Strafe und Resozialisierung schlechterdings nichts miteinander zu tun haben: Strafen resozialisieren nicht, Resozialisierungsmaßnahmen bestrafen nicht, und weder kann eine Strafe Resozialisierungsmaßnahmen ersetzen noch umgekehrt. Entsprechendes gilt für die Prävention. Im einzelnen:

#### a) Vergeltung schließt Resozialisierung nicht aus

Das ist banal, aber Gespräche mit den Anhängern der Präventionstheorien lehren mich, dass man es nicht oft genug betonen kann: Wer Vergeltung als den Zweck der Strafen betrachtet, sagt nicht, dass Vergeltung die einzig sinnvolle Antwort auf Straftaten wäre – oder gar das einzige, woran der Staat mit Blick auf die Kriminalität zu denken bräuchte. Sondern er sagt nur: *So weit* der Staat auf Kriminalität mit Strafen reagiert, bezwecken sie Vergeltung – und können auch gar nichts anderes:

#### b) Strafen können nicht resozialisieren

Das deutsche Strafrecht kennt zwei Hauptstrafen: die Freiheits- und die Geldstrafe. Das Bestrafende an der Geldstrafe ist der Verlust von Geld. Das Bestrafende an der Freiheitsstrafe ist der Verlust der Fortbewegungsfreiheit; faktisch kommt hinzu, dass der Häftling ein karges, kontrolliertes und oft genug drangsalierendes Leben führt.<sup>7</sup> Nun haben aber weder das Zahlen von Geld noch das Eingesperrtsein im Gefängnis irgendeine resozialisierende Wirkung. Mir ist auch noch niemand begegnet, der dies behauptet hätte. Sicher: Den Aufenthalt des Täters im Gefängnis kann man nutzen, um ihm resozialisierende Therapie- und Bildungsangebote zu machen. Und das ist höchst wünschenswert, und unsere Vollzugsanstalten bieten längst noch nicht jedem das an, was er bräuchte, um nach der Entlassung die beste Chance zu haben auf einen Neustart in ein straftatenfreies Leben. Aber wir können keinen Häftling wirksam zwingen, solche Angebote anzunehmen. Die Freiheitsstrafe gibt also eine Gelegenheit für resozialisierende Maßnahmen. Aber weder ist sie selbst eine solche Maßnahme, noch bietet sie die Gewähr für deren Durchführung. Und dass Geldstrafen nichts mit Resozialisierung zu tun haben, liegt auf der Hand. Das ist auch deshalb zu betonen, weil sie in rund 80 Prozent der Verurteilungen deren einziger Inhalt sind.<sup>8</sup>

#### c) Resozialisierung kann Vergeltung (noch) nicht ersetzen

Selbst wenn es aber so wäre, dass Strafen resozialisierende Wirkung hätten: Nie änderte das irgendetwas daran, dass Täter auch ohne Rücksicht darauf bestraft werden, ob man sie resozialisieren kann. Oder resozialisieren muss. Bei Uli Hoeneß zum Beispiel war das sicher nicht der Fall. Den

<sup>7</sup> Leseempfehlungen zur Realität des Strafvollzuges in Deutschland: *Joe Bausch*, Knast, 2012; *Martin Kotynek/Stephan Lebert/Daniel Müller*, Die Schlechterungsanstalt, DIE ZEIT vom 16. 8. 2012, S. 13 ff.; *Bernd Maelicke*, Das Knast-Dilemma. Wegsperrten oder resozialisieren? Eine Streitschrift, 2015; *Steffen Schroeder*, „Was alles in einem Menschen sein kann“. Begegnung mit einem Mörder, 2017.

<sup>8</sup> 2017 bei 77,1% aller Verurteilungen einschließlich Jugendstrafrecht; siehe [https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2018/11/PD18\\_463\\_243.html](https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2018/11/PD18_463_243.html), abgerufen 23. 4. 2019.

konnte ein Aufenthalt im Gefängnis allenfalls desozialisieren. Auch viele NS-Verbrecher waren nach 1945 gesellschaftlich bestens integriert und konnten durchs Gefängnis nur sozial destabilisiert werden. Trotzdem gehörten sie hinein. Denn ihre Taten verlangten nach Vergeltung: Bestraft wird im Grundsatz, wer eine Strafe verdient. Ungeachtet dessen, ob man ihn resozialisieren muss und kann. Das verlangt die Vergeltungsidee, und sie bestimmt sowohl das Rechtsgefühl der Menschen als auch das geltende Recht. Allerdings ist es denkbar, dass sich jenes Rechtsgefühl wandelt und die Menschen der Zukunft Strafen nur noch dann für richtig halten, wenn sich ein Täter resozialisierenden Maßnahmen verweigert. Aber ob es dazu kommt, steht in den Sternen. Ob es wünschenswert wäre, ist keine juristische Frage. Und derzeit sind die Menschen von einer solchen Haltung noch weit entfernt. Für sie indes, für die heute Lebenden, muss unser Strafrecht gelten. Daher haben wir uns zwar um die Resozialisierung der Täter zu bemühen. Doch können solche Bemühungen die Strafen allenfalls beschränken – Stichwort Bewährung –, doch nie ersetzen.

### 3. Vergeltung macht nicht glücklich

Auf einem anderen Blatt steht, dass Menschen nicht glücklicher werden, wenn man ihre Vergeltungswünsche erfüllt. Das wissen wir aus psychologischen Studien<sup>9</sup> und vielleicht auch von uns selbst: Im ersten Moment verschafft Vergeltung Befriedigung. Doch es bleibt ein schaler Nachgeschmack, und nie führt Vergeltung oder gar Rache zu jener tiefen Zufriedenheit, die wir empfinden, wenn wir jemandem helfen. Der Mensch fühlt sich beim Lieben wohler als beim Hassen. Auch deshalb legen ihm die großen Religionen und Weltanschauungen nahe, zu vergeben statt zu vergelten; übrigens auch der Islam.<sup>10</sup> Und es kann einen Menschen innerlich ruinieren, jahrelang auf Rache zu sinnen und seine Gedanken um erlittenes Unrecht kreisen zu lassen, statt sie auf etwas Neues und Positives zu richten. Doch das ändert in unserer Gegenwart nichts daran, dass die Menschen Vergeltungsbedürfnisse haben und dass der Staat sie maßvoll befriedigen muss. Sonst tun seine Bürger dies auf eigene Faust, und das wird leicht maßlos. Selbst wo es nicht zur Lynchjustiz käme, hätte staatliche Untätigkeit eine innere Kündigung der Bürger gegenüber ihrem Staat zur Folge – und irgendwann ein Zerbrechen des Staates.

## II. Präventionstheorien dehnen das Strafrecht aus

Wir erleben seit rund vierzig Jahren, wie sich das Strafrecht ausdehnt. Sobald ein gefährliches Phänomen auftritt, etwa der Terrorismus, oder auch bloß eines, gegen das sich aus anderen Gründen Protest erhebt, etwa das Angebot professioneller Hilfe beim Suizid, rufen die Berufspolitiker nach neuen Straftatbeständen und bekommen sie auch. Gleiches geschieht, wenn ein alter Zustand neues Unbehagen erregt, etwa Doping im Sport. Und wo es schon einen Tatbestand gibt, verlangt man wenigstens seine Verschärfung; zum Bei-

<sup>9</sup> Hierzu und zum Folgenden näher *Tonio Walter*, Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik, ZIS 2011, 636–647 (641) mit Nachw.

