

Sozialnormtransformative Kriminalpolitik?

Ideengeschichtliche Perspektiven auf kontemporäre punitive Trends

Florian Rebmann & Simon Schlicksupp, Tübingen

I. Einleitung

Schenkt man kritischen Perspektiven auf das Strafrecht Glauben, befindet sich ebendieses seit jeher in einer Legitimationskrise. Pointiert lässt sich diese Kritik wie folgt zusammenfassen: Das Strafrecht sei im Wesentlichen ein Herrschaftsinstrument, das von privilegierten Gruppen mehr oder weniger intentional dazu genutzt werde, den status quo (namentlich die soziale Ungleichheit und die historisch gewachsenen Machtverhältnisse) aufrechtzuerhalten. Unter dem Deckmantel des bürgerlich-liberalen Dogmas formaler Gleichheit würden primär marginalisierte Personen kriminalisiert, während die Kriminalität der ohnehin Mächtigen und Privilegierten vom Strafrechtssystem allenfalls peripher zur Kenntnis genommen werde. Kurz: Das Strafrecht reproduziere gesellschaftliche Verhältnisse, die politisch abzulehnen seien.

Diese in Fachkreisen durchaus etablierte Meinung führte in der Vergangenheit – in zeitlicher Koinzidenz mit der Entrümpelungsstimmung im Zuge der Großen Strafrechtsreform Ende der 1960er Jahre – zu einer strafrechtskritischen und -begrenzenden Haltung in Teilen der Kriminologie, der dogmatischen Strafrechtswissenschaft sowie auch der (linken und liberalen) Kriminalpolitik.¹ Doch alsbald machten sich gegenläufige Tendenzen bemerkbar. Aus einer eher, aber nicht nur konservativen² kriminalpolitischen Richtung entstand ab den 1970er Jahren eine neue Tendenz zur Aus-

1 Vgl. Cerny, Eine kurze Geschichte der Strafe, 2024, S. 234 ff.; Brunhöber, in: Pusche/Singelstein (Hrsg.), Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft, 2018, S. 193 ff.; Singelstein/Kunz, Kriminologie, 8. Aufl. (2021), § 24, Rn. 2 ff.; Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. (2019), S. 243 ff.; Bung, in: Steinberg et al. (Hrsg.), Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949–1990, Allgemeiner Teil, 2020, S. 545, 552 ff.; Hilgendorf, in: Steinberg et al., Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949–1990, Allgemeiner Teil, 2020, S. 15, 39 ff.

2 Vgl. Kunz, MSchrKrim 100 (2017), 67, 69.

weitung des Strafrechts im Geiste einer (vor allem abschreckend-) ³ präventiven Leitidee, die mit Strafe gesellschaftliche Großstörungen und Risiken zu bekämpfen suchte (das „Risikostrafrecht“ ⁴ etwa in der Wirtschaftskriminalität; vgl. auch das „Verbrechensbekämpfungsgesetz“ von 1994 ⁵).

Und auch in der im weitesten Sinne kritischen, linksgerichteten Kriminalwissenschaft und Kriminalpolitik entwickelte sich eine neue Punitivität ⁶, die die ehemals dort herrschende Fundamentalopposition gegen das Institut staatlicher Strafe überführte in eine Grundhaltung, die das Strafrecht für die eigenen politischen Vorstellungen eingesetzt wissen wollte: Nicht mehr das Strafrecht an sich stand zur Disposition, sondern nur Taten und Täter, die bestraft werden sollten; nicht mehr das „Ob“, sondern vor allem das „Was & Wen“ wurde erwogen. Ein Paradigma dieser neuen „progressiven Kriminalpolitik“ ⁷, das bis zur Gegenwart in der Strafgesetzgebung immer wirkmächtiger geworden ist, besteht in dem Ziel, die eingangs formulierten Vorwürfe an das System staatlicher Strafe, es reproduziere politisch ungewünschte gesellschaftliche Verhältnisse und Normen, umzukehren in die Forderung, das Strafrecht als Mittel zu gebrauchen, um eine Veränderung ebendieser Normen und Verhältnisse herbeizuführen. Durch eine (härtere) Bestrafung der Täter und eine expressive Dokumentation etwa ihrer menschenverachtenden Motive soll das Strafrecht nun einen Beitrag dazu leisten, z.B. die rassistische Struktur der deutschen Gesellschaft und den Rassismus in den Köpfen und Handlungen ihrer Bürger zu bekämpfen und so die Stellung von benachteiligten Personengruppen zu verbessern. ⁸ Dieses neuerliche kriminalpolitische Paradigma bezeichnen wir als „sozial-normtransformative Kriminalpolitik“.

Zwar finden sich in der Kriminalpolitik sowie der kritischen Kriminologie noch immer Forderungen nach Entkriminalisierungen und anderen

3 Vgl. *Schlepper*, Strafrechtssetzung in der Spätmoderne, 2014, S. 140 ff., die die Strafrechtssetzung zwischen 1976 und 2005 empirisch untersuchte und eine nahezu ubiquitäre Verwendung der Abschreckung als Legitimation für Strafrechtsverschärfungen herausarbeitete.

4 Vgl. zum Begriff *Hilgendorf*, *NSZ* 1993, 10, 13 ff.

5 Gesetz v. 28.10.1994, *BGBI.* I 1994, S. 3186.

6 Vgl. *Kunz* (Fn. 2), 67 ff.

7 Vgl. zu diesem *Topos Aviram*, *Buff. L. Rev.* 68 (2020), 199 ff.; *Kölbel*, *German Law Journal* 22 (2021), 817 ff.

8 Vgl. *Aviram* (Fn. 7), 204 f.

strafrechtsbegrenzenden Maßnahmen.⁹ Im Mittelpunkt stehen aber Strafschärfungen und Neukriminalisierungen. Legislatorische Beispiele finden sich aktuell im Bereich des Sexualstrafrechts¹⁰, der sog. Hass- oder Vorurteils kriminalität, des politischen Strafrechts und weiteren mehr.¹¹ Selbst der Republikanische Anwältinnen- und Anwälteverein (RAV) – einst von *Sack* als letzte Bastion gegen die neue Punitivität geadelt¹² – zeigt sich in jüngerer Zeit tendenziell strafrechtsaffirmativ.¹³ Da in allen relevanten kriminalpolitischen Strömungen die Zeichen eher auf Ausweitung und Intensivierung denn auf Begrenzung des Strafrechts stehen, scheint dieser Tage weniger

-
- 9 Man denke an die politischen Debatten um das „Containern“, das „Schwarzfahren“, den Umgang mit Drogen (insb. Cannabis), den Schwangerschaftsabbruch usw. Ähnliche Fragen werden auch beim „racial profiling“ behandelt.
- 10 *Frommel*, NK 2018, 368, 375 spricht von „punitivem Feminismus“; auch *dies. Novo*, 01.07.2019, „illiberaler Strafrechtsfeminismus“; in der US-amerikanischen Debatte häufig als „Carceral Feminism“ bezeichnet, vgl. zuletzt *Gruber*, *Yale J.L. & Feminism* 34 (2023), 55 ff.; *Künkel*, *KrimJ* 53 (2021), 105 ff.; vgl. zu *Frommels* skeptischer Haltung in Bezug auf das Sexualstrafrecht zurecht differenzierend *Bock/Steinl*, NK 2021, 308 ff.
- 11 Allein in den letzten zehn Jahren hat der Gesetzgeber namentlich § 177 StGB (Sexueller Übergriff etc.) stark erweitert („Nein heißt Nein“), das „Upskirting“ (§ 184k StGB) unter Strafe gestellt, die sexuelle Belästigung (§ 184i StGB) als Straftatbestand eingeführt, § 238 StGB (Nachstellung) mehrfach nachgeschärft, die Äußerungsdelikte in zweifelhafter Weise ausgeweitet (§ 192a StGB, § 130 Abs. 5 StGB) und die menschenverachtenden Beweggründe in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB eingefügt – alles in punitiver Stoßrichtung. Im Jahr 2021 hob der Gesetzgeber zudem u.a. die Mindeststrafen in § 184b Abs. 1 und 3 StGB (Verbreitung und Besitz etc. kinderpornographischer Inhalte) auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr an – in diesem Fall ein klarer punitiver Exzess, wie sich nicht erst im Nachhinein herausstellen sollte, dazu *Kinzig/Rebmann*, NK 2023, 284 ff.; zu den ähnlichen Feldern der progressiven Punitivität in den USA *Aviram* (Fn. 7), 205 ff.
- 12 Vgl. *Sack*, in: *Dölling/Schmidt-Semisch* (Hrsg.), *Handbuch Jugendkriminalität*, 2. Aufl. (2011), S. 63, 80.
- 13 In der Einladung zum Kongress des RAV im Jahr 2023 „Recht für alle!“ beschreibt der RAV den Wandel in der eigenen Haltung zum Recht anschaulich wie folgt: „Ende der 70er Jahre, als der RAV gegründet wurde, ging es in erster Linie um juristische Abwehrkämpfe gegen staatliche Zumutungen und Sanktionen, um den Kampf für eine freie Advokatur und gegen die Einschränkung individueller Freiheitsrechte. Wo stehen wir heute, was hat sich mittlerweile verändert? Angesichts etwa der zunehmenden sozialen Ungleichheit und der Zuspitzung der Klimakrise sehen wir uns als RAV immer mehr in einem Selbstverständnis und einer Rolle, bei der es um die Notwendigkeit des Gestaltens und des Durchsetzens von kollektiven Rechten, des solidarischen Kampfes um Rechte und Teilhabe an Rechten für alle geht. Neben die Abwehr staatlicher Eingriffe und Übergriffe tritt proaktiv, dass wir Erwartungen an den Staat haben und eigene Forderungen stellen.“, vgl. <https://www.rav-kongress.de/> (zuletzt abgerufen am: 30.08.2024).

