

der Abwägungslehre und der Widerspruchslösung muss noch durch Wissenschaft und Strafgerichte im Einzelnen geklärt werden. Wegweisend sollte die Einsicht sein, dass die im nationalen Recht entwickelten Beweisverwertungsverbotslehren nicht ohne weiteres auf Strafrechtsfälle mit internationalem Bezug angewendet werden können, wenn dadurch faktisch ausgeschlossen scheint, dass die Verletzung völkerrechtlich verbürgter Pflichten gegebenenfalls auch durch ein Verwertungsverbot geahndet wird. Wenn deutsche Strafgerichte die verfassungsgestützte Berücksichtigungspflicht ernst nehmen, müssen sie die Möglichkeit eines Beweisverwertungsverbots aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls in einer Weise prüfen, die sicher-

stellt, dass hierdurch ein Ausgleich des aus der fehlenden Belehrung entstandenen Nachteils im weiteren Verfahrensverlauf möglich ist.⁹⁵

Das im nationalen Recht entwickelte Abwägungsmodell ist dafür nur bedingt geeignet. Die nationalen Gerichte müssen den Rubikon der völkerrechtlich fundierten Individualrechte noch überschreiten. Dies wird dann geschehen, wenn die Anerkennung der durch das Völkerrecht statuierten subjektiven Rechte kein Lippenbekenntnis bleibt, sondern im Strafprozess echte Konsequenzen hat.

95 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 127, 138-140).

Präventionsorientierte Zurechnung – aktuelle Programme für die Strafverteidigung?

Prof. Dr. Klaus Lüderssen, Frankfurt a.M.

Die 34. Strafrechtslehrertagung, die vom 23.-26.06.2011 in Leipzig stattfinden wird, steht unter dem Thema »Fragmentarisches Strafrecht in einer global vernetzten Welt?« Diese Frage betrifft die Vermehrung und Ausweitung von Tatbeständen und die Lockerung von Zurechnungsprinzipien. In dem nachfolgenden Aufsatz wird für eine Entkoppelung von Zurechnung und Vergeltung zugunsten einer präventiven Orientierung der Zurechnung eingetreten, die es den Gerichten möglich macht, der Anwendung des Strafrechts gerade dort Grenzen zu setzen, wo seine steuernde Funktion besonders in Anspruch genommen wird. Auch wird – am Schluss – angedeutet, welche Rolle die Strafverteidigung dabei übernehmen kann.

Vor einem halben Jahrhundert hat *Eberhard Schmidt* die Ziele der strafrechtlichen Aufklärung als Liberalisierung, Humanisierung, Säkularisierung und Rationalisierung umschrieben.¹ Schrittweise, oft nach der Art der Echternacher Prozession, ist es dazu ja dann auch gekommen, jedenfalls wenn man einmal mitteleuropäische Verhältnisse betrachtet – trotz oder auch vielleicht gerade wegen der großen Katastrophen, die Deutschland der Welt bereitet hat: Krieg und Holocaust. Sieht man genauer hin, so sind Liberalisierung und Humanisierung letztlich auf gutem Wege; aber bei Säkularisierung und Rationalisierung hapert es. Vergewärtigt man sich die letzten beiden Jahrzehnte der deutschen Theoriediskussion, so scheint sich das Prinzip Echternach sogar umzukehren. Ein Schritt vor, zwei zurück. Natürlich ist das nicht generalisierend gemeint, so etwas kann nie stimmen. Aber es gibt partielle Wahrnehmungen, die irritieren.

A. *Joachim Hruschkas* Verdikt in einem der letzten Hefte der ZStW² über den strafrechtlichen Abschied von *Kant* und *Hegel* durch *Ulrich Klug*, ebenfalls bald fünfzig Jahre her³, ist von dieser Art. Dazu passt der Eifer, mit dem *Kai Ambos* – im selben Heft⁴ (freilich nicht ohne Vorbild)⁵ – *Cesare Beccarias* Part an der Humanisierung des Strafrechts bezweifelt.

I. Die Einzelheiten interessieren nicht. Die diffizile *Kant*-Philologie *Hruschkas*, wonach der Akzent der repressiven

Straftheorie *Kants* ausschließlich darauf liege, dass *Kant* – rechtsstaatlich inspiriert – das punitur quia peccatum est gemeint habe, damit aber nichts über die Strafziele sagen wollte, mögen die Spezialisten prüfen. Selbst wenn *Hruschka* Recht hätte, müsste er sich mit der Rezeptionsgeschichte auseinandersetzen. *Kant* steht nun einmal für Vergeltung. Und was *Beccaria* angeht, so ändert die Kritik auch an *seiner* Wirkungsgeschichte nichts.