<sup>10</sup> Siehe zum Islam die Koransure 42:40: „Die Vergeltung für eine böse Tat ist etwas gleich Böses. Wer aber verzeiht und Besserung bringt, dessen Lohn obliegt Allah.“

spiel beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB).<sup>11</sup>

Begünstigt wird diese Strafrechtsexpansion einmal vom Medien- und Twitter-Populismus der Berufspolitiker. Ist die Presse über etwas empört – zum Beispiel über einen Angriff auf Polizisten, über Unfall-Gaffer oder über eine sexuelle Belästigung –, twittern sie leichthändig die Forderung, das Strafrecht zu verschärfen. Begünstigt wird die Ausdehnung des Strafrechts außerdem dadurch, dass es Strafgesetze vermeintlich zum Nulltarif gibt: Die Kosten des Vollzuges braucht man nicht zu beziffern, und der Bund, von dem das Strafrecht kommt, braucht sie auch nie zu bezahlen; das ist später Sache der Länder. Selbstkritisch auf den Punkt gebracht hat das der frühere Bundesjustizminister Heiko Maas in seinem Vortrag auf der Augsburger Strafrechtslehrertagung 2015: „Mit dem Strafgesetz lässt sich schnell, einfach und [...] preisgünstig politisches Handeln nachweisen und auf öffentliche Empörung reagieren.“<sup>12</sup> Doch diese beiden Faktoren, politischer Populismus und vermeintliche Kostenneutralität, sind nicht der eigentliche Motor der Strafrechtsexpansion. Der eigentliche Motor sind die präventiven Auffassungen zum Strafzweck. Denn haben Strafen den Zweck, Unrecht zu verhindern, so sind sie offenbar ein probates Mittel zur Weltverbesserung. Dann erlauben sie es, Fehlentwicklungen zu bekämpfen und die Bürger vor ihnen zu schützen. Und mindestens eines dieser beiden Wörter, „bekämpfen“ oder „schützen“, taucht in jeder Gesetzesbegründung zu neuen Straftatbeständen auf.<sup>13</sup> Meist liest man beide, und das mehrfach. Noch einmal: Das ist nur folgerichtig, wenn Strafen den Zweck haben, die inkriminierten Handlungen zu verhindern. Denn dann müssen sie doch auch geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen.

Wenn man also keine Drogentoten mehr will, scheint es sinnvoll zu sein, schon den Besitz von Cannabis unter Strafe zu stellen – wie es das deutsche Recht tut. Will man Frauen besonders wirkungsvoll vor sexuellen Übergriffen schützen, bietet es sich an, die gleiche Strafe, die bei einem brutalen Raub droht, auch demjenigen in Aussicht zu stellen, der sich eines unerwünschten „Streichelns im Intimbereich“ schuldig macht und dabei noch von der Arbeit einen Schraubenzieher in der Jacke hat.

Das ist leider kein Scherz, sondern ein Beispiel aus der Begründung des neuen Sexualstrafrechts – und jetzt rechtliche Wirklichkeit.<sup>14</sup> Der Schraubenzieher gilt als „gefährliches Werkzeug“, und dessen Mit-sich-führen bewirkt – bei einem völlig gewaltlosen Delikt – horrend Strafschärfungen.

Wenn man etwas gegen Zwangsheiraten tun will, gegen Genitalverstümmelungen, gegen Korruption, Umweltverschmutzung, Terrorismus, Menschenhandel, Zwangsprostitution, Raser, Randalierer, Gaffer oder den „Islamischen Staat“ – das Strafrecht scheint das Mittel der Wahl zu sein. Die Europäische Union sieht das genauso. Auch sie pflegt ein rein instrumentelles Verhältnis zum Strafrecht.<sup>15</sup> Das

heißt sie sieht in ihm ein Werkzeug, um erwünschte gesellschaftliche Zustände herbeizuführen. Das ist die präventive Strafrechtslogik: Was man nicht will, muss man unter Strafe stellen, und alles wird gut oder zumindest besser. Diese Logik vereinfacht auch die Legitimationsfrage. Legitim ist dann nämlich im Grundsatz alles, was einen guten Zweck verfolgt; alles, was das Böse bekämpfen und die Guten beschützen soll. Und faktisch gibt es heute nichts mehr, was diesen Grundsatz einschränkte – wenn man die herkömmlichen präventiven Straftheorien vertritt:

### III. Rechtsgutdogma oder Ultima-ratio-Prinzip als Bremsen?

Gegen die Strafrechtsexpansion bringen viele Autoren zwei Prinzipien in Stellung: das Rechtsgutdogma und das Ultima-ratio-Prinzip. Doch hat das *BVerfG* das Rechtsgutdogma schon vor knapp zehn Jahren mit einem kurzen Tritt in den Orkus der Ideengeschichte befördert; ich meine zu Recht. Und das Ultima-ratio-Prinzip stößt ins Leere, wenn man es gegen die herrschenden präventiven Straftheorien einsetzen will.

#### 1. Das Rechtsgutdogma ist tot

Das Rechtsgutdogma hatte zum Inhalt, dass das Strafrecht nur rechtlich anerkannte Interessen schützen dürfe und keine bloß moralischen oder sonstigen.<sup>16</sup> Mit dieser Begründung hat man zum Beispiel die Strafbarkeit des Ehebruchs beseitigt. Aber solche Erfolge hatte das Rechtsgutdogma selten. Und es geriet immer stärker unter Beschuss. Seine Kritiker meinten – und meinen –, dass es keinen Grund gebe, die allgemeinen Anforderungen der Verfassung an Grundrechtseingriffe qualitativ zu ändern, wenn es um strafrechtliche Eingriffe gehe.<sup>17</sup> Zudem lasse sich mit etwas Formulierungsgeschick für jeden Tatbestand ein Rechtsgut benennen, ohne dass es in der Verfassung oder sonst einen inhaltlichen (materiellen) Maßstab dafür gäbe, was ein Rechtsgut sein könne und was nicht.

Diese Einwände haben das *BVerfG* 2008 dazu gebracht, das Rechtsgutdogma zu begraben.<sup>18</sup> Es ging um den Tatbestand des Geschwisterinzests, § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB: Wenn Geschwister geschlechtlich miteinander verkehren, dann ist das bei uns bekanntlich noch immer strafbar. Und

<sup>11</sup> Zu dieser – jetzt vollzogenen – Verschärfung erhellend die kritische Stellungnahme von *H. E. Müller* im Gesetzgebungsverfahren, im Netz abrufbar auf den Seiten des Bundestages unter <file:///C:/Users/LOCA/Local/AppData/Local/Temp/mueller-data-1.pdf>, abgerufen 23. 4. 2019.

<sup>12</sup> *Heiko Maas*, Wann darf der Staat strafen?, *NSZ* 2015, 305–309 (309).  
<sup>13</sup> Für „bekämpfen“ siehe etwa *BT-Drucks. 18/4898* (Gesetzesentwurf zur Bekämpfung von Doping im Sport); *BT-Drucks. 18/4279* (Gesetzesentwurf zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten); für „beschützen“ und „Schutz“ siehe etwa *BT-Drucks. 18/8210* (Schutz der sexuellen Selbstbestimmung).

<sup>14</sup> Siehe § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Abs. 9 StGB sowie *BT-Drucks. 18/9097*, S. 29.

<sup>15</sup> Zutreffend etwa *Michael Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 18 f. m.w. Nachw.