das Strafrecht als vielmehr die Strafrechtswissenschaft in der Krise zu sein, zumindest soweit sie sich als „Verbrechensbekämpfungsbegrenzungswissenschaft“¹⁴ zu verstehen pflegt.

Im Folgenden sollen daher mit Blick auf die angerissenen kriminologischen und straftheoretischen Diskurse die ideengeschichtlichen Hintergründe dieser zwar zwischenzeitlich durchaus einflussreichen, aber noch wenig explizit reflektierten¹⁵ Strafrechtskonzeption nachgezeichnet werden. Zu diesem Zweck untersuchen wir die Diskursverläufe in der (eher juristischen) Strafzweckdebatte sowie deren Implementation beispielhaft im ersten Abtreibungs-Urteil des BVerfG (II.) sowie die Fachdebatten der (eher sozialwissenschaftlichen) kritischen Kriminologie (III.), die jeweils – freilich in Inhalten und Personen sich häufig berührend und überschneidend – Elemente des neuen punitiven Paradigmas der sozialnormtransformativen Kriminalpolitik entwickelten. Im Anschluss gehen wir näher darauf ein, was wir unter sozialnormtransformativer Kriminalpolitik verstehen (IV.). Abschließend erfolgt ein kurzes Fazit (V.). Dabei zieht die Darstellung – wie alle Analysen theoriehistorischer Entwicklungen – notwendig periodisierende und idealtypisierende Grenzen im geistesgeschichtlichen Kontinuum, die freilich im Einzelnen sehr diskutabel sind und bleiben müssen. Um die hierfür erforderliche Komplexitätsreduktion zu erreichen, verwenden wir den Begriff „kriminalpolitisches Paradigma“. Darunter verstehen wir die wissenschaftlichen Theoreme, politischen Narrative und sonstigen gedanklichen Momente, die die Kriminalpolitik in ihrem konkreten Inhalt bestimmen.

II. Straftheorie: Positive Generalprävention

Zunächst soll im Folgenden nachvollzogen werden, wie sich in der juristischen Strafzweckdebatte die Theoreme entwickeln konnten, die ein sozialnormtransformatives kriminalpolitisches Paradigma begünstigten. Die bis heute im juristischen Schrifttum vorfindlichen Strukturen der Frage nach dem Sinn und Zweck staatlicher Strafe gehen u.a. zurück auf den einflussreichen Strafrechtler und Kriminalpolitiker *Franz von Liszt*, der in den 1880er Jahren mit dem sog. „Marburger Programm“ die präventiven,

14 Naucke, ZStW 94 (1982), 525, 564.

15 Bisherige Texte zum Thema finden sich etwa bei Aviram (Fn. 7), 199 ff.; Frommel (Fn. 10), 368 ff.; Kölbl (Fn. 7), 817 ff.; Kunz (Fn. 2), 67 ff. jeweils m.w.N.

d.h. auf Verbrechensverhütung gerichteten Strafzwecklehren propagierte.¹⁶ Seither wird herkömmlicherweise zwischen absoluten, auf Vergeltung gerichteten Straftheorien und relativen, d.h. bestimmte kriminalpräventive Wirkungen verfolgenden Straftheorien unterschieden.¹⁷ Die straftheoretischen Überlegungen von *v. Liszt* dienen uns, weil sie die Strafzweckdebatte bis heute strukturieren, im Folgenden als Ausgangspunkt.

Nach *v. Liszt* dient Strafe der Besserung (positive Spezialprävention), der Abschreckung und/oder der Unschädlichmachung des Täters (negative Spezialprävention).¹⁸ Die negative Generalprävention (Abschreckung der Allgemeinheit) spielt bei *v. Liszt* dagegen nur eine untergeordnete Rolle.¹⁹ Berühmt geworden ist seine Formel: Besserung der Besserungsfähigen, Abschreckung der nicht Besserungsbedürftigen, und Unschädlichmachung der Besserungsunfähigen. *V. Liszt* leitete daraus ab, dass kurze Freiheitsstrafen abzuschaffen seien, da eine Resozialisierung in kurzer Zeit nicht möglich sei und sie auch nicht abschreckend wirkten.²⁰ Für das sog. Gewohnheitsverbrechertum müsse hingegen die Freiheitsstrafe auf unbestimmte Zeit eingeführt werden, da Gewohnheitsverbrecher sich ohnehin nicht bessern ließen.²¹ Die relative, kriminalpräventive Straftheorie *v. Liszts* wurde in den folgenden Jahrzehnten in verschiedene kriminalpolitische Paradigmen übersetzt, die jeweils den Schwerpunkt auf einen der Teilaspekte „Besserung der Besserungsfähigen“ oder „Unschädlichmachung der Besserungsunfähigen“ legten.

1. Präventive Strafzwecklehre und ihre Krise

Hierbei ist zunächst – in grober Periodisierung – vor und während des Zweiten Weltkriegs ein Fokus auf die negative Spezial- und Generalprävention gelegt worden. Einen radikalen Höhepunkt erreichte diese Variante im Sinne der rassistisch-völkischen Ideologie des Nationalsozialismus. Dort stand (neben anderen kriminalpolitischen Paradigmen, s. u.) im Mit-

16 Vgl. *v. Liszt*, ZStW 3 (1883), 1 ff.

17 Vgl. beispielhaft *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. (2024), S. 42 ff.

18 *v. Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Erster Band, 1905, S. 126, 166.

19 Vgl. *v. Liszt*, Deutsches Strafrecht, 21./22. Aufl. (1919), S. 6 f. et passim; *Jeschek*, in: Kohlmann (Hrsg.), FS Klug Band II, S. 257, 262.

20 *v. Liszt* (Fn. 18), S. 382 ff.

21 *v. Liszt* (Fn. 18), S. 166 ff.

telpunkt die Unschädlichmachung des Täters um des Volkes Willen.²² Der nationalsozialistische Gesetzgeber griff z.B. – dies freilich weit von sich weisend und verfälschend²³ – die Lehren v. Liszts und seinen Begriff des Gewohnheitsverbrechers im sog. Gewohnheitsverbrechergesetz (1933) auf.²⁴ Das Gewohnheitsverbrechergesetz führte die Maßregeln der Sicherung (sic!) und Besserung als zweite Spur des Strafrechts ein und ermöglichte beispielsweise die „Entmannung“ von Sexualstraftätern (§ 42k StGB a. F.).²⁵ Daneben waren insbesondere zu Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft auf der ersten Spur des Strafrechts u.a. transformative Paradigmen wirksam, die freilich diametral der heutigen sozialnormtransformativen Kriminalpolitik gegenüberstehen.²⁶ Die Gesellschaft sollte durch das Strafrecht auf die völkische Ideologie des Nationalsozialismus eingeschworen werden.²⁷ Zu diesem Zweck wurde das Reichsstrafgesetzbuch an jene Ideologie angepasst. Gegen Ende der nationalsozialistischen Herrschaft löste sich die zunächst noch betonte Zweispurigkeit aus wertbildender Sühne- strafe und negativ-spezialpräventiven Maßregeln dann tendenziell in Richtung einer negativ spezial- und generalpräventiven Schutzstrafe auf.²⁸

In der Nachkriegszeit wanderte der Fokus auch wegen der ideengeschichtlichen Vorbelastung der erörterten Paradigmen auf die „Besserung der Besserungsfähigen“. Es wurde also verstärkt die positive Spezialprävention favorisiert²⁹, erkennbar etwa an dem programmatischen § 2 Abs. 1 des

22 Cerny (Fn. 1), S. 220 m.w.N; hierzu auch Vogel, ZStW 115 (2003), 638, 662 f.

23 Namentlich unter Fortfall der liberalen Anteile und unter Anpassung an die völkische Ideologie, vgl. Stäcker, Die Franz von Liszt-Schule und ihre Auswirkungen auf die deutsche Strafrechtsentwicklung, 2020, S. 122 ff., 125; Naucke, ZStW 94 (1982), 525, 554 f.; Streng, MSchrKrim 76 (1993), 141, 159: „in spezifischer Form zu Ende gedacht“; Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, 2019, S. 53: „intellektuell vorbereitet“.

