

Staat und Strafrechtspflege

Johannes Kaspar*

Rezension zu Klaus-Ferdinand Gärditz, *Staat- und Strafrechtspflege*, Verlag Ferdinand Schöningh, 2015, 132 Seiten

Strafrecht und Öffentliches Recht sind an den juristischen Fakultäten in zwei verschiedenen Säulen organisiert; Forschung und Lehre erfolgen weitgehend unabhängig und getrennt voneinander. Das hat seine Gründe, bringt allerdings den nicht unerheblichen Nachteil mit sich, dass gerade die Schnittstellen beider Rechtsgebiete eher selten vertieft bearbeitet werden, also auch die Frage der spezifisch verfassungsrechtlichen Rechtfertigung und Begrenzung von Strafrecht und Strafe. Allerdings scheint sich diesbezüglich in letzter Zeit eine Trendwende anzudeuten. So lautete etwa das Generalthema des Symposiums der jungen Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler bereits im Jahre 2012 in Berlin „Verfassung und Strafrecht“. Winfried Hassemer, der wie kaum ein anderer in beiden Welten zu Hause war, hat in seinem Vorwort zum Tagungsband eindringlich für eine weitere Vertiefung der dort angesprochenen Fragen plädiert. Auch sind in den letzten Jahren einige Monografien erschienen, die sich intensiver mit den Beziehungen beider Rechtsgebiete beschäftigen. Die Grenzgänge mehren sich also in jüngerer Zeit, und zu den wichtigsten Protagonisten dieser Entwicklung zählt auf der Seite der Vertreter des öffentlichen Rechts sicherlich Klaus Ferdinand Gärditz, der eine luzide und lesenswerte Schrift über „Staat und Strafrechtspflege“ vorgelegt hat. Sie enthält viele anregende, zum Teil auch provokante und zum Widerspruch reizende Thesen über das Verhältnis von Verfassung, Staat und Strafe. Die Gedankenführung des Autors, die sich in insgesamt 10 Abschnitten vollzieht, soll im Folgenden nachgezeichnet und mit kritischen Rückfragen aus Sicht des Strafrechtswissenschaftlers versehen werden.

In einem ersten einführenden Abschnitt geht Gärditz auf die „wissenschaftliche Entkopplung von Staat, Verfassung und Strafrechtspflege“ ein. Er konstatiert zu Recht, dass man sich mit der jeweils anderen Seite oft nicht intensiv und vertieft auseinandersetzt: In der Staatslehre werde das Strafrecht „nicht oder bestenfalls kurSORisch gestreift“ (S. 9). Es spiele in neueren verfassungstheoretischen Diskursen „keine Rolle“ (S. 9). Der Autor legt im Folgenden dar, warum dies bedauerlich ist und warum sich die Verfassungstheorie um den Begriff und die Rechtfertigung von Strafe bemühen müsse. Strafbegründungstheorien sind nach ihm „konzentrierter Herrschaftsbegründungen“ (S. 11). Die Rechtfertigung von Strafe bezeichnet er treffend als „sozial-philosophisches sowie politisch-theoretisches Laboratorium“ (S. 11). Als Programm seiner weiteren Ausführungen hält Gärditz fest, dass es um

* Prof. Dr. Johannes Kaspar lehrt Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht an der Universität Augsburg.

die „verfassungstheoretische Funktion der Strafe im demokratischen Rechtsstaat“ gehen soll (S. 12). Damit wird zugleich einer der interessantesten (letztlich aber auch durchaus problematischen) Punkte bereits hier angedeutet, namentlich die Rolle des Demokratieprinzips bei der Begründung und Rechtfertigung von Strafrecht und Strafe.