II. Nein, was nachdenklich stimmt, ist die Frage: Warum immer wieder dieser Rückzug des Strafrechts in die abstrakte, höhere Philosophie? Dass es sich nicht autopoietisch gewissermaßen von selbst rechtfertigt, stimmt ja. Aber wenn man sich klar macht, dass Strafen und Bestraftwerden im Wesentlichen eine Sache des persönlichen Leidens ist, liegt es doch eigentlich näher, Erfahrungen zu sammeln und nicht nur nachzudenken und zu lesen. Dass die hier eher zuständige Soziologie und Psychologie sich dieser Aufgabe entzieht oder ihre Auskünfte jedenfalls dürftig sind, reicht nicht aus als Erklärung für die Fetischisierung der Philosophie. Vielleicht scheitern jene Disziplinen gerade daran, dass die Philosophie eben eine unbeirrbarere Prärogative beansprucht und durchsetzt im Strafrecht. Die empirischen Wissenschaften haben gar keine Chance, in das normative Gerüst einzudringen, wobei freilich wiederum festzuhalten ist, dass sie vorgeben, das auch gar nicht zu wollen. Von dieser Lebenslüge sind viele soziologische und psychologische Aussagen über das Strafrecht, wenn sie sich nicht auf Statistik

1 *Eb. Schmidt*, Die geistesgeschichtliche Bedeutung der Aufklärung für die Entwicklung der Strafjustiz aus der Sicht des 20. Jahrhunderts, ZStrR 73 (1958), 341 f.

2 *Hruschka*, Die »Verabschiedung« Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen, ZStW 122 (2010), 493 f.

3 *Klug*, Abschied von Kant und Hegel, in: J. Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch – der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer 1968, S. 36 f. (wieder abgedr. in: *Klug*, Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, Bd. 2: Materielle und formelle Strafrechtsprobleme, 1981, S. 149 f.), dazu *Lüderssen*, Rechtsfreie Räume, eine moderne Versuchung, 2011 (im Druck).

4 *Ambos*, Cesare Beccaria und die Folter – kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht, ZStW 122 (2010), 504 f.

5 *Naucke*, Einführung in Vormbaum (Hrsg.), C. Beccaria, Von Verbrechen und Strafen [1764], 2005, S. XIII ff.

oder sonstige Tatsachensammlungen beschränken, geprägt und stehen sich damit selbst im Weg.

B. Es sind im Wesentlichen drei – einander zum Teil bekämpfende oder mindestens sich wechselseitig ignorierende Richtungen – die man jetzt registrieren kann. Die Strafe wird entweder begriffen

- als »kategorischer Imperativ« (*Kant*),
- als »Negation der Negation« (*Hegel*)
- oder als systemische Notwendigkeit (im Sinne einer entsprechenden Interpretation *Hegels* aus der Perspektive *Luhmanns*).

Wie sich diese Positionen in dem Bild der Zunft ausnehmen, hat *Stratenwerth* wie folgt beschrieben: »Die deutsche Strafrechtswissenschaft ist kaum mehr innovativ, jedenfalls nicht in der Weise, auf die es ankäme. Das zeigt sich auch und gerade dort, wo es auf den ersten Blick anders zu sein scheint (und in den Augen mancher ausländischer Kollegen wohl auch ist): Bei der Ausbildung neuer in sich geschlossener Denkgebäude, wie sie in Gestalt eines »funktionalen« Strafrechtssystems einerseits, einer Strafrechtslehre »nach Freiheitsgesetzen« andererseits begegnen. Mein hauptsächlichster Einwand wäre, dass sich hier ganze Gruppen von Autoren vorwiegend mit sich selbst beschäftigen. In dem Bemühen, die Regeln der strafrechtlichen Zurechnung auf ihre spezifische Weise zu interpretieren, sei es vom systemtheoretischen Ansatz *Luhmanns* aus oder sei es auch im strikten Rückgang auf *Kants* Rechtsphilosophie. Die entsprechenden Deutungsmuster, in jeweils eigener, hochartifizierter Terminologie entwickelt, die erst dechiffrieren muss, wer sie verstehen will, sehen sich offenkundig nicht als Beitrag zu einem uns allen gemeinsamen Fundus der Strafrechtswissenschaft. Man kann mit ihnen nicht kommunizieren, so wenig sie es untereinander tun, sondern nur für oder wider sie sein. Dabei bezeichnet es die Abstraktionshöhe, in der sie angesiedelt sind, wenn die Realität der Strafe in keinem von ihnen vorkommt. Sie ist, in eigentümlichen Gleichklang der Positionen, die »normbestätigende Antwort« auf eine »normwidersprechende Behauptung«, wenn die Gefahr »einer über die Tat hinausgehenden Störung der Normgeltung« besteht, oder auch »eine Einbuße des Täters zur allgemeinen Geltungsrestitution des verletzten Rechtsverhältnisses«. Nichts sonst«. Und dann fügt *Stratenwerth* hinzu: »Ich sehe sehr wohl die Faszination, die solche überaus anspruchsvollen Gedankengebilde (...) auf jüngere Wissenschaftler ausüben können«^{5a}.