24 Dazu Streng (Fn. 23), 158 ff.

25 Baumann, Dem Verbrechen auf der Spur. Eine Geschichte der Kriminologie und Kriminalpolitik in Deutschland 1880 bis 1980, 2006, S. 88 f.

26 Während heutige sozialnormtransformative Kriminalpolitik auf die Inklusion bestimmter marginalisierter Gruppen gerichtet ist, war die nationalsozialistische transformative Kriminalpolitik u.a. auf die Exklusion bestimmter als nicht volkszugehörig wahrgenommener Personengruppen gerichtet und stärker mit dem Sühnegedanken verwoben.

27 Vgl. Ambos (Fn. 23), S. 44 ff., 91 ff.

28 Vgl. Dahm, in: Bockelmann (Hrsg.), FS Kohlrausch, 1944 (Nachdruck 1978), S. 1, 3 ff.; Exner, in: Bockelmann (Hrsg.), FS Kohlrausch, 1944 (Nachdruck 1978), S. 24, 31 ff. – beide Beiträge dienen dabei auch als Anschauungsmaterial für die irrlichternden Versuche der Strafrechtswissenschaft, der grausamen Kriminalpolitik des Nationalsozialismus einen Sinn abzuringen bzw. beizumessen.

29 Vgl. Singelnstein, ZfRS 2014, 321, 324.

AE 1966 („Strafen und Maßregeln dienen dem Schutz der Rechtsgüter und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft“) und der Großen Strafrechtsreform ab 1969, im Zuge derer kurze Freiheitsstrafen weitgehend abgeschafft wurden (vgl. § 47 StGB). Es ging nun also nicht mehr (nur) darum, die Bevölkerung vor Straftätern durch Unschädlichmachung zu schützen, sondern diese zu bessern. Auch die Autoren dieser strafrechtswissenschaftlichen und kriminalpolitischen Episode knüpften an *v. Liszt* an.³⁰ Sie betonten aber die Besserung, interpretierten das Marburger Programm dem Zeitgeist entsprechend also liberal und sozial („Penal wel-farism“³¹), statt autoritär.³² *Cerny* attestiert eine regelrechte „Behandlungs- und Resozialisierungseuphorie“.³³

Diese wohlfahrtsstaatliche Funktionszuschreibung an das Strafsystem, straffällig gewordene Bürger zu resozialisieren, kam indes bereits in den 1970er Jahren ins Wanken. So geriet die positive Spezialprävention international in Verruf, als ihre (teils nur vermeintlich) schlechte Evaluationsbilanz offenkundig wurde (Schlagwort vom „nothing works“³⁴). Auch in Deutschland blieb von der Resozialisierungseuphorie wenig übrig.³⁵ Sie wurde in Teilen des Schrifttums von einer „kritisch-resignativen“ Haltung zur positiven Spezialprävention abgelöst.³⁶ Laut *Garland* ist dieser Abfall vom Fortschrittsglauben der 60er Jahre der entscheidende Moment für die Entwicklung einer neuen Punitivität.³⁷

2. Die Lehre der positiven Generalprävention

In dieser Situation einer durch die Evaluationsforschung weitgehend ratlos gewordenen Straftheorie entwickelte sich eine neue Spielart der präven-

30 Beispielsweise *Roxin*, ZStW 81 (1969), 613 ff.

31 *Garland*, in: *Liebling et al.* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 7. Aufl. (2017), S. 77 ff. m.w.N.

32 *Naucke* (Fn. 23), 558.

33 *Cerny* (Fn. 1), 234 ff.

34 Vgl. *Martinson*, "What works? – questions and answers about prison reform", *The Public Interest* 1974, S. 22 ff.; zum neueren Stand der Evaluation von positiver Spezialprävention siehe auch *Meier*, JZ 2010, 112 ff.; *Eisenberg/Kölbl*, *Kriminologie*, 7. Aufl. (2017), § 42 m.w.N.

35 *Cerny* (Fn. 1), S. 242 f. m.w.N.

36 *Baumann* (Fn. 25), S. 347.

37 *Garland*, *Kultur der Kontrolle*, 2008, S. 122 ff.

tiven Strafzwecklehre, nämlich die positive Generalprävention.³⁸ Durch Strafe sollte die Allgemeinheit nicht (nur) abgeschreckt, sondern vielmehr in ihrer Rechtstreue bestärkt werden. Normative Anknüpfung fand die neue Theorie in bereits im StGB vorfindlichen Ausdrücken wie „Verteidigung“ bzw. „Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“.³⁹ In der Rechtswissenschaft wurde die Theorie der positiven Generalprävention u.a. von *Jakobs* in Rezeption der Systemtheorie *Luhmanns* begründet.⁴⁰ In aller Kürze zusammengefasst beschreibt die Systemtheorie (Straf-)Rechtsnormen als „Gefüge symbolisch generalisierter Verhaltenserwartungen“.⁴¹ Diese Verhaltenserwartungen seien normativ, da sie auch dann nicht aufgegeben würden, wenn sie enttäuscht würden. Die (systemtheoretische!) Funktion des Rechts bestehe nun darin, diese kontrafaktischen Verhaltenserwartungen als Grundlage des gesellschaftlichen Zusammenlebens durch symbolische Bestätigung zu sichern. *Jakobs* definiert positive Generalprävention im Anschluss daran wie folgt: „Man spricht von positiver Generalprävention, positiv, weil nicht eine Abschreckung der Allgemeinheit, sondern die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster erreicht werden soll, Prävention, weil ein Zweck, eben die Erhaltung von Normtreue angestrebt wird, und zwar bei der Allgemeinheit, deshalb Generalprävention.“⁴² Die Verbindung der Systemtheorie mit der Strafzweckdebatte hat sich in den vergangenen Jahrzehnten als äußerst fruchtbare Quelle der strafrechtswissenschaftlichen Wissensproduktion erwiesen. Das Schrifttum zur positiven Generalprävention ist mittlerweile kaum zu überblicken⁴³ und sie wird in so gut wie allen strafrechtlichen Kommentaren affirmativ behandelt.

Aus ideengeschichtlicher Perspektive rückte durch die Popularität der positiven Generalprävention der kommunikative, respektive expressive Charakter des Strafrechts in den Mittelpunkt der Strafzweckdebatte.⁴⁴ Genauer gewann die Semantik der Straftatbestände sowie des Unwerturteils

38 Vgl. *Barrata*, in: Haft (Hrsg.), FS Kaufmann, 1993, S. 411 ff.; *Singelstein* (Fn. 29), 324.

39 Etwa in §§ 47 Abs. 1, 56 Abs. 3, 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB; vgl. *Schönke/Schröder/Kinzig*, 30. Aufl. (2019), Vor § 38 Rn. 12.

40 Vgl. nur *Jakobs*, Strafrecht AT, 1983, S. 4 ff.; *Streng*, ZStW 92 (1980), 636, 663 ff.; *Hassemer et al.*, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979; instruktiv auch *Peters*, Kommunikation und Strafe, 2024, S. 48 ff.

41 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 130.

42 *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 31.

43 Zu den verschiedenen Spielarten *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Bd. 1, 5. Aufl. (2020), § 3 Rn. 27.