Der Autor weist einleitend auf die sehr unterschiedlichen Ansätze zur Legitimation von Strafe hin, spricht dann aber (diese Unterschiede zu sehr einbwend) von einem punitiven Zweck der Strafe, der „universell verstehbar“ sei (S. 13). Es wird von einem „gemeinsamen sozialen Basissinn“ (S. 13) gesprochen, ohne dass an dieser Stelle ganz klar wird, ob damit eher ein vergeltungsorientierter oder präventionsorientierter Ansatz gemeint ist. Durch die verwendeten Begrifflichkeiten bleibt hier also noch offen, was genau die Zwecke sein könnten, die mit Strafrecht und Strafe nicht nur tatsächlich verfolgt werden, sondern diese möglicherweise auch legitimieren. Zuzustimmen ist dem Autor aber unabhängig von dieser Frage in seiner (wie er es formuliert) „unheilschwangere(n) Vorahnung“, „dass die Welt ohne Strafrecht wohl noch viel schlechter wäre“ (S. 14). Dabei setzt der Autor, wie auch die folgenden Ausführungen deutlich machen, ein staatlich organisiertes und zugleich eingehegtes Strafrecht voraus.

Im nächsten Abschnitt geht es dem Autor um „institutionelle Ausdifferenzierungen des modernen Staates und Verstaatlichung der Strafrechtspflege“ (S. 17 ff.). Dabei wird zugrunde gelegt, dass das moderne Strafrecht eine „staatliche Veranstaltung“ ist (S. 17). Daraus folgt die nötige institutionelle Ausdifferenzierung, die der Ausübung der Strafgewalt einen „verlässlichen Rahmen“ vermittelt (S. 18). In diesem Kontext wird auf die besondere Bedeutung des Strafrechts und der Strafrechtspflege hingewiesen. Die Strafe erscheint im Einklang mit der ganz herrschenden Ansicht als „Archetyp der Sanktion“, als das „schärfste Schwert im Arsenal des Rechts“ (jeweils S. 19). Es ist sicher richtig, dass die Strafgewalt „zugleich basale Legitimationsprobleme staatlicher Herrschaft“ berührt (S. 19) – und damit an sich ein geborenes Zentralthema der Verfassungsrechtswissenschaft sein müsste.

Im nächsten Abschnitt über „Institutionelles Strafrecht als Staatssymbolik“ (S. 21 ff.) wendet sich Gärditz der Legitimations- und Rechtfertigungsfrage etwas genauer zu. Hier wird einleitend und etwas apodiktisch zum Ausdruck gebracht, dass Strafrecht sich nur institutionell legitimieren lasse, „weil Strafe ihren (primären) Sinn aus einer sozialen Kommunikationsfunktion“ beziehe (S. 21). Dabei wird allerdings nicht ganz deutlich, was mit dem „Sinn“ von Strafe gemeint ist. Letztlich entscheidend ist doch, ob es sich um eine Zielsetzung handelt, die zur Legitimation der Strafe in einem verfassungsrechtlichen Kontext beiträgt. In dieser Richtung wird man Gärditz hier auch verstehen können; aber dann sollte man zur Vermeidung von Missverständnissen besser nicht vom „Sinn“ einer Maßnahme spre-

chen, sondern den verfassungsrechtlich anschlussfähigeren und für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit entscheidenden Begriff des vom Staat verfolgten Zwecks verwenden.

Zugleich ist hier problematisch, dass ohne weitere Erklärung oder Einleitung von einer sozialen Kommunikationsfunktion von Strafe ausgegangen wird. Damit wird auf moderne expressive Straftheorien Bezug genommen, deren Nutzen für eine Legitimation der Strafe (über die bloße Beschreibung des Wesens von Strafe hinaus!) noch nicht feststeht und aus Sicht des Verfassers dieser Rezension sogar eher zweifelhaft ist. Den kommunikativen Aspekt weiter ausdifferenzierend spricht Gärditz in der Folge von einem „hohen Grad an Symbolsprache“ (S. 22) gerade durch das Strafrecht. Letzteres sei in einer modernen und rationalen säkularen Gesellschaft „eine verbliebene Wärmequelle gesellschaftlich integrierender Symbolik“ (S. 23). Das dürfte als sozialpsychologische Beschreibung durchaus zutreffend sein, wirft aber die Frage auf, inwiefern sich hieraus auch eine Rechtfertigung von Strafrecht und Strafe ergeben kann. Gärditz liefert zunächst nur eine Andeutung, wenn er ausführt, dass Strafrecht „normative Kommunikation [sei], die erst die Matrix für sekundäre Präventionsziele bildet“. Aber was heißt das konkret? Und auf welche Zwecke oder Ziele ist bei der Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dann abzustellen? Kommt der Unterteilung von primären und sekundären Funktionen im Kontext der Verhältnismäßigkeitsprüfung Relevanz zu?