Woran liegt das? Ich wage es einmal mit einer These. Es liegt am (verborgenen) theologischen Ursprung der modernen Strafe.

I. Schon der historische Zugang zu dieser Erkenntnis⁶ ist freilich weitgehend verbaut, weil viele Strafrechtler die moderne Strafrechtsgeschichte erst mit der Aufklärung beginnen lassen, also in eine Zeit verlegen, die weit von der Epoche entfernt ist, die den »öffentlichen Strafanspruch« – im Namen der Allgemeinheit über den Kopf des Täters und Opfers hinweg – hervorgebracht hat. Die Allgemeinheit – das ist der beginnende Staat des hohen Mittelalters, und der ist stark kirchlich-theologisch gefärbt – sieht ihre Aufgabe in der Bestrafung des schuldigen Untertanen, dessen Fähigkeit zur Sünde in dem Maße heraufstilisiert worden ist, wie das Individuum durch die philosophische Theologie

der »ersten Aufklärung«⁷ einen Rang erhält, der einfachen Rechtsordnungen noch fremd ist – mit einer dementsprechenden Indolenz gegenüber seinen Verfehlungen. Die grausamen Strafen des so genannten Mittelalters – längst zu einer Art Spruchweisheit geworden – finden hier ihre Erklärung. Die *metaphysische* geprägte Vorstellung von der unendlichen Freiheit des Menschen⁸, zu sündigen, ist erst – nach einem über mehrere Jahrhunderte sich erstreckenden Prozess – in der Zeit der »eigentlichen«, der zweiten Aufklärung durch einen *säkularisierten* Begriff von der Würde des Menschen, in Freiheit zu handeln, ersetzt worden – so scheint es. In Wahrheit sind die theologischen Elemente des mittelalterlichen Freiheitsbegriffs im späteren philosophischen Idealismus noch spürbar, am deutlichsten in der Konnotation von Sittlichkeit und Freiheit bei *Kant*⁹.

II. Dieses alles muss man sich gegenwärtig halten, wenn man die stetige Erneuerung des philosophischen Idealismus im – immer wieder durch neue empirische Anstöße bestimmten – Wandel der Zeiten genauer untersucht. Die erste Welle des den philosophischen Idealismus kreuzenden Empirismus kommt Ende des 18. Jahrhunderts mit dem, was man später vormarxistischen Materialismus genannt hat, auch von Sensualismus ist die Rede. Im deutschen Strafrecht ist hier zum Beispiel auf *Grolman* zu verweisen, der den Versuch gemacht hat, einen empirischen Tätertypus zu entwerfen¹⁰. Sein – unter dem Einfluss *Kants* stehender – Kollege *Feuerbach* stellte ihn aber so in den Schatten, dass daraus nichts werden konnte. Diese Stimmung im deutschen Strafrecht – mit intellektuellen Höhepunkten im ersten Drittel und schrecklichen Desillusionierungen durch das Entstehen einer verarmenden Industriearbeiterschaft im zweiten Drittel – hielt an bis zum letzten Drittel des 19. Jahrhunderts, als naturalistische und auch soziologische Relativierungen des Strafens erneut Einfluss gewannen. Obwohl der Aufstieg der modernen Naturwissenschaften eigentlich hätte verbürgen können, dass die empirischen Ansätze nicht wieder verschwanden, erlangten sie keine nennenswerte Bedeutung. Um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert erreichte die Philosophie – mit Neukantianismus und Neuhegelianismus – vielmehr im Strafrecht wieder eine Position, die erst durch die Erschütterungen des Weltkrieges – nun zum dritten Mal – ins Wanken kam. Was immer dann in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts Soziologie und auch Psychoanalyse im Strafrecht an neuen Einsichten und Legitimationszweifeln beförderten – es wurde weggeschwemmt durch die Barbarei des Nationalsozialismus, der sich opportunistisch für die Durchsetzung eines perversen Machtanspruchs aus allen Lagern bediente – jenseits allen Rechts. Als das vorbei war, kam es sofort zu einer erneuten Öffnung gegenüber westlich relativistischen und pragmatisch motivierten Anläufen, und es hätte sich hier etwas kontinuierlich entwickeln können, wenn nicht