44 Vgl. eingehend *TüKo-StGB/Kinzig*, 31. Aufl. (2024), Vor 38 (im Erscheinen); *Peters* (Fn. 40), S. 47 ff.

als originär strafrechtliche Rechtsfolge an Bedeutung (vgl. zur parallelen Entwicklung in der Kriminologie III. 2.-4.). In der Logik der positiven Generalprävention kann schon der symbolische Bedeutungsgehalt einer Strafnorm wertbildend und dadurch kriminalpräventiv wirken. Auf den Vollzug der Strafnorm kommt es für diese Wirkung, anders als etwa bei der positiven Spezialprävention, nicht mehr zwingend an. Im Mittelpunkt stand nun die symbolische Funktion des Strafrechts. So konnte dem Strafrecht eine positive Funktion zugesprochen werden, ohne die negativen Folgen der selektiven Strafrechtsanwendung und vor allem der Strafvollstreckung bzw. des Strafvollzugs (Prisonisierung, Stigmatisierung etc.) einpreisen zu müssen. Zudem kommuniziert das Strafrecht aber auch durch die Art und Weise der Anwendung dieser Normen auf konkrete Einzelfälle. Durch das Unwerturteil wird dem Täter ein bestimmtes Verhalten verbindlich zugeschrieben und das Verhalten des Täters im Namen des Volkes und zu dessen (des Volkes) Kenntnis als schuldhaft gebrandmarkt. Die Strafzumessung im engeren Sinne fungiert in dieser Logik als nachrangige Quantisierung des Unwerturteils.

3. Sozialnormreproduzierendes Paradigma in BVerfGE Schwangerschaftsabbruch I

Das kriminalpolitische Paradigma, das sich in und seit den 1970er und 80er Jahren mit der Lehre der positiven Generalprävention verband, legte indes den Schwerpunkt auf den Erhalt und die Bewahrung bestimmter moralischer Vorstellungen in der Rechtsgemeinschaft.⁴⁵ Es kann mithin als sozialnormreproduzierendes Paradigma bezeichnet werden. Ein gutes Sinnbild hierfür liefert die Argumentationslinie des BVerfG im Schwangerschaftsabbruch-I-Urteil. Dort statuierte das Gericht unter anderem, die bloße vollzugsmäßige Ineffizienz des § 218 StGB könne nicht als zwingendes Argument für eine Entkriminalisierung herhalten. „Zwar gelingt es den Strafverfolgungsbehörden praktisch nie, alle Täter, die gegen das Strafgesetz verstoßen, einer Bestrafung zuzuführen. Die Dunkelziffern sind bei den verschiedenen Strafdelikten verschieden hoch. Unbestritten sind sie bei Abtreibungstaten besonders erheblich. Indessen darf darüber die generalpräventive Funktion des Strafrechts nicht vergessen werden. Sieht man die

45 Das ist gerade die systemtheoretische Funktion des Strafrechts, siehe 2.

Aufgabe des Strafrechts in dem Schutz besonders wichtiger Rechtsgüter und elementarer Werte der Gemeinschaft, so kommt gerade dieser Funktion eine hohe Bedeutung zu. Ebenso wichtig wie die sichtbare Reaktion im Einzelfall ist die Fernwirkung einer Strafnorm, die in ihrem prinzipiellen normativen Inhalt („die Abtreibung ist strafbar“) nunmehr seit sehr langer Zeit besteht. Schon die bloße Existenz einer solchen Strafandrohung hat Einfluß auf die Wertvorstellungen und die Verhaltensweisen der Bevölkerung [...]. Diese Wirkung wird ins Gegenteil verkehrt, wenn durch eine generelle Aufhebung der Strafbarkeit auch zweifellos strafwürdiges Verhalten für rechtlich einwandfrei erklärt wird. Dies muß die in der Bevölkerung herrschenden Auffassungen von „Recht“ und „Unrecht“ verwirren.“⁴⁶ Und später: „Das Gesetz ist nicht nur Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse, [...], es ist auch bleibender Ausdruck sozialetischer und – ihr folgend – rechtlicher Bewertung menschlicher Handlungen; es soll sagen, was für den Einzelnen Recht und Unrecht ist.“⁴⁷ In der Argumentation, das strafbewehrte Verbot des Schwangerschaftsabbruchs müsse auch entgegen Erkenntnissen von dessen ineffizienter instrumenteller Wirkung aufrechterhalten werden, um durch die Verfassung vorgegebene ethische Positionen im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung aufrechtzuerhalten, liegt mithin der Gedanke eines symbolisch vermittelten positiv-generalpräventiven Rechtsgüterschutzes, wie er von den Vertretern dieser Theorie kurze Zeit später explizit aufgegriffen wurde.⁴⁸ (In Schwangerschaftsabbruch-II hat das BVerfG diesen Gesichtspunkt auch beim nunmehrigen Namen genannt.⁴⁹)

Das BVerfG deutet hier staatliche Strafe im Sinne einer positiven Generalprävention, mit der die Aufrechterhaltung bestimmter sozialer Normen bezweckt werden soll. Sie sollen stabilisiert und damit implizit die durch sie gestützten sozialen Strukturen reproduziert werden. Ähnliches zeigte sich übrigens in der Literatur zu den zahlreichen Reformen des § 219a StGB a. F., der schließlich durch Gesetz vom 11.07.2022 aufgehoben wurde.⁵⁰ Vielfach wurde gegen die Aufhebung eingewandt, dass dadurch das Rechtsgut des werdenden Lebens an Bedeutung verliere und so als sittenbildende

46 BVerfG NJW 1975, 573, 579.

47 BVerfG NJW 1975, 573, 580.

48 Vor allem *Jakobs* (Fn. 40), S. 4 ff.; vgl. oben.

49 Vgl. BVerfG NJW 1993, 1751, 1758.

50 BGBl. I 2022, S. 1082.

Kraft verloren gehe (sog. Klimaschutz).⁵¹ Gerade wenn Rechtsgüter von Verfassungsrang betroffen sind, lässt sich die positive Generalprävention daher gegen progressive, bzw. genauer: sozialnormtransformative Entkriminalisierungen wenden.

4. Sozialnormtransformative positive Generalprävention?

Dass das sozialnormreproduzierende Paradigma, das mit der Lehre der positiven Generalprävention bis heute meistens verbunden ist, gleichwohl nicht zwingend ist, liegt auf der Hand. Wer dem Strafrecht „sittenbildende Kräfte“ zutraut, kann in den zu bildenden Sitten nicht nur Bestehendes hin-, sondern auch zu Erreichendes zum Ziel nehmen. Der Wirkungsmechanismus, den die Lehre von der positiven Generalprävention dem Strafrecht zuschreibt, ist nicht an eine konservative gesellschaftspolitische Agenda gebunden.

So überrascht es nicht, dass im Gefolge der eingangs beschriebenen strafweiternden und -schärfenden Tätigkeit des Gesetzgebers auf Gebieten wie dem Sexualstrafrecht und sog. Vorurteils kriminalität mittlerweile auch Bezugnahmen auf die Lehre der positiven Generalprävention mit implizit sozialnormtransformativer Stoßrichtung stattfinden. So hat Çelebi im Anschluss an die Gesetzesbegründung jüngst zur Aufnahme der „geschlechtsspezifischen“ und „gegen die sexuelle Orientierung gerichteten“ Beweggründe in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB ausgeführt: „Neben der erhofften Sensibilisierung der Strafverfolgungsbehörden und Rechtsanwender*innen ist die geplante Gesetzesänderung auch aus generalpräventiven Aspekten zu befürworten. [...] In jedem Fall aber erscheint die positiv generalpräventive Aussage bedeutend. Denn nach dieser ist es ebenfalls Aufgabe des Strafrechts, für das Gemeinwesen grundlegende Wertungen zu dokumentieren und zu bekräftigen. [...] Obwohl einige Phänomene, wie beispielsweise Femizide, nunmehr größere Aufmerksamkeit erfahren, wird dabei das gesamtgesellschaftliche Ausmaß unterschätzt. Dies rechtfertigt die Dokumentation und Bekräftigung auch dieser Merkmale.“⁵² Unter Bezugnahme auf die positive Generalprävention kann schon der Einführung einer Strafzumessungsvorschrift eine transformative Wirkung zugetraut werden. Ähnlich argumentieren auch Bock/Steinl, wenn sie im Anschluss an die

51 Vgl. zu dieser Debatte Scholler, KriPoZ 2021, 327, 333.

52 Çelebi, NK 2023, 136, 141.