Im folgenden Abschnitt kommt man der Funktionsfrage dann noch einen weiteren Schritt näher. Gärditz spricht hier von einer „Stabilisierung der normativen Verhaltenserwartungen“ (S. 24). Damit wird deutlich, dass er sich im Bereich einer systemtheoretisch fundierten Straftheorie im Sinne von Jakobs bewegt. Gerade diese ist aber eben alles andere als unumstritten und hätte etwas mehr Erläuterung oder Begründung bedurft. Überzeugend ist in diesem Zusammenhang die Aussage, dass der Strafrechtspflege in dieser Hinsicht eine Sonderrolle zukomme, da ihr eine besondere „sozialkommunikative Eindruckskraft“ eigen sei (S. 24 f.). Erneut taucht der bereits eingangs formulierte und heute einigermaßen konsensfähige Gedanke auf, dass eine Rechtsordnung auf die Strafrechtspflege kaum verzichten könne (S. 25).

Der folgende Abschnitt widmet sich dem „Strafrecht als Spiegel des freiheitlichen Rechtsstaats“ (S. 29 ff.). An dieser Stelle findet sich die wichtige (und leider alles andere als triviale oder selbstverständliche) Festlegung des Autors, wonach es sich bei der staatlichen Strafe um einen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff handele. Die Geschichte des Verhältnisses von Strafrecht und Verfassungsrecht ist von gewissen Immunisierungs- und Abkoppelungstendenzen gekennzeichnet. Schon die klassische Abwehrfunktion der Grundrechte einschließlich des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes war in ihrer Bedeutung als

Grenze des materiellen Strafrechts lange Zeit unterthematisiert. Im Gegenteil finden sich in der Vergangenheit immer wieder Versuche, das Verfassungsrecht in seiner Bedeutung für den Bereich des Strafrechts zu relativieren, wovon die Annahme eines „besonderen Gewaltverhältnisses“ für Strafgefangene ein prominentes Beispiel ist. Auch darüber hinaus wurde teilweise vertreten, dass die Formulierung von strafrechtlichen Verbots oder sogar die auf deren Verletzung beruhende Strafe der Geltung der Grundrechte entzogen seien, indem man die mit Strafrecht und Strafe verbundenen Freiheitseingriffe schlicht negierte. Das ist aus heutiger Sicht, wie Gärditz klarstellt, keine vertretbare Position mehr. Er weist darauf hin, dass in keinem anderen Rechtsgebiet „staatlicher Zwang und private Freiheitsinteressen mit derartiger Wucht aufeinander“ trafen. Pointiert wird Strafrecht aus diesem Grund als „Freiheitskonfliktverdichter“ sowie (im Anschluss an einen Ausdruck von Roxin) als „Verfassungsseismograph“ bezeichnet (jeweils S. 31).