<sup>16</sup> *Winfried Hassemer*, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: *Roland Hefendehl* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, S. 57–64; *Christian Jäger*, in: *Jürgen Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 8. Aufl. 2014, Vor § 1 Rn. 12, 14; *Wolfgang Joecks*, in: *Wolfgang Joecks/Klaus Miebach* (Hrsg.), *MünchKommStGB*, Bd. I, 2. Aufl. 2011, Einl. Rn. 30; *Roxin* (Fn. 1), § 2 Rn. 92; *ders.* GA 2011, 678 (680); *Bernrd Schünemann*, Das Rechtsgüterprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: *Hefendehl* (a. a. O.), S. 133–154.

<sup>17</sup> Grundlegend *Ivo Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 206 f., 354 f., 390; zusammenfassend *ders.*, Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?, *KritV* 1999, 278–311; pointiert *Klaus Ferdinand Gärditz*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, *Der Staat* 49 (2010), 331–367; *ders.*, Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, *JZ* 2016, 641–650; ferner *Otto Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 144, 538; *Carl-Friedrich Stuckenberg*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutstheorie. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA 2011, 653–661. Instruktiv zudem *Armin Engländer*, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutstheorie durch das Verfassungsrecht?, *ZStW* 127 (2015), 616–634.

<sup>18</sup> *BVerfGE* 120, 224 = *NJW* 2008, 1137 mit abweichender Meinung *Hassemer* S. 1142; Anmerkungen unter anderen von *Hörnle* *NJW* 2008, 2085; *Roxin* *StV* 2009, 544; *Zabel* *JR* 2008, 453; *Zietben* *NSZ* 2008, 617.

dies selbst dann, wenn sie erwachsen sind und verhüten. Viele Strafrechtslehrer hatten eingewandt, dass es dabei allein um moralische Fragen gehe und kein Rechtsgut bedroht sei oder gar verletzt werde.<sup>19</sup> Doch das *BVerfG* hat ihnen sinngemäß geantwortet, dass im Grundgesetz von Rechtsgütern nichts zu lesen sei. Vielmehr stehe dort, dass sich das Volk in den Grenzen der Verfassung diejenigen Strafgesetze geben könne, die es für richtig halte. Daraufhin konnten die Strafrechtslehrer nur noch ihre höhere Sachkunde in die Waagschale werfen. Dem hat das *BVerfG* entgegengehalten, dass Sachkunde – tatsächliche wie vermeintliche – weder den Willen des Volkes ersetzen könne noch den seiner gewählten Vertreter. Und das stimmt ja auch. „Das Rechtsgut ist tot!“, rief daher Winfried Hassemer, Strafrechtslehrer und ehemaliger Vizepräsident des *BVerfG*, auf der Zürcher Strafrechtslehrertagung 2013.<sup>20</sup> Es kann ihm nicht leichtgefallen sein, denn er war selbst ein Anhänger des Rechtsgutdogmas.<sup>21</sup> Aber er hatte recht.

## 2. Das Ultima-ratio-Prinzip versagt gegenüber präventiven Straftheorien

Das Ultima-ratio-Prinzip, auch Subsidiaritätsprinzip genannt, ist eine zweite Regel, die das Strafrecht bremsen soll. Sie gilt unumstritten und besagt, dass Straftatbestände stets nur das letzte Mittel sein dürfen, um ein Verhalten zu verhindern, eben die *Ultima ratio*.<sup>22</sup> Erst wenn Bußgelder, Ansprüche auf Schadensersatz und sonstige Sanktionen nicht mehr helfen, darf man Kriminalstrafen androhen. Doch von allen strafrechtlichen Prinzipien war und ist dieses das folgenloseste.<sup>23</sup> Zwar behauptet der Gesetzgeber beim Schreiben neuer Tatbestände manchmal, er habe irgendein Verhalten dann doch nicht mehr unter Strafe gestellt, weil das die *Ultima ratio* bleiben müsse. Der eigentliche Grund ist dann aber meist, dass die fragliche Erweiterung nie ernsthaft im Gespräch war. Oder dass man das von ihr erfasste Verhalten als kein allzu schweres Unrecht betrachtet, mit anderen Worten: dass es kein allzu großes Vergeltungsbedürfnis weckt. Und noch nie hat das *BVerfG* oder gar die Politik irgendeinen Beleg dafür verlangt, dass es tatsächlich des Strafrechts bedürfe, um ein bestimmtes Verhalten zu verhindern.

Ein solcher Beleg wäre auch kaum je zu erbringen. Denn jenes Verhindern könnte nur zwei Formen haben, sei es kollektiv oder individuell: Abschreckung (negative Prävention) oder moralische Festigung, indem die fragliche Verhaltensnorm den Rechtsgenossen durch die Bestrafungspraxis ins Gewissen gebrannt würde und so zu einer nur schwer übersteigbaren inneren Handlungsschranke erstarkte (positive Prävention). Beides ist nur selten der Fall. Das zweite, also ein unmittelbarer Einfluss des Strafrechts auf die Verhaltens-

<sup>19</sup> Siehe etwa *Claus Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2015, S. 415; *Heike Jung*, Zur Strafbarkeit des Inzests, in: Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 316; *Theodor Lenckner/Nikolaus Bosch*, in: *Albin Eser* u. a. (Hrsg.), StGB, begründet von *Adolf Schönke*, fortgeführt von *Horst Schröder*, 29. Aufl. 2014, § 173 Rn. 1.

<sup>20</sup> Das habe ich selbst gehört, zitiere es aber auch nach einem weiteren Ohrenzeugen: *Réné Börner*, Einführung in die Normentheorie, JURA 2014, 1258–1262 (1260).

<sup>21</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 16 und 18. *Winfried Hassemer* ist 2014 verstorben.

<sup>22</sup> Siehe nur *BVerfGE* 120, 224 (239 f.); *Jörg Eisele*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 2 Rn. 18; *Robert Esser*, in: *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2011, Rn. 1 ff.; *Roxin* (Fn. 1), § 2 Rn. 97 ff.

<sup>23</sup> So im Ergebnis schon *Gärditz*, Demokratizität (Fn. 17), S. 641 („praktische Bedeutungslosigkeit“); *Luís Greco*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft, in: *Beatrice Brunhöber* u. a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2012, S. 13–36 (23) („zahnlos“).

moral der Bürger, ist schon auf den ersten Blick wenig wahrscheinlich. Eher ist es umgekehrt: Nicht die staatlichen Strafen erzeugen das Normbewusstsein der Bürger, sondern das Normbewusstsein der Bürger verlangt nach staatlichen Strafen, wenn jemand die Normen missachtet; so jedenfalls im Kernbestand der Normen einer Gemeinschaft. Ob im Randbereich anderes gilt, mag dahinstehen, denn jedenfalls wäre auch dort eine Normstabilisierung durch Strafen empirisch kaum nachzuweisen.<sup>24</sup> Was die Abschreckung betrifft, so ist deren Voraussetzung, dass jemand erstens sein Verhalten verhältnismäßig kühl kalkuliert und dass er dabei zweitens annimmt, er würde, wenn er sich strafbar machte, mit einiger Wahrscheinlichkeit auch gefasst.<sup>25</sup> Beides kommt nur selten zusammen. Und daher bestehen Äußerungen zum Ultima-ratio-Prinzip auf dem Boden der herkömmlichen Präventionstheorien üblicherweise in haltlosen Vermutungen und Behauptungen. Oder in trivialen Fehlschlüssen nach dem Muster, dass die hohe oder steigende Zahl der Fälle die Notwendigkeit eines Straftatbestandes belege (obwohl die Höhe oder das Ansteigen einer Fallzahl natürlich überhaupt nichts darüber sagt, mit welchen Mitteln man am besten gegensteuern könnte). Zusammengefasst: Das Ultima-ratio-Prinzip schränkt die Strafgesetzgebung derzeit tatsächlich nicht ein, weil sich diese Gesetzgebung auf die herkömmlichen präventiven Straftheorien stützt („die Bestrafung des Diebes schützt vor Diebstählen“) und niemand ernsthaft Belege für eine solche präventive Wirkung von Strafen verlangt oder gar vortreibt. Sie wären auch kaum beizubringen, denn die empirischen Befunde, die es gibt, lassen eine derartige Wirkung der Strafen bestenfalls als Ausnahme von der Regel vermuten.