Zielsetzung der Istanbul-Konvention postulieren, dass eine Eliminierung geschlechtsspezifischer Gewalt nur durch ein „gesellschaftliches Umdenken“ erreicht werden könne. Hierzu könne auch das Strafrecht einen Beitrag leisten – „zumal dann, wenn man mit den expressiven Straftheorien davon ausgeht, dass die Verhängung von Strafe ein kommunikativer Akt ist, mit der die Gesellschaft ihre (normativ fundierte) Empörung über die Tat zum Ausdruck bringt, sie als Unrecht kennzeichnet und zugleich die uneingeschränkte Geltung der verletzten Norm bekräftigt.“⁵³

Festzuhalten bleibt an dieser Stelle, dass die aus einer Begründungskrise des Strafrechts nach Niedergang der herkömmlichen präventiven Straftheorien in den 1970er Jahren hervorgegangene Theorie der positiven Generalprävention nicht nur auf sozialnormreproduzierende, sondern auch sozialnormtransformative Paradigmen applizierbar ist und auch im Rahmen dessen legitimatorische Argumente für das Institut staatlicher Strafe vermitteln kann.

III. Kritische Kriminologie: vom Abolitionismus zur Sozialnormtransformation

Eine in vielerlei Hinsicht parallele und zeitlich koinzidente Entwicklung wie in der (primär von Juristen und Strafrechtswissenschaftlern geführten) Strafzweckdebatte fand in der genuin kriminologischen (d.h. auch von Sozialwissenschaftlern geführten) Grundlagendiskussion statt. Nachfolgend sollen auch in dieser Disziplin die Entwicklungen hin zum sozialnormtransformativen kriminalpolitischen Paradigma nachverfolgt werden.

1. Die ätiologische Kriminologie bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs

Die Kriminologie als Wissenschaft entstand im Laufe des 19. Jahrhunderts als Hilfswissenschaft des Strafrechts, die mit den empirischen Erkenntnismethoden der Naturwissenschaften menschliches, insbesondere delinquen-

53 Bock/Steinl (Fn. 10), 312 f.; die Autorinnen betonen indes, dass ein solcher „umfanglicher Wandel zu einer wahrhaft gleichberechtigten Gesellschaft“ allein durch das Strafrecht nicht zu erreichen sei; zur Istanbul-Konvention („Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“) siehe BGBl. II 2017, S. 1027 ff.

tes Verhalten untersuchte und deterministisch erklärte. Für die Kriminologie paradigmatisch ist das Werk „l'uomo delinquente“ des Italieners *Lombroso*.⁵⁴ Auf der Grundlage von anthropometrischen Messungen und weiteren empirischen Untersuchungen an Strafgefangenen kam er zu dem Ergebnis, dass die meisten der Strafgefangenen zum Verbrecher geboren seien und sich durch atavistische Körpermerkmale auszeichneten („geborene Verbrecher“).⁵⁵

Die biologistische Theorie vom geborenen Verbrecher wurde insbesondere von der sog. französischen Schule der Kriminologie kritisiert, die die Ursachen kriminellen Verhaltens im Milieu bzw. in den Bedingungen der Gesellschaft erkannten („Tout le monde est coupable excepté le criminel.“).⁵⁶ Diese (teils nur vordergründigen) Gegensätze führte in der deutschen Debatte v. *Liszt* zu einer Anlage-Umwelt-Formel zusammen. Daher beschränkt sich sein kriminalpolitisches Programm auch nicht ausschließlich auf repressive Maßnahmen (s. o. und die dortigen Nachweise).

Kriminologische Forschung wurde Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland indes primär von Medizinern respektive Psychiatern betrieben. Die Ursachen der Kriminalität wurden nicht mehr in Atavismen, sondern in der Psyche gesucht (sog. Psychopathenlehre), ohne jedoch das Konzept des „geborenen Verbrechers“ aufzugeben.⁵⁷ Umweltfaktoren durchaus anerkennend konzentrierte sich ein Teil der deutschen Forschung schon vor der NS-Zeit auf die (erb-)biologischen Ursachen der Psychopathie im Allgemeinen und der Kriminalität im Besonderen.⁵⁸

Entsprechend der rassistisch-völkischen Ideologie des Nationalsozialismus setzte sich in Deutschland dann die kriminalbiologische Strömung durch.⁵⁹ Bemühten sich die Vertreter der Kriminalpsychologie noch zum Teil um sachliche Beschreibungen, lieferte die pseudowissenschaftliche Kriminalbiologie in der NS-Zeit bereitwillig die immer entmenslicheren Zuschreibungen („Asoziale“, „Volksschädlinge“ etc.), die die eugenischen

54 In deutscher Übersetzung (Fraenkel) *Lombroso*, Der Verbrecher (homo delinquens) in anthropologischer, ärztlicher und juristischer Beziehung, Bd. 1, 1894; *Lombroso* zählt zu den wichtigsten Vertretern der sog. italienischen Schule.

55 Zum Ganzen *Gibson*, in: Becker/Wetzell (Hrsg.), *Criminals and Their Scientists*, 2006, S. 137, 138 ff.; *Wetzell*, *Inventing the Criminal*, 2000, S. 30.

56 *Baumann* (Fn. 25), S. 40 f.

57 *Baumann* (Fn. 25), S. 41 m.w.N.; *Wetzell* (Fn. 55), S. 45.

58 *Kunz*, *MSchrKrim* 96 (2013), 81, 92.

59 *Kunz* (Fn. 58), 92 ff.

Vernichtungsfantasien gerade auch gegen Straftäter befeuerten.⁶⁰ So rückte die Unschädlichmachung zunehmend in den Vordergrund der Kriminalpolitik des Nationalsozialismus (s. o.).

Erst in den 60er Jahren setzte hierzulande dann ein Wandel ein. Nunmehr betonte man wieder stärker die Umweltfaktoren und lehnte insbesondere den Begriff des geborenen Verbrechers ab; der Verbrecher erschien mehr als Opfer der gesellschaftlichen Umstände und seiner fehlerhaften Sozialisation.⁶¹ Diese Entwicklung wurde begleitet von einer fortschrittsoptimistischen Suche nach Methoden, die sozialisationsbedingten Defizite der Täter zu behandeln und so langfristig Verbrechen zu verhindern. Diese Grundstimmung weckte neue Hoffnung auf eine Resozialisierung auch der Täter, die bis dahin z.B. als nicht besserungsfähige Gewohnheitsverbrecher abgestempelt worden waren. Dies begünstigte auch den Fokus auf die positive Spezialprävention, der die Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik der 60er Jahre prägte (dazu II. 1.). *Garland* spricht treffend von einer „korrektionalistischen Kriminologie und Verbrechenskontrolle“.⁶²

2. Die „alte“ kritische Kriminologie

Dieser kurze Einblick in die Disziplingeschichte der Kriminologie macht allen Wandlungen zum Trotz deutlich, dass der Blickwinkel der kriminologischen Forschung bis in die 60er Jahre ein ähnlicher war: Untersucht wurden nämlich stets die Ursachen des delinquenten Verhaltens, mochten sie in biologischen oder sozialen Faktoren gesucht worden sein. Man spricht hier von der sog. ätiologischen, d.h. ursachenforschenden Kriminologie. Bei allen Unterschieden insbesondere der kriminalpolitischen Folgerungen, ist den oben grob nachgezeichneten Strömungen innerhalb der Kriminologie mithin eine positivistische Grundausrichtung gemein.⁶³ Posi-

60 Dazu und zur hier ausgesparten Tätersystemlehre eingehend *Streng* (Fn. 23), 157; einschränkend ist klarzustellen, dass die weite Mehrzahl der Opfer der nationalsozialistischen Eugenik nicht mittels strafrechtlicher Verurteilungen ins Verderben geschickt wurden, vgl. zum Verhältnis des Strafrechts zu anderen Formen der „Feindvernichtung“ im Nationalsozialismus *Vogel* (Fn. 22), 663.

61 Zusammenfassend *Baumann* (Fn. 25), S. 377 f.; *Garland* (Fn. 37), S. 61 ff.

62 *Garland* (Fn. 37), S. 93 ff., er bezieht sich aber primär auf den anglo-amerikanischen Raum.