Im Folgenden wird versucht, die Besonderheit gerade strafrechtlich sanktionierter Verbote im Vergleich zu allgemeinen (ggf. anders sanktionierten) Verbotsnormen zu begründen. Nach Gärditz ist das Strafrecht im Unterschied zu präventivpolizeilichen Ordnungsmustern dadurch gekennzeichnet, dass es dem potenziellen Täter „die Freiheit seines Handelns belässt, ihn aber dafür auch reaktiv verantwortlich macht“ (S. 34). Dass die Rechtsstrafe auf dieser Basis eine „solidarische Ernstnahme des Täters als kommunizierendes Subjekt“ ist (S. 34), fügt sich in die straftheoretische Begründungslinie von Hegel bis Jakobs gut ein. Ob man aber wirklich sagen kann, dass Straftaten wie z.B. ein Raub oder eine Vergewaltigung in sinnvoller und weiterführender Weise als „Konsequenz eines individuellen Ordnungswurfs“ verstanden werden können, die sodann durch die Strafe (verstanden als normativer Widerspruch gegenüber diesem Entwurf) „gewürdigt“ werden, ist doch sehr fraglich. Man wird die Dinge hier deutlich profaner sehen können. Das Strafrecht enthält die Androhung von gravierenden negativen Folgen, was unübersehbar dem Ziel dient, dass die in der Verbotsnorm beschriebenen Verhaltensweisen idealerweise vollständig unterbleiben. Man überlässt hier also keineswegs sehenden Auges Freiheitssphären, um dann quasi gewollt und plangemäß erst ex post zu reagieren. Das Strafgesetz versucht vielmehr, schädliche „Freiheitsbetätigungen“ in deutlicher Weise als Unrecht zu markieren und damit möglichst von vornherein zu verhindern. Dass das vielfach nicht gelingt und dann nachträglich sanktioniert wird, zeigt dann nur die Grenzen des faktisch und rechtlich Möglichen auf.

Die durchaus ambivalente Bedeutung von Strafe und Strafrecht in einer freiheitlichen Gesellschaft wird von Gärditz treffend auf den Punkt gebracht. Er schreibt, dass in einer Demokratie „Freiheit vor und Freiheit durch Herrschaft in einer dauerhaften oszillierenden Konkurrenz“ stünden (S. 37). Zurecht konstatiert er eine „Expansion der Strafrechtspflege“ (S. 37); der Autor warnt an dieser Stelle darüber

hinaus vor einer „essentialistischen Übersteigerung des Bürgerstatus“, die eine besondere Gefahr im Strafrecht darstelle (S. 37). Soweit damit gemeint ist, dass eine Unterteilung von Bürgern und Feinden im Sinne von Jakobs abzulehnen ist, weil dabei die Rechtspositionen der als solche bezeichneten „Feinde“ unweigerlich missachtet zu werden drohen, wäre dem uneingeschränkt zuzustimmen.

Im folgenden Abschnitt, der ein zentrales Kapitel der Arbeit darstellt, geht es um „Strafrecht und Demokratie: Eine nicht ganz einfache Beziehung“ (S. 39 ff.). Dieser Abschnitt ist gerade aus Sicht der Strafrechtswissenschaft besonders ertragreich, denn Gärditz greift hier mit dem Demokratieprinzip einen Aspekt auf, der in der Tat bislang in der Diskussion über die Funktion und Legitimation von Strafe etwas stiefmütterlich behandelt wurde. Einen möglichen Grund hierfür liefert der Autor gleich zu Beginn des Abschnitts. Er sieht das Strafrecht als „Herausforderung für eine Demokratie“, „weil es seine soziale Symbol- und Überzeugungskraft aus vordemokratischen Bedeutungszuschreibungen bezieht“. Das Verhältnis von Strafrecht und Demokratie sei „immer noch durch ein Miteinander-Fremdeln geprägt“ (S. 39). Es dürfte eine zutreffende Analyse des Meinungsstands sein, wenn der Autor konstatiert, dass in den straftheoretischen Ausführungen die „Funktionsbedingungen der Demokratie“ bislang nahezu keine Rolle spielen. Gärditz spricht (sehr pointiert) von „Anachronismen theoretischer Demokratieabstinenz, metaphysischer Übersättigung und kultivierter Traditionsbefangenheit der Strafrechtswissenschaft“ und erwähnt in diesem Zusammenhang den „lange(n) Schatten des Idealismus“ (S. 40). Das sind starke Worte, die allein schon geeignet sind, das theoretische Grundverständnis vieler Strafrechtswissenschaftler empfindlich zu treffen. Und die Dinge werden nicht besser, wenn Gärditz in der Folge die Demokratie als „Befreiung von den Gerechten“ beschreibt und weiter die Grundrechte als „Gerechtigkeitsabwehrrechte“ bezeichnet. Das ist sehr pointiert formuliert, aber als demokratietheoretisch fundierte Kritik an den absoluten Straftheorien, die den unklaren und stets missbrauchsgefährlichen Topos der vergeltenden „Strafgerechtigkeit“ in den Mittelpunkt rücken, durchaus überzeugend. Auch dass in der Demokratie „an die Stelle der Gerechtigkeit (...) zur Eingriffsrechtfertigung hinreichende Sachgründe getreten“ seien (S. 41), ist nicht nur als tatsächliche Entwicklung zutreffend, sondern auch wünschenswert. Etwas zu kurz kommt hier und im Folgenden aber, dass der Gesetzgeber selbst natürlich an die Verfassung und die dort enthaltenen Prinzipien einschließlich des Verhältnismäßigkeitsprinzips gebunden ist. Soweit Gärditz das demokratische Verfahren auch als Möglichkeit anpreist, sich „externen Standards der Rationalität“ zu entziehen (S. 40 f.) unterschlägt er diesen verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt mit seinem kritischen Potenzial. Auch der demokratisch legitimierte Gesetzgeber kann irren und Minderheitenrechte verfehlten, erst recht im notorisch von irrationalen Ängsten begleiteten Feld der Kriminalpolitik. Gerade zur Korrektur von solchen Irrtümern stehen die Verfassung und