5a *Stratenwerth*, »Wahres« Strafrecht, FS Lüderssen, 2002, S. 373 ff. (380).

6 Detaillierter *Lüderssen*, Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft, FS Hassemer, 2010, S. 476 (477 f.).

7 *Flasch/Jeck* (Hrsg.), Das Licht der Vernunft. Die Anfänge der Aufklärung im Mittelalter, 1997.

8 Dazu *Angenendt*, Geschichte der Religiosität im Mittelalter, 1997, S. 104 f.

9 Zum Vorstehenden genauer *Lüderssen*, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989, S. 25 f.; *ders.*, in: *Lüderssen* (Hrsg.), Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs, 2002, S. 21 f., 235 f.

10 Vgl. *Lüderssen*, Karl Ludwig Wilhelm von Grolman, in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1971, Sp. 1808-1814.

doch wieder der Anspruch einer idealistischen, a priori werthaltigen Philosophie dem Neueren den Rang abgelaufen hätte – in Deutschland dieses Mal vor allem durch die konservative, um nicht zu sagen reaktionäre Rechtsprechung des *BGH*. In den frühen sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts begann sich auch diese Bastion wieder aufzulösen, und nun kam es wirklich zu einer sehr intensiven, ganz vielseitigen Neuorientierung des Strafrechts.

Zum ersten Mal war ganz offen von interdisziplinären Zuständigkeiten die Rede, und dabei ist es lange geblieben. Die neuen Anregungen kamen von so vielen Seiten, dass niemand es nötig hatte, den philosophischen Idealismus vollständig beiseite zu drängen, vielmehr gehörte er sozusagen dazu, nur der Alleinvertretungsanspruch verblasste. Das ging so durch Jahrzehnte.

III. Aber jetzt könnte sich das Blatt erneut wenden. Die drei genannten Richtungen verbinden sich objektiv zu einer breiten Strömung, die durch Gegenkonzepte nicht aufgehalten wird. Dass die Kriminologie auch jetzt schweigt oder nur Marginales zur normativen Debatte beiträgt, überrascht nicht. Bei den anderen Sozialwissenschaften besteht erst recht wenig Neigung, sich mit Strafrecht zu beschäftigen, allenfalls kann man bei den Nachfahren der soziologisch-philosophischen Frankfurter Schule etwas Einschlägiges finden, dann aber eher im Rahmen der *Hegel*-Tradition, also ganz unempirisch.

C. Neue Theorien der Prävention müssten also geschrieben werden, zunächst unter Zurückweisung der unsinnigen Idee, das sei eine Sache des Sicherheitsstaates, eine Idee, an deren Zustandekommen Vertreter absoluter Straftheorien ihren – unheiligen – Anteil haben. Sodann müsste die gebetsmühlenhafte Aufzählung von Sicherheit, Besserung und Abschreckung als Präventionsziele ersetzt werden durch moderne Begriffe. Es genügt nicht, dass inzwischen anstelle der Besserung das Wort *Resozialisierung* getreten ist und man nicht mehr Umwelt und Anlage sagt, sondern *Sozialstruktur und Sozialisation*. Dieser Austausch der termini ist auch schon Jahrzehnte alt.