63 Dazu *Eisenberg/Köbel* (Fn. 34), § 2 Rn. 9 ff.; vgl. allgemein zur Stellung des Positivismus in der heutigen Sozialforschung *Zima*, Soziologische Theoriebildung, 2020, S. 40 ff.; ebenso *Kunz* (Fn. 2), 71.

tivismus bezeichnet eine – teils naive – Übernahme naturwissenschaftlicher Erkenntnismethoden in den Sozialwissenschaften. Nach dem Zweiten Weltkrieg sah sich die Kriminologie als Wissenschaftsdisziplin aber gänzlich neuen Einwänden ausgesetzt, die ihre Stellung als Hilfswissenschaft des Strafrechts sowie ihren naiven Positivismus betraf.⁶⁴ Die Kriminologie entfernte sich von ihren naturwissenschaftlichen Wurzeln und gliederte sich zunehmend in die empirische Sozialforschung ein. In der internationalen empirischen Sozialforschung bzw. Soziologie hatte sich unterdessen bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts ein Wandel des Erkenntnisgegenstandes sowie der Funktionszuschreibung abgezeichnet. Diese im Detail heterogene Entwicklung hier im Einzelnen nachzuzeichnen, ist nicht möglich, sodass eine idealtypische Betrachtung genügen muss.⁶⁵ Allgemein lässt sich der Wandel als Hinwendung zu einem interpretativ-konstruktivistischen Paradigma kennzeichnen.⁶⁶ Es verlagerte sich das Erkenntnisinteresse der Kriminologie von den (naturwissenschaftlich verstandenen) Ursachen der Kriminalität hin zu den Bedingungen, unter denen bestimmte Verhaltensweisen als kriminell gelabelt werden.⁶⁷ Dahinter steht die bis heute anerkannte Erkenntnis, dass Handlungen nicht aus sich heraus „kriminell“ oder auch nur „schlecht“ sind, sondern dies nur unter Bezugnahme auf ein normatives System sein können. Kriminell sind also diejenigen Handlungen und Menschen, auf die dieses Label erfolgreich angewendet wird (konstruktivistisches Element). Interpretativ-konstruktivistische Ansätze verwenden in aller Regel keine quantitativen Erkenntnismethoden, sondern analysieren primär qualitativ. Bei qualitativer Forschung werden vor allem soziale Interaktionen interpretiert (interpretatives Element). Wie bei der positiven Generalprävention (siehe II. 2.) gewann so in der Kriminologie an Bedeutung, anhand welcher Symbole Kriminalität verhandelt wird.

Unter dem Einfluss der 68er-Bewegung verbanden sich diese im Detail äußerst heterogenen Ansätze dann häufig mit marxistischen oder sonst gesellschaftskritischen soziologischen Ansätzen wie der kritischen Theorie. Das Strafrecht wurde als Herrschaftsinstrument, das die Unterdrückung der ohnehin Benachteiligten reproduziere und so soziale Umbrüche ver-

64 Lamnek/Vogl, Theorien abweichenden Verhaltens II, 4. Aufl. (2017), S. 29 ff.

65 Vgl. Eisenberg/Kölbel (Fn. 34), § 2 Rn. 7 ff.

66 Vgl. differenzierend Ploder, in: Moebius/Ploder (Hrsg.), Handbuch Geschichte der deutschsprachigen Soziologie, S. 735, 741 ff.; diesen Prozess für die Kriminologie nachzeichnend Lamnek/Vogl (Fn. 64), S. 15 ff.

67 Vgl. zu dieser Grundhaltung in der kriminologischen Forschung Kunz/Singelstein, Kriminologie, 8. Aufl. (2021), § 2 Rn. 11 ff.: „Verstehensmodell“.

hindere, dekonstruiert. Denn aufgrund der Selektionsmechanismen des Strafrechts würden primär marginalisierte Gruppen als Kriminelle gelabelt und so in dieser Rolle bestätigt. Das sozialliberale Bestreben der Kriminalpolitik und Kriminologie, Täter durch Strafe zu bessern, fassten die Vertreter dieser tendenziell links-progressiven Strömung als pathologisierende Zuschreibung auf und lehnten sie ab. Aus dieser Entwicklung von der ätiologischen hin zur labeling-Kriminologie erklärt sich die ab Ende der 1960er Jahren zunehmend strafrechtskritische, wenn nicht gar abolitionistische, d.h. das Institut staatlicher Strafe als Ganzes verwerfende Grundstimmung.⁶⁸

Diese neue Kriminologie, die in Deutschland als *labeling approach* und als kritische Kriminologie Karriere machen sollte, ist für Strafzwecktheorien auf den ersten Blick wenig anschlussfähig, soweit das Strafrecht als illegitimes Herrschaftsinstrument verbrämt, die Zuschreibung von Kriminalität ausschließlich als negatives symbolisches Gut begriffen wird.⁶⁹ Mit der Betonung der symbolischen Wirkung des Strafrechts auch in der Kriminologie war der Grundstein für eine Vereinigung mit der positiven Generalprävention indes bereits gelegt. Erkennbar ist hier zudem das revolutionäre Selbstverständnis und der transformative Anspruch, der indes allen kritischen Wissenschaften gemein ist. Vielen Anhängern der kritischen Kriminologie und des *labeling approach* ging es letztlich darum, die als ungerecht analysierte Gesellschaft in eine bessere zu transformieren. Dem stand das Strafrecht durch seinen reproduktiven Charakter jedoch im Wege. Die Transformation sollte folglich (noch) durch Abschaffung respektive Begrenzung des Strafrechts erreicht werden, keinesfalls durch seine Intensivierung.

Etwas anders verhält es sich, wie wir schon gesehen haben, mit der Systemtheorie *Luhmannscher* Prägung, die ebenfalls dem interpretativ-konstruktivistischen Paradigma zuzuordnen ist.⁷⁰ Zwar zog *Luhmann* selbst die Verwertbarkeit seiner Theorie für das Recht insoweit in Zweifel, als die Systemtheorie nichts über ihre Anschlussfähigkeit innerhalb des sozialen Systems des Rechts aussagen könne (es handelt sich vielmehr um eine Perspektive zweiter Ordnung)⁷¹. An einer gesellschaftlichen Transformation war es *Luhmann*, wie aus dem berühmten Werturteilsstreit mit *Habermas*

68 Vgl. *Lamnek/Vogl* (Fn. 64), S. 314.

69 Vgl. dazu *Kunz*, NK 2017, 68, 75.

70 *Luhmann* selbst rechnet seine Theorie dem radikalen Konstruktivismus zu.

71 *Luhmann* (Fn. 41), S. 31 ff.

bekannt, auch nicht gelegen, sodass er nicht als Stichwortgeber der sozialnormtransformativen Kriminalpolitik bezeichnet werden kann. Allerdings grenzte er sich vom fundamentalkritischen *labeling approach* ab, da dieser sich allzu ambivalent dazu verhalte („wohlplatzierte Unschärfe“), ob das jeweilige Verhalten, das als kriminell gelabelt wird, nicht in Wahrheit harmlos und erträglich sei.⁷² Mit dem Konzept der Sicherung normativer Verhaltenserwartungen statuiert *Luhmann*, intendiert oder nicht, ein positives symbolisches Gut, das im Recht anschlussfähig ist: Normen werden in ihrer sozialen Funktion durch Kommunikation erhalten, sprich in die Zukunft projiziert (zum sozialnormreproduzierenden Charakter der positiven Generalprävention siehe II. 3.). Erst die Vereinigung des positiven symbolischen Guts aus der Systemtheorie und des transformativen Anspruchs der kritischen Kriminologie führte jedoch zur sozialnormtransformativen Kriminalpolitik (vgl. II. 4.).

3. Scheerer-Bender-Debatte

Doch auch jene geistige Entwicklung in der kritischen Kriminologie blieb nicht lange tonangebend, wenn sie es überhaupt je war. Im Ungefähren zeitgleich mit dem Aufkommen der Strafstheorie der positiven Generalprävention (s.o.) entwickelten sich auch in der kritischen Kriminologie Momente, die das Strafrecht als nicht mehr gänzlich verdammenswert erscheinen ließen – sondern den *labeling approach* als „Partisanenwissenschaft“⁷³. Diese hängen wesentlich mit den sogenannten neuen sozialen Bewegungen zusammen. Namentlich aus einer feministischen Grundrichtung heraus entwickelte sich ab den 1970er Jahren die Ansicht, man müsse das Strafrecht nutzen, um historisch gewachsene Machtverhältnisse in der Gesellschaft zu bekämpfen.⁷⁴ Dass diese Entwicklung ihren Ausgang vor allem in der feministischen Kriminologie bzw. Rechtswissenschaft nahm, könnte daran liegen, dass es diesen stets weniger um die (empirisch eher fernliegende, nur punktuell vorhandene) Überkriminalisierung von Frauen, sondern um die (von der Kriminologie und der Kriminalpolitik lange Zeit

72 *Luhmann*, Soziale Systeme, 1985, S. 439.