das zu ihrer Auslegung berufene Verfassungsgericht bereit. Natürlich ist es richtig, dass die „Definition des Strafbaren und Ausgestaltung der Straftatbestände“ (S. 43) zunächst in der Verantwortung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers liegt und er hierbei einen auch vom Bundesverfassungsgericht zu respektierenden Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum hat. Die Schaffung von Vorfeld-Straftatbeständen zur Risikoeindämmung oder zur Terrorismusbekämpfung sind vor diesem Hintergrund für Gärditz „keine Anomalien oder gar prekäre Übergriffe, sondern im Ausgangspunkt zunächst einmal legitime demokratische Entscheidungen“ (S. 43). Soweit damit eine Art Richtigkeits- und Legitimationsvermutung verbunden sein sollte, unterschlägt das den zuvor vom Autor selbst mehrfach betonten besonderen Eingriffscharakter von Strafrecht und Strafe. Gerade die von Gärditz zutreffend beschriebene herausgehobene symbolische Bedeutung des Strafrechts macht es eben auch anfällig für überzogene und überhastete kriminalpolitische Entscheidungen des Gesetzgebers. Vor diesem Hintergrund ist es auch kritisch zu sehen, wenn Gärditz das Strafrecht als Instrument beschreibt, „dessen ursprüngliche Reaktionsmechanismen derart stabil akzeptiert sind, dass sie kraft ihrer Symbolmächtigkeit sinnvoll eingesetzt werden können, ohne dem Gesetzgeber Rechenschaft über Funktion und Nützlichkeit von Strafe abzuverlangen“ (S. 45). Ein solcher weitgehender Verzicht auf die verfassungsrechtliche Kontrolle eines drastischen Grundrechtseingriffs (etwa anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der stets auch eine sinnvolle und überprüfbare Funktion der staatlichen Maßnahme verlangt) ist kaum verständlich. Sollte die Äußerung also tatsächlich affirmativ gemeint sein, wäre dem nicht beizupflichten. Und auch die zuvor getätigten Ausführungen über die Bedeutung des demokratischen Verfahrens könnten einen so weitreichenden und in anderen, weniger eingriffsintensiven Bereichen staatlichen Handelns nicht vorfindlichen Verzicht auf eine Funktions- und Nützlichkeitkontrolle nicht ernsthaft begründen.