I. So lange die Zurechnung noch an die Vergeltung gekoppelt wird, ist ein Junktim festgeschrieben, das nicht ernsthaft und auf Dauer in Frage gestellt werden kann, wenn die Theoretiker der Prävention sich nicht in der Lage sehen, diese mit dem Zurechnungsgedanken zu verbinden. Nach Überwindung der quasi naturrechtlichen Rechtsprechung des *BGH* ist das allerdings in wichtigen Ansätzen gelungen. Man weiß jetzt: Wer für nicht zurechenbares Verhalten verurteilt wird, kann schwerlich einer Resozialisierung zugänglich gemacht werden. Diese einfache Wahrheit ist durchgesetzt worden, obwohl es an den Rändern sofort wieder Schwierigkeiten gibt, wenn zweifelhaft ist, ob die Verurteilung richtig war, ob sie auf einer legitimen Grundlage beruht¹¹.

Doch auf diesen Punkt beschränkt sich die Diskussion der Verbindung von Zurechnung und Prävention nicht. Vielmehr wird auch gesagt, dass bei mangelnder Präventionsnotwendigkeit eine strafrechtlich relevante Zurechnung unterbleiben könne¹². Hier hat sich dann allerdings sehr bald der Einwand eines *circulus vitiosus* erhoben. Denn wenn es beispielsweise gerade die Einsicht in das begangene Unrecht sein soll, die als Voraussetzung für Resozialisierung fungiert,

könne die Feststellung dieser Einsicht nicht davon abhängig gemacht werden, ob eine Resozialisierungsnotwendigkeit besteht¹³. Die größte und gründlichste Darstellung der Probleme des Allgemeinen Teils, die wir je hatten, die beiden Bände des *Roxin'schen* Lehrbuchs, ist freilich durchdrungen von der Unumkehrbarkeit des Fortschritts von der vergeltungsorientierten Schuld zur präventionsorientierten Schuld¹⁴. Das ist immerhin ein starkes Indiz dafür, dass die Sache mit dem *circulus vitiosus* vielleicht unnötige juristische Selbstquälerei ist. Aber eines geht sicher nicht: aus logischen Gründen gleichsam zum Vergeltungsprinzip der Strafe zurückkehren.

II. Hält man demnach erst einmal daran fest, dass die Abkoppelung der Schuld von der Vergeltung vielleicht die wichtigste Leistung ist, welche die neue Strafrechtsdogmatik bisher erbracht hat, so ist ihre Leugnung durch die neuen Fundamentalismen ein wirklich ernstes Problem. Auch der Kunstgriff, die Vergeltung in den Dienst relativer Strafzwecke¹⁵ oder der Genugtuung für das Opfer¹⁶ zu stellen, kann den archaischen Kern nicht beseitigen, der im Vergeltungsdanken liegt. Wer keinen Unschuldigen den relativen Strafzwecken ausliefern möchte, muss daher einen Zurechnungsbegriff entwickeln, der zu dieser Position passt.

III. Wenn nun aber diese Aufgabe beim gegenwärtigen Stand der Dogmatik unlösbar erscheint? Werden vielleicht die Sozialwissenschaften weiterhelfen? Vorerst können sie es nicht, denn die utilitaristische Bevorzugung der Prävention, für die Sozialwissenschaftler überwiegend eintreten, ist mit einer Eliminierung der Schuld als einer an die abgelehnte Vergeltung gekoppelten Kategorie verbunden. Die Sozialwissenschaften haben, so scheint es, diese Vorurteilsstruktur bisher nicht aufgelöst. Die Juristen müssen das Kapitel »Zurechnung und Prävention« nach wie vor selbst verwalten, sind den Sozialwissenschaften sozusagen einen Schritt voraus, ohne das Problem allein lösen zu können. Moderne Rechtstheorien lehren, dass der Preis der Vielfalt das Zugeständnis an die Kreativität von Paradoxien sein könnte¹⁷. Ist die Integration von Zurechnung und Prävention ein einschlägiger Anwendungsfall? Das Kreative könnte darin bestehen, das Nebeneinander von gesellschaftlichem Bedürfnis nach persönlicher Zurechnung und Prävention mit der Tendenz zu verbinden, die Strafe zurück zu drängen, ohne auf das zu verzichten, wofür sie immer gestanden hat, die rechtswidrige schuldhaftige Tat. Die Annahme, der Wechsel vom Vergeltungszweck zum Präventionszweck impliziere im Grunde, dass damit der Prozess der Abschaffung der Strafe

11 Dazu Lüderssen, Abschaffen des Strafans, 1995, S. 162 f.

12 Die Lehre ist im Wesentlichen von Claus Roxin entwickelt worden, am deutlichsten formuliert in: Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems, FS Kaiser, 1998, S. 885 f.; vgl. im Übrigen die Zusammenstellung seiner einschlägigen Arbeiten bei Lüderssen, Irrtum und Prävention, FS Roxin, 2001, S. 457 (467 Fn. 33).