73 *Brumlik*, in: Peters (Hrsg.), Muß Strafe sein?, 1993, S. 201.

74 Vgl. *Frommel* (Fn. 10), 375.

kaum adressierte) Viktimisierung von Frauen im sozialen Nahraum ging.⁷⁵ Etwas verzögert gelangte auch das Phänomen der sog. Vorurteils kriminalität in das Blickfeld der deutschen kritischen Kriminologie. In Deutschland entwickelte sich ein Bewusstsein für diese Form der Kriminalität vor allem im Nachgang der „Baseballschlägerjahre“ – damals war aber häufig noch von „rechter Gewalt“ die Rede.⁷⁶ Als Erweckungserlebnis gilt zudem der sog. NSU-Prozess, der zur Einführung der menschenverachtenden Beweggründe in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB führte.⁷⁷ Auch die vielbeschworene Kriminalität der Mächtigen (zuweilen sog. Makrokriminalität, etwa die Verbrechen der Nationalsozialisten, die sich in das deutsche Kollektivbewusstsein besonders eingeprägt haben) sowie die Rezeption von Sutherlands white-collar crimes in Deutschland führte zu einer allmählichen Verlagerung des Interesses von der Unterschichtenkriminalität hin zu Straftaten, bei denen eine Solidarisierung mit den Tätern weniger nahe lag.⁷⁸ Zugleich entdeckte die Kriminologie das Opfer als Erkenntnisgegenstand (sog. Viktimologie), und förderte zutage, dass manche Straftaten, insbesondere Gewaltdelikte, massive Konsequenzen für die Betroffenen haben können.

So tat sich in der kritischen Kriminologie, die eben erst durch den *labeling*-Ansatz zu einer teils abolitionistischen Fundamentalopposition zum Strafrecht gefunden hatte, ein neuerlicher Konflikt mit den nunmehr durchaus strafrechtsaffirmativen Strömungen aus dem „eigenen Lager“ auf, die Anschluss an die positive Generalprävention suchten (dazu auch II. 4.).⁷⁹

Stellvertretend lässt sich der beschriebene Dissens in der kritischen Kriminologie am Beispiel einer publizistischen Auseinandersetzung zwischen Sebastian Scheerer und Birgit Bender in der „Kritischen Justiz“ Mitte der 1980er Jahre aufzeigen. Scheerer schrieb 1985 unter dem Titel „Neue soziale Bewegungen und Strafrecht“ eine Kritik an dem gewandelten Grund-

75 Vgl. Aviram (Fn. 7), 223; ähnliches lässt sich für die Umweltbewegungen im Hinblick auf Umweltverschmutzungen sagen (was freilich in fließendem Übergang zum „Risikostrafrecht“ steht, s. I.), Kunz (Fn. 69), 73.

76 Vgl. zur Thematisierung rechter Gewalt in den damaligen Diskursen Singelnstein, Diskurs und Kriminalität, 2009, S. 147 ff.

77 Daneben spielte eine Rolle, dass das Europarecht in einem Rahmenbeschluss eine Verpflichtung vorsah, entsprechende Motive strafschärfend zu berücksichtigen; zur europarechtlichen Determinierung des Umgangs mit Hasskriminalität eingehend Rebmann/Schlicksupp, ZStW 135 (2023), 84.

78 Vgl. das Eingeständnis von Peters, Soziale Probleme 7 (1996), 3, 13 f.

79 Peters (Fn. 78), 13 f.

verhältnis vieler progressiver Kriminologen und Kriminalpolitiker zum Strafrechtssystem. Während die politische Bewegung der Neuen Linken in Nachfolge der Studentenbewegung „antiinstitutionell, akephal und antietatistisch“ gewesen sei, habe sich dies mehr und mehr in Richtung Partizipation an bestehenden Strukturen entwickelt. In der Folge habe sich auch das Verhältnis zum Strafrecht geändert: „Das Strafrecht, einst Inkarnation nicht nur falscher Inhalte, sondern auch eines falschen Prinzips, erlangte im Verlauf der siebziger Jahre wieder Anerkennung als eines der bedeutendsten symbolischen Mittel zur Etablierung allgemeiner Prinzipien.“⁸⁰ „War die dominierende Tendenz bis in die siebziger Jahre die negative Kritik am Strafrecht als eines staatlichen Machtinstruments überhaupt und suchte man folglich nach Alternativen zum Strafrecht [...], so führte der etatistische Umschlag der wichtigsten der neuen Bewegungen zum nachhaltigen Einklagen alternativer Inhalte im Strafrecht.“⁸¹

Im Gefolge dieses „etatistischen Umschlags“ in der politischen Zielrichtung der Neuen Linken habe sich auch die Theorieproduktion der kritischen Kriminologie verändert. „Doch mit dem für die wissenschaftliche Produktion typischen „time lag“ fand auch die Transformation der neuen sozialen Bewegungen ihren Weg in die Neue Kriminologie. [...] Plötzlich ging es um Gesetze, deren Inhalte den Werten der neuen sozialen Bewegungen entsprachen [...]. Allem Anschein nach bahnt sich eine Wandlung vom Kritiker zum Zulieferer oder stillen Teilhaber von Moralkreuzzügen an.“⁸²

In einer Entgegnung unter dem Titel „Feministinnen und das Strafrecht – eine Replik“ kritisierte *Bender Scheerers* Einlassungen scharf, auch wenn sie das „Ziel einer langfristigen Abschaffung der Knäste“ freilich teile.⁸³ Beispielsweise verteidigte sie feministische Forderungen zu Verschärfungen des Vergewaltigungstatbestandes (unter anderem die schon damals überfällige Streichung des Tatbestandsmerkmals „außerehelich“). „Und dies nicht nur, wie Scheerer mit dem Vorwurf von ‚symbolischer Politik‘ glauben machen will, weil das Sexualstrafrecht und das in Vergewaltigungsprozessen übliche Verfahren ein Abbild sexistischer Unterdrückung sind, sondern weil eben diese darin ständig reproduziert wird.“⁸⁴ Es gehe um „eine Ab-

80 *Scheerer*, KJ 1985, 245, 245.

81 *Scheerer* (Fn. 80), 246.

82 *Scheerer* (Fn. 80), 253.

83 *Bender*, KJ 1987, 449, 449.

84 *Bender* (Fn. 83), 450.

kehr der von allen Beteiligten umstandslos übernommenen patriarchalen, und das heißt: der gesellschaftlich anerkannten Sichtweise des Täters“.⁸⁵

Scheerers Kritik steht letztlich auf dem – wie Bender⁸⁶ analysiert – überholten Boden der fundamental strafrechtskritischen Tendenz der 1960er Jahre. Für ihn ist jedes Einfließen politischer Forderungen in das Strafrecht „symbolisch“, da das Strafrecht keine verhaltenssteuernde Potenz habe. Bender setzt dem eine positive Vorstellung von Strafrecht als Symbol entgegen: Es gehe um Anerkennung bestimmter Werte, um damit die gesellschaftlichen Werte an sich zu ändern – und die Reproduktion überkommener sozialer Normen durch das Strafrecht zu beenden.