## IV. Die Vergeltungsidee setzt dem Strafrecht Grenzen

Nach dem berechtigten Untergang des Rechtsgutdogmas und angesichts der Wirkungslosigkeit des Ultima-ratio-Prinzips gegenüber den gängigen präventiven Straftheorien ist es um so wichtiger zu begreifen, dass unseren Kriminalstrafen die Vergeltungsidee zugrunde liegt. Denn unter ihrer Herrschaft kann die Strafbarkeit immer nur so weit reichen, wie eine Vergeltung erforderlich ist. Und ganz gleich, wie man die Vergeltungserfordernisse bestimmt: Jedenfalls bei einem längeren Blick in unsere Strafgesetze sollte klar sein, dass es eine Reihe von Tatbeständen gibt, bei denen das Vergeltungserfordernis fehlt. Oder verlangt der Besitz eines *Joint*s nach Vergeltung? Tut dies die ehrenamtliche Hilfe für einen Schwerkranken, der nach reiflicher Überlegung aus dem Leben scheidet will? Oder die Liebe zwischen erwachsenen Geschwistern? Und so ist die Vergeltungsidee heute das überzeugendste Argument gegen eine wuchernde Ausdehnung des Strafrechts. Mit anderen Worten ist sie in unserer Zeit die wertvollste Waffe der *Strafrechtskritik*:

<sup>24</sup> *Ingke Goeckenjan*, Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?, in: *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius* (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2016, S. 184–209 (187).

<sup>25</sup> Näher *Hans-Jörg Albrecht*, in: *Günther Kaiser* u. a. (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl. 1993, Stichwort „Generalprävention“; *Ulrich Eisenberg/Ralf Kölbl*, Kriminologie, 7. Aufl. 2017, § 41 Rn. 3, 11 ff.; *Gabriele Kett-Straub*, Die lebenslange Freiheitsstrafe. Legitimation, Praxis, Strafrechtsaussetzung und besondere Schwere der Schuld, 2011, S. 34. Für die Vereinigten Staaten *Paul H. Robinson*, Democratizing Criminal Law: Feasibility, Utility, and the Challenge of Social Change, *Northwestern University Law Review* 111 (Nr. 6), 1565–1595 (1589).

## 1. Gesetzgeber und Richter vor den Schranken der Vergeltungsidee

Für die Rechtsprechung ist es eine Binsenweisheit, dass die Vergeltungsidee die Strafgewalt der Gerichte begrenzt. Denn eine Strafe, die spezial- oder generalpräventiv geboten sein mag, wird unstreitig unzulässig, sobald sie über das Maß hinausgeht, das zum gerechten Schuldausgleich erforderlich wäre – also zur gerechten Vergeltung.<sup>26</sup> Es ist sicher nicht einfach, dieses Maß zu bestimmen. Aber das ist eine andere Frage, und sie ändert nichts an der einhaltgebietenden Kraft der Vergeltungsidee gegenüber der richterlichen Strafzumessung. Diese Kraft ist nicht bloß eine theoretische Größe, sondern wirkt sich auf die Spruchpraxis der Gerichte aus.<sup>27</sup>

Auch in der Gesetzgebung ist die Vergeltungsidee lebendig und wirkt schon jetzt nicht nur strafrechtsbegründend, sondern auch strafrechtsbegrenzend. Das Schlüsselwort ist stets die *Strafwürdigkeit* eines Verhaltens. In der Begründung des letzten Regierungsentwurfes zur Reform des Sexualstrafrechts etwa taucht dieses Wort nicht weniger als zwölfmal auf; sowohl als Rechtfertigung dafür, ein Verhalten unter Strafe zu stellen, als auch zur Begründung dessen, dies in bestimmten Fällen nicht mehr zu tun.<sup>28</sup> Es spricht Bände über die Reflexionstiefe der Gesetzgebung, dass sie mit dem Begriff der Strafwürdigkeit genauso jongliert wie mit den Begriffen der „Bekämpfung“ des Unrechts und des „Schutzes“ der Opfer, und zwar zeitgleich: in ein und derselben Gesetzesbegründung, manchmal in ein und demselben Satz – obwohl sich diese Begriffe entgegengesetzten Straftheorien verdanken. Gewiss wäre es denkbar, so ähnlich wie bei der Strafzumessung gemäß der Spielraumtheorie zu unterscheiden: Das Strafwürdige bestimmt die Grenzen des Strafbareren, und innerhalb dieser Grenzen entscheiden die „Bekämpfungs“- und „Schutz“-Bedürfnisse, wie weit die Strafbarkeit tatsächlich ausgedehnt wird. Doch solche Abwägungen finden sich in den Gesetzesbegründungen nicht. Vielmehr schwenken deren Verfasser hier den einen und dort den anderen Legitimationsbegriff, ohne sich um deren Verhältnis zueinander zu kümmern. Immerhin bleibt festzuhalten, dass schon in der gegenwärtigen Gesetzgebung die Vergeltungsidee strafrechtsbegrenzend wirkt.

Oben ist aber bereits angedeutet, dass sie dies bei konsequenter Beachtung noch stärker täte. Oder sagen wir vorsichtiger: tun müsste. Denn dann stände schon ganz am Anfang jeder Strafgesetzgebung die Frage, ob das fragliche Verhalten nach Vergeltung verlange – oder ob man es lediglich ablehnt, weil es bestimmten politischen Idealvorstellungen zuwiderläuft: dem Ideal einer drogenfreien Gesellschaft, dem Ideal eines bis zu seinem natürlichen Ende lebenswilligen Menschen, dem Ideal inzestfreier Liebe, dopingfreien Sports etc. Die Frage nach einem Vergeltungserfordernis wirft allerdings die Vorfrage auf, wer oder was solche Erfordernisse festlege:

## 2. Wer oder was bestimmt, wann und wieviel Vergeltung erforderlich ist?

Zu dieser Frage werden heute zwei Auffassungen vertreten: eine klassisch rechtsphilosophische und eine empirisch-soziologische. Die klassisch rechtsphilosophische Auffassung

will die Vergeltungserfordernisse objektiv bestimmen, und zwar nach vernunftrechtlichen Regeln. Aus ihnen will man folgern, wann eine gerechte Strafe angezeigt sei. Der empirisch-soziologische Ansatz stellt darauf ab, wann eine breite, nachhaltig ermittelbare Mehrheit der Rechtsunterworfenen eine Strafe als angemessen erachtet – und gegebenenfalls auch in welcher Höhe.