13 Besonders deutlich formuliert von Hirsch, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994), S. 746 f. (757) und Stratenwerth, Die Zukunft des Strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 36; dazu auch: Klaus Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005, S. 80 ff.

14 Vgl. die zentralen Stellen in AT 1, 4. Aufl. (2004), S. 205 f.; vielleicht ist es nicht überflüssig zu sagen, dass generalpräventionsorientierte Zurechnung ausscheidet, weil Generalprävention nur als Funktion der Strafandrohung verfassungsrechtlich erlaubt ist (streitig).

15 Dazu Hassemer, Warum Strafe sein muss, 2010, S. 59 f.

16 Hinweis auf neuere Literatur bei Lüderssen, Rechtsfreie Räume (Fn. 3).

17 Lüderssen, Paradoxien im Strafrecht und Strafprozessrecht, FS D. Simon, 2005, S. 367 f.

eingeleitet wird, ist in dem Maße plausibel, wie man die Sinnlosigkeit auch von präventiv legitimierten Bestrafungen einsieht. Bei Jugendlichen wird das längst getan¹⁸. Der Weg, dieser Einsicht im gesamten Sanktionssystem zum Durchbruch zu verhelfen, führt nur über die Zwischenstation, die Strafe erst einmal auf eine präventive Bedeutung zu reduzieren. Prävention wird leichter akzeptiert, so lange man sie noch mit dem bewährten beruhigenden Mittel der Strafe zu erreichen suchen will. Ein Rechtssystem, das nicht mit der Strafe arbeiten möchte, darf aber die persönliche Zurechnung keineswegs ohne Wirkung lassen. Wenn diese Wirkung darin bestehen soll, dass unerwünschtes Verhalten künftig unterbleiben soll, dann muss überlegt werden, wie man sie erreichen kann. Ist eine Gesellschaft so weit entwickelt, dass ihre Mitglieder die bloße *Feststellung* von Unrecht und Schuld akzeptieren, wäre das der Idealfall. Dass das keine Utopie ist, zeigt die Verneinung eines Rechtsschutzbedürfnisses für Leistungsklagen im Verwaltungsrecht. Hier genügt die Feststellung, weil man davon ausgeht, dass Behörden, wenn ihre Verpflichtung feststeht, auch zahlen. Muss aber, um diese Prävention zu erreichen, »nachgeholfen« werden, sollte man sich etwas einfallen lassen, was geeignet ist, den Ursachenverlauf, der zum unerwünschten Sozialverhalten geführt hat, gleichsam umzukehren. Das kann sehr viel sein¹⁹, beispielsweise wären die Ideen, die im Jugendstrafrecht insoweit schon produziert worden sind, zu multiplizieren, zumal wenn man sich der Einsicht nicht verschließt, dass die Jugendlichkeitsgrenze von 21 Jahren kollidiert mit dem, was man weiß über die lange Phasenverschiebung der Erlernung sozialverträglichen Verhaltens^{19a}. Aber so lange sich immer wieder die von *Kant*, *Hegel* und *Luhmann* verordnete soziale Abstinenz durchsetzt und der für die Erneuerung dieser Ideologien für erforderlich gehaltene große Begründungsaufwand die besten Geister fesselt, besteht wenig Hoffnung, dass Kräfte frei werden für Forschungsprogramme, die dem, was die Praxis zwar seit langem, aber immer noch unbeholfen tut, endlich die nötigen Grundlagen liefert.

D. Was können die Strafverteidiger bei dieser Sachlage tun?

I. Sie können im Einzelfall testen, ob das entscheidende Gericht die Neigung erkennen lässt, konsequent präventionsorientiert zu arbeiten. Man sollte meinen, dass das für die Strafzumessung bereits weitgehend der Fall ist, aber für die so genannte Einsatzstrafe ist nach wie vor das Vergeltungsprinzip maßgebend. Präventive, also im Wesentlichen auf Abschreckung oder Resozialisierung bezogene Erwägungen treten nur modifizierend hinzu. Das ist angesichts der Regelung des § 46 Abs. 1 S. 1 StGB auch gar nicht anders zu erwarten.