Im Hinblick auf die Funktion des Strafrechts wird im Anschluss dessen zuvor mehrfach betonte Sonderstellung wieder deutlich relativiert. Normstabilisation sei keine exklusive Funktion des Strafrechts; Prävention wird als „rechtsgebietsübergreifender Sanktionszweck“ (S. 47) bezeichnet. Gärditz hat völlig Recht, wenn er schreibt, dass gerade die Prävention eine „am ehesten rationalisierbare Strafbegrundung“ enthält, was zugleich (im Hinblick auf diese Zielsetzung!) dem Strafrecht seine Besonderheit gegenüber anderen Sanktionsformen nimmt. Dass das Strafrecht aus dieser Perspektive zu etwas Ubiquitärem wird, das sich in die sonstigen Instrumente staatlicher Konfliktledigung einfach einfügt, „zwischen bauaufsichtlicher Abrissverfügung, Platzverweis und Rückruf pestizidbelasteter Lebensmittel“ (jeweils S. 47), wird man deswegen aber nicht ernsthaft behaupten können. Natürlich behalten das Strafrecht und die Strafe als besonders intensive und gesellschaftlich wirkmächtige Sanktionsmittel eine besondere Bedeutung beim Prozess

der gesellschaftlichen Stabilisierung und dem damit verbundenen Schutz von Gütern und Interessen. Es ist kein Widerspruch, wenn man diese Besonderheit anerkennt, aber zugleich die präventive Funktion der Strafe betont und sich endlich von dem veralteten und verfassungsrechtlichen Standards nicht genügenden Gedanken verabschiedet, dass man einen schweren Grundrechtseingriff allein mit dem Ziel der Schaffung von „vergeltender Gerechtigkeit“ rechtfertigen könne. Auch Gärditz sieht diese Entwicklung und betont, dass sie verfassungstheoretisch konsequent sei. Ob sie zugleich zutreffend (mit doch eher negativer Konnotation) als „Aufweichungen der Strafrechtsfunktionen“ (S. 48) beschrieben werden kann, ist fraglich. Aus Sicht des Verfassers dieser Rezension handelt es sich eher um eine klärende Antwort auf die drängende Frage, welche legitimen (besser: legitimierenden) Funktionen die Strafe in einem modernen Verfassungsstaat hat – und welche eben nicht.

Im folgenden Abschnitt geht es um die „verfassungsrechtliche Ordnungsfunktion des Strafrechts“ (S. 48 ff.). Hier bekennt sich Gärditz ausdrücklich zur Theorie der positiven Generalprävention bzw. Integrationsprävention, die sich als „verfassungsrechtlich anschlussfähig“ erwiesen habe (S. 48). Die Strafrechtspflege habe einen „Eigenwert“, weil sich hier die „Bereitschaft einer Rechtsgemeinschaft abbildet, die basalnen Werte des Zusammenlebens zu verteidigen“ (S. 52). Dass diese Funktion des Strafrechts dann aber „unabhängig von der Effektivität seiner Anwendung“ sein soll, erscheint nicht einleuchtend. Wenn die erwähnte „Verteidigungsbereitschaft“ nicht tatsächlich in positiver Weise in der Gesellschaft wirksam wird, also ineffektiv bleibt, könnte man darauf ersichtlich keine Freiheitseingriffe stützen. Und daher überzeugt es auch nicht, wenn dem „symbolischen Strafrecht“ demokratische Plausibilität zugesprochen wird bzw. der Ruf nach Strafrecht oder Strafverschärfungen als gesellschaftlicher „Prozess evaluativer Selbstvergewisserung“ bezeichnet wird, der „demokratischen Wert“ habe, auch wenn „die rationalisierenden Mechanismen formaler politischer Willensbildung später viel Unsinniges wieder herausfiltern müssen“ (S. 52 f.). Dabei wird nicht nur erneut die Weisheit des Gesetzgebers gerade im Bereich des Strafrechts überschätzt; die verwendeten abstrakten Begrifflichkeiten erscheinen auch nicht geeignet, eine überzeugende Legitimation des mit Strafe verbundenen handfesten Grundrechtseingriffs zu liefern. Nochmals: Entweder „wirken“ Strafandrohung und Strafe im Sinne einer Stabilisierung der Gesellschaft, die Rechtsfrieden und dadurch letztlich auch Rechtsgüterschutz schafft – dann handelt es sich aber nicht mehr um symbolisches oder unsinniges, sondern wirksames Strafrecht. Oder wir können einen solchen Effekt nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen bzw. können ihn offensichtlich mit milderer Mitteln (einschließlich der Möglichkeit geringerer Strafen) genauso erzielen – dann bleibt kein greifbarer Nutzen von Strafe übrig, der den Staat berechtigen würde, seine Bürger einzusperren.