### a) Stärken und Schwächen einer rechtsphilosophischen Antwort

Bei genauer Betrachtung liefert der rechtsphilosophische Ansatz natürlich nicht nur *eine* Antwort auf unsere Frage, sondern ein ganzes Bündel solcher Antworten. Denn nicht alle Rechtsphilosophen sind Anhänger derselben Philosophie. Immerhin gibt es in Deutschland eine größere rechtsphilosophische Schule in der Tradition des deutschen Idealismus, die auch im Ausland einige Gefolgschaft gefunden hat und sich mit Kant auf einen prominenten Ahnherren stützt.<sup>29</sup> Ein vernehmbares Echo findet auch die Lehre Michael Pawliks.<sup>30</sup> Vorzüge der rechtsphilosophischen Vergeltungslehren sind ihre Geschlossenheit und Stringenz sowie die flächendeckenden Bemühungen, diese Stringenz herzustellen, also das eine aus dem anderen abzuleiten und alles auf wenige Grundannahmen zurückzuführen. Dies führt auch zu greifbaren kriminalpolitischen Ergebnissen in Form einer Billigung oder Missbilligung einzelner Tatbestände. Allerdings zu divergierenden Ergebnissen je nach rechtsphilosophischem Bekenntnis.<sup>31</sup> Außerdem kommt die Rechtsphilosophie auf der Sanktionenseite ins Schwimmen: Was ist schlimmer, Körperverletzung oder Diebstahl? Sexuelle Nötigung oder Freiheitsberaubung? Wie hoch soll der Strafrahmen der Sachbeschädigung sein? Und wie misst man die Strafen zu? Das lässt sich am straftheoretischen Reißbrett nur schwer ermitteln. Drittens steht jeder, der Vergeltungserfordernisse objektiv bemessen will, vor der Frage, mit welchem Recht er seine Ergebnisse einer Gesellschaft zu oktroyieren verlangt, deren Glieder womöglich philosophisch ganz anders temperiert sind.<sup>32</sup> Die Antwort des Philosophen kann dann nur lauten: weil ich recht habe. Diese Haltung indes hat in der Geschichte der Menschheit selten zu einem gedeihlichen Miteinander geführt. Und daher sollten sich alle, die objektive straftheoretische Einsichten reklamieren, folgende Frage stellen:

<sup>29</sup> Namentlich *Katrin Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht. Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention, 2013, S. 247–256; *Michael Köbeler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 22; *ders.*, Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, in: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 11–37; *Ernst Amadeus Wolff*, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: *Winfried Hassemer* (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 137–224; *Rainer Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 199 f.; Anhänger aus dem Ausland: *David Cooper*, Hegel's theory of punishment, in: *Zbigniew Pelczynski* (Hrsg.), Hegel's Political Philosophy problems and perspectives, 1971, S. 151–167; *Pasquale D'Ercole*, la pena di morte e la sua abolizione dichiarata teoricamente e storicamente secondo la filosofia hegeliana, 1875; *Edgardo Donna*, Die Schuldfrage und die Problematik des menschlichen Genoms – Zwischen dem Sein und Sein-Müssen, ZStW 123 (2011), 387–402; *Peter Stillman*, Hegel's Idea of Punishment, Journal of the History of Philosophy 1976, 169–182.

<sup>30</sup> Für diese Lehre grundlegend *Michael Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 45 ff. Ein wichtiger weiterer Vertreter ist unterdessen *Pawliks* Schüler *Michael Kubiciel*; siehe *ders.*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 159 ff.

<sup>31</sup> Siehe etwa pro § 89a StGB *Kubiciel* (Fn. 30) S. 250 f.; contra *Gierhake* (Fn. 29) S. 289–299.

<sup>32</sup> Siehe bereits *Gärditz*, Demokratizität (Fn. 17), S. 648.

<sup>26</sup> BGHSt 29, 319 (321); 24, 132 (134); OLG Stuttgart NStZ 2007, 37 Rn. 6 ff.; OLG Braunschweig NStZ-RR 2002, 75 (ebd.).

<sup>27</sup> Siehe erneut die in Fn. 26 nachgewiesenen Entscheidungen der OLG Stuttgart und Braunschweig.

<sup>28</sup> BT-Drucks. 18/8210, S. 1 (2x), 2 (2x), 8 (4x), 10, 14, 15, 16.

### b) Muss die eigene rechtsphilosophische Antwort eine Empfehlung für den Gesetzgeber sein?

Das Wichtigste an dieser Frage ist zunächst, dass man sich ihre Existenz bewusst macht. Will sagen: Es ist wichtig zu erkennen, dass sich jeder Rechtswissenschaftler zu jedem Sachproblem *zwei* Fragen vorzulegen hat, die er keineswegs gleichlautend beantworten muss. Frage eins: Was hältst du für richtig? Das ist die eigentliche Sachfrage, zum Beispiel: Hältst du es für richtig, dass ehrenamtliche Beihilfe zum Suizid unter Strafe gestellt wird? Und warum? Aber dann gibt es noch eine zweite Frage: Wenn dich die Regierungsmehrheit des Bundestages um eine Empfehlung bäte für einen Gesetzentwurf in dieser Sache – was wäre deine Antwort? Und diese Antwort muss nicht zwingend dieselbe sein wie die erste. Denn es sind zu ihr Überlegungen der folgenden Art möglich und für einen Demokraten auch naheliegend: „Zwar meine ich, dass jede Hilfe zu einer Selbsttötung strafwürdiges Unrecht ist (um Missverständnissen vorzubeugen: Der Autor dieser Zeilen meint das nicht). Aber ich weiß, dass die Mehrheit der bei uns lebenden Menschen anders darüber denkt. Da ein neuer Straftatbestand für alle gälte und es gerade für den schärfsten staatlichen Eingriff, die Kriminalstrafe, wichtig ist, dass er eine belastbare Grundlage im Rechtsgefühl der Menschen findet, werde ich der Bundestagsmehrheit empfehlen, keinen neuen Straftatbestand zu schaffen.“ Unbenommen bleibt jemandem, der so denkt, selbstverständlich, in der öffentlichen wie auch in der wissenschaftlichen Diskussion weiter für seine Ansicht zu werben, um die Mehrheitsverhältnisse zu ändern. Und natürlich gibt es jenseits der Frage der Strafwürdigkeit eines Verhaltens dogmatische, psychologische und soziologische Sachfragen, für deren Beantwortung Expertenwissen erforderlich bleibt und nicht durch empirische Erhebungen ersetzt werden kann.

Gegen diese Art zu denken dürfte der Einwand erhoben werden, sie verkenne die Spielregeln unserer Demokratie. Das repräsentativ-demokratische System der Bundesrepublik gebe der Bevölkerung das Recht zu wählen – aber nicht mehr. Insbesondere nicht das Recht, auf die Entscheidungen der Gewählten Einfluss zu nehmen. Und daher sei nicht ersichtlich, warum sich die Gewählten nach ihrer Wahl noch um die Wünsche der Mehrheit zu kümmern bräuchten. Auch bestimme das Grundgesetz in Art. 38, dass die Abgeordneten des Bundestages nur ihrem Gewissen unterworfen seien, also nicht den Wünschen jener Mehrheit. Formal ist das auch alles richtig. Formal ist auch richtig, dass sich die Gewählten nicht mehr darum zu kümmern brauchen, was in den Wahlprogrammen ihrer Parteien gestanden hat. Sie sind tatsächlich vollkommen frei, die Gesetze zu beschließen, die ihnen belieben, auch gegen eine klare Mehrheit des Wahlvolkes; so wohl geschehen bei den Gesetzen zur Strafbarkeit der ehrenamtlichen Suizidhilfe und zur Straflosigkeit der Jungenbeschneidung.<sup>33</sup> Aber man wird gleichwohl die Frage stellen