II. Kann man aber sehen, dass das Gericht auch Erwägungen zugänglich ist, die schon die Schuld präventiv fixieren, etwa nach dem Motto, was darf dem Beschuldigten zugerechnet werden, damit es konstitutiv ist für den präventiven Sinn einer daran geknüpften Strafe²⁰, dann eröffnen sich zusätzliche Argumentationspotenziale nicht nur für den Ausgangspunkt der Strafzumessung, sondern auch schon für die Tatfrage auf allen Ebenen: Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld im engeren Sinne. Das ist, obwohl die theoretische Verknüpfung von Zurechnung und Prävention seit langem diskutiert wird, für die praktische Strafverteidigung Neuland. Damit es – nicht zuletzt unter

den neuen Auspizien global vernetzter Kriminalisierung – betreten werden kann, bedarf es vielleicht einer gewissen Schulung.

1. Dazu würde zunächst gehören, dass die Grundlagen für die Verbindung von Zurechnung und Prävention breit und intensiv diskutiert werden. Die Zeitschrift *Strafverteidiger* könnte ein Forum dafür abgeben. Voraussetzung dafür wäre natürlich wohl auch, dass in die Erörterung der Vorfragen eingetreten wird. Können und wollen wir uns wirklich vom Vergeltungsdenken und damit von dem, was der neue »Fundamentalismus« präsentiert, endgültig distanzieren?

2. Dann müssten Strategien entwickelt werden, wie man das erworbene Wissen in das Verfahren einbringt.

a. Dabei kommt es zunächst auf den Zeitpunkt und die Art vorbereitender Rechtsgespräche an, insbesondere mit Blick auf § 257c StPO²¹. Auch diese Fragen könnten in speziellen Beiträgen des *Strafverteidiger* behandelt werden.

b. Es gibt aber auch die Möglichkeit von Beweisanträgen, nämlich immer dann, wenn die Sachkunde des Gerichts nicht ausreicht. Rechtsfragen, die sich auf Unrecht und Schuld beziehen, gehören normalerweise nicht dazu. Das ist die gängige Auslegung des § 244 Abs. 4 S. 1 StPO. Wenn aber Notwendigkeit und Realisierbarkeit der Prävention künftigen strafbaren Verhaltens des Beschuldigten schon in die Dogmatik der Zurechnung einzubeziehen ist, tauchen an dieser Stelle mit Sicherheit Fragen auf, die speziellen sozialpsychologischen Sachverstand erfordern²². Welche Beweisanträge im Einzelnen möglich und wie sie zu formulieren sind, bedarf der genauen Untersuchung. Wiederum könnte das im *Strafverteidiger* geschehen.

c. Was insofern nicht erst für die Strafzumessung, sondern auch schon für die Tatzurechnung gilt, hat natürlich erst recht Bedeutung im Strafvollzug. Er eröffnet damit ein weiteres, relativ neues Tätigkeitsfeld für den Strafverteidiger. Es würde darum gehen, die Umsetzung der präventiven Konzepte zu kontrollieren, die schon im Urteil konsequenter formuliert werden, wenn der Vergeltungsgedanke verschwindet. Es wäre begrüßenswert, wenn es nun auch darüber zu einer Debatte im *Strafverteidiger* kommen würde.

18 Lüderssen, Rechtsfreie Räume (Fn. 3).

19 Vgl. die Hinweise bei Lüderssen FS Hassemer (Fn. 6), S. 467 (480); ders., in: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Bd. 1, 1998, S. 479 f.

19a Dazu Lüderssen, Rechtsfreie Räume (Fn. 3)

20 Genauer zu den psychologischen Mechanismen, auf die es hier ankommt, Lüderssen FS Hassemer (Fn. 6), S. 467 (473 f.) und FS Roxin (Fn. 12), S. 468 f.

21 Zum Problem der rechtlichen Bewertung der Tat im Kontext dieser Vorschrift Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010, § 257c Rn. 82. Über weitergehende, die Schuldfrage ausdrücklich einbeziehende Modelle, s. Lüderssen, Verständigung im Strafverfahren, FS Hamm, 2008, S. 419 f. (429).

22 Genauer Lüderssen, Grenzen der »Sachkunde« des Gerichts (§ 244 Abs. 4, Satz 1 StPO), für die Beurteilung der inneren Tatseite bei jugendlichen Tätern, speziell mit Blick auf den bedingten Vorsatz, FS Schreiber, 2003, S. 289 f.