Kritikwürdig erscheint es auch, dass Gärditz die These des BVerfG in dessen Inzest-Entscheidung unterstützt, wonach die strafbewehrte Verbotsnorm „ihr Gewicht durch die Absolutheit“ gewinne, „mit der sie die umfassende und situationsunabhängige Beachtung einfordert“ (S. 57). Dass aus generalpräventiver Sicht keine zu großen individuellen Ausnahmen und „Entschuldigungen“ (im untechnischen Sinn) anerkannt werden können, ist zwar ein konsequenter Gedanke. Allerdings ist daran zu erinnern, dass es in der Konstellation, die der Inzest-Entscheidung zu Grunde lag, um die Frage ging, ob die ohnehin fragwürdigen Schutzzwecke der Norm im konkreten Fall (erwachsene Geschwister, die nicht gemeinsam aufgewachsen waren) möglicherweise nicht in ausreichender Weise oder gar nicht einschlägig waren. Wer hier „situationsunabhängige“ Geltung einer Strafnorm fordert, untergräbt die Möglichkeit einer (verfassungskonformen) teleologischen Reduktion der Norm. Gärditz erwähnt zwar gleich im Anschluss richtigerweise die dringend notwendige „freiheitsverträgliche Definition“ der Straftatbestände; diese müsste in der Tat noch viel stärker als bislang anhand des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen, zumal eine darauf gestützte punktuelle Einschränkung eher zu erwarten ist als eine vollständige Verwerfung einer Strafnorm, zu der sich das BVerfG bislang so gut wie nie durchringen konnte. Gärditz erwähnt den Grundsatz (unter Verweis auf Arbeiten von Appel sowie dem Verfasser dieser Rezension), zeigt sich aber skeptisch im Hinblick auf dessen kritisches Potenzial. Er habe sich „in Ermangelung einer strafrechtsspezifischen Grundrechtsdogmatik als eher differenzierungsschwach“ erwiesen (S. 57 f.). Das wird hier nicht weiter ausgeführt und wäre eine der interessanten Fragen, die man – möglichst im Gespräch über die Säulen hinweg – noch weiter vertiefen sollte. Dabei wäre u.a. zu klären, warum eine „strafrechtsspezifische“ Grundrechtsdogmatik nötig ist, welche Elemente das betreffen würde und welcher (strenge?) Prüfungsmaßstab damit verbunden wäre. Vielleicht würde es ja schon genügen, wenn man die regulären Standards von Grundrechtsschutz und Verhältnismäßigkeit (einschließlich des Erfordernisses eines klar umrissenen Eingriffszwecks) mit der nötigen Konsequenz einfordern würde, was eine Flucht in absolute Strafzwecke eben gerade ausschließt.

Die Schrift enthält viele weitere interessante Gedanken, die hier nur noch angedeutet werden können. So wird die Ableitung von konkreten Straftatbeständen aus den grundrechtlichen Schutzwilchen zu Recht skeptisch beurteilt (S. 58 ff.); in diesem Zusammenhang werden auch die Relevanz einer „Staatsaufgabe Sicherheit“ (S. 61) sowie ein grundrechtlicher Anspruch des Opfers auf Strafverfolgung (S. 63) bezweifelt.