<sup>33</sup> Siehe zur Suizid-Beihilfe – unter vielen ergebnisähnlichen Erhebungen – eine infratest-dimap-Umfrage aus dem November 2014, im Netz unter <https://www.infratest-dimap.de/de/umfragen-analysen/bundesweit/umfragen/aktuell/sterbehilfe-hohe-akzeptanz-in-der-bevoelkerung-ukraine-konflikt-mehrheit-gegen-ausweitung-der-sankt/> (abgerufen 23. 4. 2019): 83 % der Befragten sind für eine Legalisierung mindestens der Beihilfe zur Selbsttötung, davon befürwortet ein Großteil, und zwar 37 % sogar aktive Sterbehilfe. Zur Beschneidung eine infratest-dimap-Umfrage aus dem Dezember 2012, im Netz unter <https://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/umfragen/aktuell/bewertung-der-gesetzlichen-regelung-zu-beschneidungen/> (abgerufen 23. 4. 2019): knapp 70 % der Befragten halten die vom Bundestag im Dezember 2012 beschlossene gesetzliche Regelung zur Beschneidung von Jungen nicht für richtig; weitere Umfrageergebnisse in

dürfen, ob solche Gesetze klug seien – und ob es denn neben der formellen Befugnis, sie zu beschließen, auch eine materielle (staatsphilosophische, demokratietheoretische) gebe, dies zu tun. Ich meine nein. Denn die Idee der Demokratie ist doch, dass sich der Wille der Mehrheit durchsetzen möge. Art. 38 des Grundgesetzes unterwirft die Bundestagsabgeordneten nicht nur allein ihrem Gewissen, sondern bezeichnet sie auch als *Vertreter des ganzen Volkes*. Und alle Gerichte sprechen Recht *im Namen des Volkes*. Da sollten sich sowohl die Abgeordneten als auch die Gerichte bemühen, gesicherte Erkenntnisse zu den Gerechtigkeitsintuitionen, hier: Vergeltungsbedürfnissen jener Rechtsgemeinschaft zu berücksichtigen, die sie vertreten und in deren Namen sie handeln. Sie zu gewinnen, ist Ziel der empirisch-soziologischen Vergeltungstheorie (auch Lehre von der retributiven Generalprävention genannt):<sup>34</sup>

### c) Der empirisch-soziologische Kompromiss

Es ist hier nicht der Ort, diese Theorie vollständig zu referieren.<sup>35</sup> Es genügt, ihre Grundidee vorzustellen. Sie besagt, dass nach dem Rechtsgefühl fast aller Menschen Strafen als gerechte Vergeltung nötig sind, wenn Unrecht begangen wird, und dass daher der Staat solche Strafen auch zu verhängen und zu vollstrecken hat, damit die gesellschaftliche Gemeinschaft stabil bleibt. Wann welche Strafen angezeigt sind, wird so zu einer Frage, die man empirisch zu beantworten hat, das heißt durch wissenschaftlich konzipierte Studien. Zuständige Disziplin ist die Kriminologie, vor allem mit ihrer sogenannten Schwereforschung (Forschung dazu, für wie schwer, das heißt wie schlimm die Menschen einzelne Taten im Vergleich mit anderen halten). Die Vergeltungsbedürfnisse der Menschen werden so zwar nicht zum einzigen Maßstab des Strafrechts, aber zu seinem ersten. Einschränkung können dann noch immer andere legitime Ziele staatlichen Handelns wirken, die für den gesellschaftlichen Zusammenhalt ebenfalls vonnöten sind; vor allem die Senkung der Kriminalität, die es bei leichteren Taten sinnvoll machen kann, auf desozialisierende Strafen, insbesondere auf den Vollzug von Freiheitsstrafen zu verzichten und diesen Vollzug zur Bewährung auszusetzen.

Wenn dies geschieht, fragt sich allerdings, ob es tatsächlich klug ist, die Tat gänzlich ungesühnt zu lassen – wie es bei einer (überhaupt) nicht vollzogenen Bewährungsstrafe dem deutschen Recht entspricht. Man denke erneut an Fälle wie den der Kölner Raser, denen der *BGH* jetzt die Bewährung gestrichen hat, siehe oben, weil sonst zu wenig Vergeltung herausgekommen wäre.

Mit den Vergeltungsbedürfnissen der Menschen sind also nicht die Facebook-Posts pro Todesstrafe gemeint, wenn gerade wieder ein Kindesmissbrauch durch die Nachrichten geht. Das ist schon daran zu erkennen, dass die Deutschen die Todesstrafe seit den 1970er Jahren in allen großen Umfragen mehrheitlich ablehnen.<sup>36</sup> Vielmehr ist unter den Vergeltungsbedürfnissen der Bevölkerung deren Gerechtigkeitsgefühl zu verstehen – so wie man es unabhängig von spektakulären Einzelfällen in repräsentativen Studien nachhaltig

meinem Beitrag: Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative, JZ 2012, 1110–1117 (1115 in Fn. 23).

<sup>34</sup> Tobias Andrissek, Vergeltung als Strafzweck, 2017, S. 86, 148, 237.

<sup>35</sup> Siehe zu ihr und zum Folgenden *Tonio Walter*, Strafe und Vergeltung. Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips, 2016; *ders.*, Das Absolute wird relativ – wie sich Vergeltung als Strafzweck soziologisch begründen lässt. Zugleich eine Kritik alter und neuer Straftheorien, in: Gedächtnisschrift für Michael Walter, 2014, S. 831–849; *ders.* (Fn. 9). Einen sehr ähnlichen, wenn gleich eigenständigen Ansatz verfolgt *Andrissek* (Fn. 34).

<sup>36</sup> *Yvonne Hötzel*, Debatten um die Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis 1990, 2010, S. 251.



ermitteln kann.<sup>37</sup> Das Ultima-ratio-Prinzip gewinnt in diesem Modell wieder eine tatsächlich strafrechtsbeschränkende Funktion: Strafen dürfen nur dann verhängt und vollstreckt werden, soweit dies erforderlich ist, um eine Destabilisierung der Gesellschaft zu verhindern. Maßgeblich sind also nicht die maximalen Bestrafungswünsche der Mehrheit, sondern deren Mindesterwartungen an die Justiz.

Natürlich ist auch deren Ermittlung eine Herausforderung, die zahlreiche Detailfragen aufwirft, und nicht so leicht wie der Blick auf eine Uhr, um die Tageszeit festzustellen. Doch ist der entscheidende Vergleichsgegenstand, also gewissermaßen das Konkurrenzmodell, soweit es um die Machbarkeit geht, nicht der Blick auf eine Uhr – sondern der Versuch zu ermitteln, welche Strafen gemäß den herkömmlichen präventiven Theorien als Minimum erforderlich wären, um die Wirkungen zu erzielen, die von jenen Theorien behauptet und verlangt werden. Denn auch die herkömmlichen präventiven Theorien können sich unter der Geltung des Grundgesetzes nicht von dem Erfordernis freizeichnen, ihre Annahmen und Folgerungen empirisch zu belegen, und das heißt auch: mengenmäßig zu konkretisieren. Und zumindest im Ansatz liegt nahe, wie sich herausfinden lässt, was die Bürger als Bestrafungsminimum von ihrem Staat erwarten: Man fragt sie mit Blick auf eine bestimmte Fallschilderung, welche Strafe sie für angemessen halten. Dann fragt man sie, ob sie sich auch eine niedrigere Strafe als schon und eine höhere als noch angemessen vorstellen könnten. Aus den so ermittelten Untergrenzen – nur aus ihnen – bildet man den Durchschnittswert.<sup>38</sup>

### 3. Wo die Vergeltungsidee das Strafrecht stoppt – Beispiele

Dem Strafrecht Einhalt gebieten kann die Vergeltungsidee zunächst in dessen Besonderem Teil. Drei Beispiele sind schon genannt: das Betäubungsmittelstrafrecht, der neue § 217 StGB und § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB. Ein weiteres ist § 89a StGB (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) mit der Variante, dass jemand sich im Erwerb „sonstiger Fähigkeiten“ unterweisen lässt, wenn er vorhat, sie später einmal bei einem Anschlag einzusetzen. Erfasst wird zum Beispiel der Besuch einer Fahrschule, wenn der Fahrschüler plant, mit einem Auto in eine Menschenmenge zu fahren. Aber haben die Menschen ein Vergeltungsbedürfnis, wenn jemand Fahrstunden nimmt? Was sie in unserem Beispiel wohl haben, ist ein Gefahrenabwehrbedürfnis. Aber das ist etwas ganz anderes – und vom Polizeirecht zu befriedigen. So denkt übrigens auch mancher Rechtsphilosoph.<sup>39</sup> Auch hinter § 183 StGB ist *sub specie* Vergeltungsverlangen ein Fragezeichen zu setzen, jedenfalls bei Handlungen unter Erwachsenen: Erscheint es uns heute tatsächlich noch als kriminalstrafwürdig, wenn ein Mann vor einem Erwachse-

nen die Hose herunterlässt? Um auf das dogmatische Potenzial der Vergeltungsidee hinzuweisen, seien noch die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im Besonderen Teil erwähnt. Denn sie wären unter der Herrschaft der Vergeltungsidee nur dort möglich, wo schon der verbleibende äußere (objektive) Tatbestand nach Vergeltung verlangt, das heißt nach der empirisch-soziologischen Lehre: bei den Rechtsgenossen mehrheitlich, nachhaltig und deutlich ein Vergeltungsverlangen auslöst. Das ist bei mindestens drei der objektiven Strafbarkeitsbedingungen im Strafgesetzbuch wahrscheinlich nicht der Fall (in §§ 186, 231 und 323a StGB).<sup>40</sup>

Die Vergeltungsidee kann dem Strafrecht auch in dessen Allgemeinem Teil Grenzen ziehen. Etwa dürfte es dem Rechtsgefühl der meisten Bürger widersprechen, dass die Fahrlässigkeitstatbestände stets auch leichte und leichteste Fahrlässigkeit erfassen.<sup>41</sup> Auch wäre daran zu denken, Eigentums- und Vermögensdelikte nur dann strafbar zu stellen, wenn der Schaden eine bestimmte Minimalsumme erreicht – und die Strafrahen nach Schadenshöhen abzustufen. Ähnliches wäre bei den Körperverletzungsdelikten denkbar; in der Art des französischen Rechts, das Qualifikationsstrafrahmen von der Zahl der Tage abhängen lässt, für die das Opfer arbeitsunfähig wird. – Widerstreben dürfte es den Gerechtigkeitsintuitionen der meisten ferner, dass dem Gesetz die Vorsatzform im Grundsatz einerlei ist und skrupelverhafteter bedingter Vorsatz die gleiche Strafe nach sich zieht wie die Absicht eines Auftragskillers. Man wende nicht ein, die Rechtsprechung berücksichtige den Unterschied bei der Strafzumessung. Denn mit diesem Argument ließen sich sämtliche Unrechtsdifferenzierungen im Gesetz tilgen zugunsten eines Einheitsstrafrahmens, innerhalb dessen dann allein die Weisheit der Gerichte für Gerechtigkeit zu sorgen hätte. Nein, die wesentlichen Weichen auf dem Weg zur Strafe hat der Gesetzgeber zu stellen,<sup>42</sup> und die Vorsatzintensität ist eine solche Weiche – wenn das Ziel ein gerechter Schuldausgleich sein soll.<sup>43</sup> – Als ungerecht empfinden könnten viele zudem die Härte des Gesetzes (und der Rechtsprechung) bei Verbotsirrtümern im wuchernden Nebenstrafrecht<sup>44</sup> sowie die Gleichstellung des Anstifters mit dem Täter in § 26 StGB. Denn es ist zwar schweres Unrecht, den Mordentschluss eines anderen zu wecken. Doch noch einmal klar schwereres Unrecht liegt darin, einen Menschen tatsächlich umzubringen. Dass § 26 StGB diesen Unterschied nivelliert, hat wieder die herrschende Präventionsdoktrin zur Ursache.

Schließlich müsste sich die Vergeltungsidee auch im Prozessrecht strafbegrenzend auswirken. Ein Anwendungsfall sind alle Strafzumessungs- und Vollstreckungslösungen. Das sind alle Fälle, in denen die Rechtsprechung meint, einen Verfahrensfehler dadurch ausgleichen zu können, dass die Strafe gemildert oder nur zu einem Teil vollstreckt wird.

<sup>37</sup> Zu solchen Studien *T. Walter* (Fn. 9), S. 638 ff. mit Nachw.; ferner *Robinson* (Fn. 25), S. 1565–1595; *Manuel Tostain*, L'influence des motivations à punir sur les jugements de responsabilité et l'attribution de sanction aux auteurs d'infractions pénales, in: *Les Cahiers Internationaux de Psychologie Sociale* 2007/3 (Nr. 75–76), 35–49.

<sup>38</sup> So jetzt etwa die Methodik in *Stephan Christoph*, Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch. Die Ermittlungshilfe gemäß § 46b StGB aus dogmatischer und empirischer Perspektive, 2019.

<sup>39</sup> Etwa *Gierhake* (Fn. 29), S. 446 f. Monografisch zum Verhältnis von Gefahrenabwehr und Strafrecht *Felix Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; *Cornelius Prittwitz*, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993.

<sup>40</sup> Vgl. *Tonio Walter*, Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006, S. 75 ff.

<sup>41</sup> Für die Entkriminalisierung etwa schon *Manfred Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 201; *Roxin* (Fn. 1), § 24 Rn. 85 f.; *T. Walter* (Fn. 40), S. 135. So auch der AE in § 16 Abs. 2.

<sup>42</sup> Vgl. *Gunnar Duttge*, Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebots, *JZ* 2014, 261–270 (263 f.); *Tonio Walter*, Vom Beruf des Gesetzgebers zur Gesetzgebung – Zur Reform der Tötungsdelikte und gegen *Fischer* et al. in *NStZ* 2014, 9, *NStZ* 2014, 368–376 (368 f.). Mit der Frage, ob die Strafzumessung darüber hinaus mit *Sentencing guidelines* gesteuert werden solle, hat sich die strafrechtliche Abteilung des letzten Deutschen Juristentages befasst; vgl. deren Beschlüsse unter [file:///C:/Users/LOCALA-1/AppData/Local/Temp/181130\\_djt\\_internet\\_72\\_beschluesse.pdf](file:///C:/Users/LOCALA-1/AppData/Local/Temp/181130_djt_internet_72_beschluesse.pdf), abgerufen 23. 4. 2019.

<sup>43</sup> Vgl. *Tonio Walter*, Der vermeintliche Tötungsvorsatz von „Rasern“, *NJW* 2017, 1350–1353 (1352); *ders.* (Fn. 40) S. 193 ff., 443.

<sup>44</sup> Vgl. *T. Walter* (Fn. 40), S. 410 ff.

Ein wichtiges Beispiel sind Verstöße gegen die EMRK.<sup>45</sup> Dienen Strafen allein der Vergeltung, sind solche Lösungen besonders deutlich ausgeschlossen. Denn Verfahrensfehler haben offensichtlich nicht das Geringste mit jenen Umständen zu tun, aus denen sich das Maß einer gerechten Vergeltung ergibt. Ein Verfahrensfehler muss dann entweder geheilt werden, so dass die volle schuldangemessene Strafe verhängt werden kann. Oder er wiegt so schwer, dass dies nicht möglich ist. Dann muss er zu einem Verfahrenshindernis führen. – Eine weitere prozessuale Folge der Vergeltungsidee sei wieder nur angedeutet: Das Vergeltungsbedürfnis des Menschen hängt stark davon ab, was das Opfer will. Ist es tatsächlich aus freien Stücken bereit zu vergeben und gegen eine Bestrafung des Täters, so senkt dies auch das Vergeltungsbedürfnis seiner (nicht unmittelbar betroffenen) Mitmenschen und ist daher ein Fall, in dem die Vergeltungsidee für ein Verfahrenshindernis spräche.