Weiterhin wird die Bedeutung des Strafrechts in Situation der gesellschaftlichen „Transformation“ beleuchtet, insbesondere nach politischen Umbrüchen (S. 69 ff.).

Die Rolle des Strafrechts zur Bewältigung von Systemunrecht wird kritisch beurteilt, die Bestrafung des einzelnen Täters (als Prototypen genannt werden der „Mauerschütze“ und der „KZ-Aufseher“) sei eine „problematische Individualisierung von Defiziten eines staatsgetragenen Gesamtsystems“ (S. 71). Natürlich stellen sich in solchen Verfahren viele Fragen, neben der angesprochenen Problematik der möglicherweise ungerechten und gleichheitswidrigen punktuellen Bestrafung auch die Rückwirkungsproblematik. Ob man aber deswegen in diesen Fällen tatsächlich von einer (rein?) „staatsrechtlichen Indienstnahme“ des Verfahrens ausgehen kann, mit der sich das Strafrecht von seinen „originären Funktionen“ ablöst (S. 71) ist doch zweifelhaft. Gerade die von Gärditz ganz allgemein in den Vordergrund gerückte Straftheorie der positiven Generalprävention liefert in den genannten Fällen einen tragfähigen Anknüpfungspunkt für die Bestrafung der Täter, und zwar auch längere Zeit nach der Begehung der Tat. Bei allen Besonderheiten und Problemen solcher Verfahren erscheint daher jedenfalls der Hinweis auf deren Zweck bzw. Funktion nicht unbedingt geeignet, die Annahme eines „politischen Sonderstrafrechts“ zu stützen, das gleichsam ein aliud zum regulären Verfahren darstellt. Richtig ist aber natürlich, dass mit solchen Verfahren oft auch zusätzliche Hoffnungen und Erwartungen im Sinne einer Ermittlung und Dokumentation der historischen Wahrheit verbunden sind. Diese können in einem auf diese Zwecke nicht zugeschnittenen Strafprozess notwendigerweise nicht in vollem Umfang erfüllt werden, wie nicht zuletzt auch viele Verfahren im Bereich des Völkerstrafrechts zeigen.

Letzteres ist zusammen mit dem europäischen Strafrecht das Thema des vorletzten Abschnittes, in dem die „Entgrenzungen des Strafrechts durch Territorialisierung und Entstaatlichung“ beschrieben werden. Die große Bedeutung des Vergeltungszwecks im Bereich des Völkerstrafrechts wird (treffend) kritisiert (S. 73 f.); im Bereich des Unionsrechts werden ein anspruchsvoller Sanktionsbegriff sowie eine eigenständige Strafbegründungstheorie vermisst (S. 80).

Im abschließenden Fazit schreibt Gärditz vom „Zauber des Strafrechts“, der im „grellen Kontrast von Eingriffsschärfe und auffälliger Unterbilanz an empirischer Wirksamkeit sowie Rationalisierbarkeit“ bestehe (S. 83). Was zunächst nach Kritik klingt, wird dann aber sogleich relativiert, indem auf den „sozialen Sinn“ der Strafe als „öffentlicher Kommunikationsbeitrag“ rekurriert wird (S. 84). Gärditz betont erneut die „fortbestehende Bedeutung gesellschaftlicher Symbolik (...), die sich nur begrenzt in die gewohnte Feinmechanik (über-)rationalisierender Verhältnismäßigkeitskontrolle einfügt“. Aber kann man sich mit diesem Ergebnis abfinden? Heißt das wirklich, dass ausgerechnet im Bereich des Strafrechts und der Strafe der klassische Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit seinen üblichen, die Rationalität staatlichen Handelns sicherstellenden Prüfungsstufen „nicht gilt“? Die Dis-

kussion wird weiter gehen müssen – am besten in der Form eines Austauschs über die Grenzen der Fachsäulen hinweg. Gärditz hat mit seiner Schrift einen wichtigen Beitrag dazu geleistet.