### V. Wer setzt der Vergeltungsidee Grenzen?

Man mag einwenden, dass die Vergeltungsidee vielleicht dem Strafrecht die eine oder andere Grenze ziehe, dass aber umgekehrt die viel größere Gefahr drohe, es könnte unter Berufung auf diese Idee zu einer weiteren Ausdehnung des Strafrechts kommen. Dem ist zunächst zu entgegen, dass nicht jede Ausdehnung des Strafrechts *per se* falsch sein muss. Ein Wertewandel führt zu neuen Gerechtigkeitsintuitionen, und die können auch zu neuen Vergeltungsbedürfnissen führen – zum Beispiel hinsichtlich des sexuell motivierten „Begrabschens“ anderer Menschen und sonstiger sexueller Handlungen gegen deren Willen. Ferner zieht höherrangiges Recht dem Strafrecht natürlich auch dann Grenzen, wenn man dessen Sinn darin sieht, für das zu sorgen, was die Menschen als gerechte Vergeltung betrachten. Mit Blick auf das verfassungsrechtliche Übermaßverbot sorgt das zum Beispiel – und wie schon erwähnt – dafür, dass vom Strafrecht lediglich die Mindestwünsche der Bürger in Sachen Gerechtigkeit aufzufangen sind, nicht hingegen Maximalforderungen. Gerade das lässt das Strafrecht wieder zu einer wirklichen *Ultima ratio* werden. Wichtiger als höherrangiges Recht ist aber als Grenze für die Vergeltungsidee, dass deren Verwirklichung stets unter dem Vorbehalt einer Abwägung mit anderen legitimen Zielen staatlichen Handelns steht. Der Schutz der freien Presse kann dazu führen, Journalisten bei ihren Recherchen und Artikeln etwas mehr zu erlauben als anderen, der Schutz der Familie und des Erziehungsrechts der Eltern kann dazu führen, das Strafrecht zurückzunehmen, und vor allem kann das Ziel, Rückfälle zu verhindern, bewirken, dass man auf den Vollzug von Freiheitsstrafen verzichtet und sich stattdessen an resozialisierenden Maßnahmen versucht. Denn Rückfälle zu verhindern und so die Kriminalität zu senken, ist ein mindestens ebenso legitimes Ziel staatlichen Handelns wie die Herstellung von Rechtsfrieden durch gerechte Vergeltung.

<sup>45</sup> So etwa bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation oder Verzögerung, hierzu jeweils Karsten Gaede, in: Christoph Knauer (Hrsg.), MünchKommStPO, Bd. 3/2, 2018, Art. 6 EMRK Rn. 334 ff. und Art. 13 EMRK Rn. 27 ff.; Robert Esser, in: Volker Erb u. a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 258 ff., 348 ff.; ders., Europäisches und Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2018, § 9 Rn. 228 ff., 234 ff.; Kai Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 10 Rn. 29 ff.; Edward Schramm, Internationales Strafrecht, 2011, Kapitel 3 Rn. 42 ff.

### VI. Zusammenfassung und Ausblick

Das Strafrecht wurzelt in dem „Hunger nach Gerechtigkeit“<sup>46</sup>, den fast alle Menschen haben, und das heißt in ihrem Bedürfnis nach Vergeltung, wenn Unrecht geschehen ist. Dieser Strafzweck bestimmt das Strafgesetz und die Praxis der Strafgerichte. Zwar hört man in der Wissenschaft vom Strafrecht überwiegend Vorbehalte gegenüber der Vergeltungsidee. Doch die sind unbegründet: Weder sind vergeltende Strafen zwangsläufig besonders hoch oder hart, noch verhindern sie Prävention und Resozialisierung oder animieren dazu, sie zu vernachlässigen. Umgekehrt haben aber die Präventionstheorien, die viele Strafrechtslehrer zum Strafzweck vertreten, strafrechtsexpandierende Wirkung – in der Theorie wie in der Praxis. Und das Rechtsgutdogma sowie das Ultima-ratio-Prinzip, die diese Wirkung begrenzen sollen, versagen, weil das Rechtsgutdogma vom *BVerfG* (zu Recht) für obsolet erklärt worden ist und das Ultima-ratio-Prinzip gegenüber den herkömmlichen Präventionstheorien leerläuft: Niemand verlangt Belege dafür, dass die Androhung von Kriminalstrafen Delikte verhindert, das heißt normfestigend oder abschreckend wirkt, und die Kriminologen sagen uns auch, dass solche Belege nur selten beizubringen wären.

Demgegenüber zieht die Vergeltungsidee dem Strafrecht Grenzen. Strafbar kann ihr zufolge nur sein, was nach Vergeltung verlangt. Im Streit ist, wonach sich dies bemisst. Rechtsphilosophen bemühen sich um eine objektive, heißt natur- oder vernunftrechtlich begründete Antwort. Da sie mit dem Anspruch wissenschaftlich ermittelter, absoluter Wahrheit auftritt, entkoppelt sie sich von den Gerechtigkeitsintuitionen der Bevölkerung und birgt die Gefahr, diesen Intuitionen zu widersprechen – auch wenn sich die Gefahr nicht verwirklichen muss. Das jedoch durchkreuzt die Aufgabe des Rechts, auch des Strafrechts, für Rechtsfrieden zu sorgen. Vorzugswürdig ist es daher, die strafrechtlichen Vergeltungserfordernisse im Ausgangspunkt gleichzusetzen mit den Vergeltungsbedürfnissen der Menschen und diese Bedürfnisse empirisch zu ermitteln (empirisch-soziologische Vergeltungslehre). Hierfür spricht auch die demokratische Staatsform Deutschlands – selbst wenn es die Verfassung dem Gesetzgeber *de iure* erlaubt, die Auffassungen und Wünsche der Bürger zu missachten.

Zwar gibt es bislang nur geringe empirische Erkenntnisse zu den Vergeltungsbedürfnissen der Menschen. Einige gibt es aber doch, und auch wo es sie nicht gibt, lässt sich, solange diese erfahrungswissenschaftliche Lücke besteht, *faute de mieux* immerhin plausibel vermuten. Solche Erkenntnisse und Überlegungen führen zu der Einschätzung, dass eine Reihe von Straftatbeständen zwar zur herrschenden Präventionslogik passt, aber nicht zur Vergeltungsidee. Gleiches gilt für einige Regelungen des Allgemeinen Teils und sogar für solche des Verfahrensrechts (näher oben IV. 3.). Allerdings begründet der Mangel an empirischen Befunden die Forderung, die kriminologische Schwereforschung staatlich zu fördern. Ihre Erkenntnisse sind bei der Gesetzgebung in der skizzierten Art zu berücksichtigen. Am Ende führt die Vergeltungsidee kluge Menschen insgesamt zu einem skeptischen Blick auf die Strafen: Wenn sie nur zur Vergeltung taugen, taugen sie nicht viel – und muss sich mehr einfallen lassen, wer die Gesellschaft positiv verändern will.

<sup>46</sup> Vgl. die Seligpreisungen Jesu im Evangelium nach Matthäus 5, 6.