4. Die „neue“ Kritische Kriminologie: Sozialnormtransformation und unterlassene Zuschreibungen

Die Auseinandersetzung zwischen Scheerer und Bender versinnbildlicht gut den Umschwung, in dem die Avantgarde der kritischen Kriminologie ihre Grundhaltung zum Strafrecht grundsätzlich änderte. Die „neue“ (und heute dominante) Richtung der kritischen Kriminologie folgt seitdem dem kriminalpolitischen Paradigma einer Sozialnormtransformation mit deutlichen Anleihen bei der Strafzwecklehre der positiven Generalprävention. Bei näherer Betrachtung des fundamentalkritischen *labeling approach* ist dieser Wandel indes kaum verwunderlich. Der Vorwurf, das Strafrecht selektiere so, dass am Ende nur sozial Benachteiligte bestraft würden, geht nicht zwingend auf eine abolitionistische Grundhaltung aus. Im Gegenteil ist diesem Vorwurf die Forderung nach einer Bezeichnung der Mächtigen und Privilegierten als kriminell bereits eingeschrieben. In den Worten von Kunz: „Der Vorwurf einer Strafverschonung der Mächtigen ist die Kehrseite des Vorwurfs der Überkriminalisierung strukturell benachteiligter Bevölkerungskreise. In Beidem drückt sich der Unmut über die soziale Ungleichheit der Gesellschaft aus, welche sich im Strafrecht und seiner Praxis reproduziert.“⁸⁷ Ähnliches zeigt sich auch in einer interessanten Bemerkung von Lüderssen.⁸⁸ Dieser zitiert die Koryphäe der kritischen Kriminologie, Fritz Sack, mit der Aussage, dass er sich darüber ärgere, dass

85 Bender (Fn. 83), 451.

86 Bender (Fn. 83), 449.

87 Kunz (Fn. 2), 75.

88 Siehe Lüderssen, in: ders. (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Band I: Legitimationen, 1998, S. 307, 308.

Polizisten mit Gewaltanwendungen während ihrer Dienstausbübung häufig davonkämen. Dem will *Lüderssen* sinngemäß entgegnet haben, *Sack* müsse doch eigentlich froh sein, dass wenigstens die Polizisten dem Kriminalisierungsapparat ein Schnippchen schlagen würden. *Lüderssen* schließt daraus zurecht, dass es in der Logik des *labeling approach* auch so etwas wie unterlassene Zuschreibungen geben müsse. Diese Unterlassungen reproduzieren dann ebenfalls die Herrschaftsstrukturen in der Gesellschaft, da Straftaten zulasten bestimmter Bevölkerungsgruppen verharmlost und nicht als solche gelabelt werden. Dementsprechend kann ein Mehr an Zuschreibung erforderlich sein (sprich Neukriminalisierungen und Strafschärfungen), um die Transformation zu erreichen, die an anderer Stelle durch Entkriminalisierungen erstrebt wird.

Über diesen Befund hinaus gibt es weitere Gründe dafür, dass die kritische Kriminologie heute eher sozialnormtransformative Pfade beschreitet. Diese liegen zunächst in der typischen Annahme der kritischen Kriminologie, das Strafrecht sei ein besonders wirkmächtiger Teil des Staates. Nimmt man an, das Strafrecht und die Strafjustiz seien etwa wegen ihrer symbolischen Macht in der Lage, die ungerechte Gesellschaftsordnung kommunikativ zu reproduzieren, dann ist es zu der Annahme, das Strafrecht könne diese Ordnung durch ihre symbolische Macht auch transformieren, nicht weit. Weiterhin ermöglicht der Fokus auf die symbolische Interaktion (gleiches gilt für die Betonung der Semantik von Straftatbeständen und Unwerturteilen, dazu II. 2.), die „dunkle Seite des Strafrechts“ auszublenden bzw. von der Frage nach der Sinnhaftigkeit des Strafrechts zu entkoppeln. Die unmöglichen Zustände in den „Knästen“ usw. verlieren an Bedeutung und ihre Abschaffung wird in die Zukunft verschoben.

Schließlich ist insbesondere in der Debatte um die sog. Vorurteilskriminalität eine bemerkenswerte Eigentümlichkeit zu beobachten. Straftaten werden auf Einstellungen und Motive zurückgeführt (rassistische, antisemitische etc.) und die dahinterliegenden Sozialisationsbedingungen und weitere kriminorelevante Faktoren tendenziell ausgeblendet. Geht man davon aus, Menschen würden Straftaten primär wegen ihrer Einstellung begehen, gewinnt das Ziel einer Sozialnormtransformation zusätzlich an Legitimität.

Zugleich ist in der hate crime-Debatte die Dynamik sozialnormtransformativer Kriminalpolitik zu erkennen. Der Begriff der Hasskriminalität ist wegen der monokausalen Verengung aus kriminologischer Perspektive durchaus nicht unproblematisch, auch weil eine hohe Kontingenz bei der

„Feststellung“ von Motiven besteht. Jedoch wird es vielfach schlicht als nach einem sozialnormtransformativen Paradigma zweckmäßig betrachtet, etwa Sexualstraftaten gegen Frauen prinzipiell der Hasskriminalität zuzuschlagen (mehr Ächtung, mehr Sensibilisierung, mehr Opfersolidarisierung usw.). Es liegt zwar nahe, manche Formen der geschlechtsspezifischen Gewalt der Hasskriminalität zuzurechnen, wie *Steinl* eindrücklich nachgewiesen hat.⁸⁹ Die dafür erforderliche Motivzuschreibung darf jedoch nicht blindlings und rein nach Zweckmäßigkeitserwägungen erfolgen, sondern bedarf einer intensiven Einzelfallbetrachtung.⁹⁰

IV. Sozialnormtransformative Kriminalpolitik

Die Ergebnisse unserer Analyse lassen sich wie folgt zusammenfassen: Sowohl in der Strafzweckdebatte als auch in der Kriminologie hat die Kommunikation über strafbares Verhalten an Bedeutung gewonnen. Schon wie kommuniziert wird, kann demnach bestimmte soziale Verhältnisse reproduzieren oder wandeln. Zwar war die positive Generalprävention zunächst eher sozialnormreproduzierend und die kritische Kriminologie abolitionistisch. Durch den eben benannten gemeinsamen Nenner beider Theoriestränge (Betonung der symbolischen Macht des Strafrechts) war es jedoch möglich, den kommunikativen Aspekt der positiven Generalprävention mit den transformatorischen Ansprüchen der kritischen Kriminologie zu verknüpfen: und zwar zum sozialnormtransformativen kriminalpolitischen Paradigma.

Die neue progressive Kriminalpolitik ist transformativ, weil sie die gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnisse negativ bewertet und diese in Richtung einer gerechteren Gesellschaft verändern will. Sie ist sozialnormtransformativ, weil im Geiste der positiven Generalprävention als Zwischenschritt eine Änderung der gesellschaftlichen Wertvorstellungen intendiert wird. Es handelt sich um Kriminalpolitik, soweit durch politische Interventionen die Rechtslage oder doch zumindest die Rechtsprechung geändert werden soll. In den Worten der Strafzwecklehre zielt das neue kriminalpolitische Paradigma auf eine sozialnormtransformative Generalprävention ab.

Abzugrenzen ist das hiesige Konzept von der sog. Transformative Justice. Diese soziale Bewegung US-amerikanischer Provenienz bildet in gewisser

89 *Steinl*, ZfRS 2018, 179, 195 ff.

90 So auch *Steinl* (Fn. 89), 197.

Weise das abolitionistische Gegenstück zur hiesigen sozialnormtransformativen Kriminalpolitik. In den USA wird der Ansatz vor allem von Frauen of Color verwendet, die sich gegen den punitiven Feminismus (Carceral Feminism) richten. Sie propagieren – ähnlich wie die Black-Lives-Matter-Bewegung – eine weitgehende Abschaffung des Strafrechts. Stattdessen sollen Konflikte in kleinen Communities ausgehandelt werden.⁹¹ Größer sind die Ähnlichkeiten zur aus dem Völkerstrafrecht bekannten Transitional Justice.⁹² Dahinter verbirgt sich die Hoffnung, nach dem Vorbild der Nürnberger Prozesse u.a. durch die strafrechtliche Verfolgung von Systemunrecht den Transformationsprozess von diktatorischen Regimen hin zur Demokratie zu ermöglichen. Unter anderem der neue Fokus der Kriminologie auf solche Formen der Makrokriminalität hat den oben beschriebenen etatistischen Umschlag begünstigt. *Neubacher* etwa verwirft den *labeling approach* gerade vor dem Hintergrund des Völkerstrafrechts als Partisanenwissenschaft.⁹³

Sozialnormtransformative Kriminalpolitik ist nach unserer Auffassung die wichtigste und derzeit prävalenteste Form der „progressiven Kriminalpolitik“. Jedoch begründen progressive Akteure Strafverschärfungen – dem herrschenden kriminalpolitischen Paradigma folgend – auch mit abschreckungspräventiven Argumenten, sodass es sich insoweit um eine Schnittmenge der progressiven Kriminalpolitik handelt. Das ebenfalls in jüngerer Zeit aufgekommene kriminalpolitische Paradigma mit dem Inhalt, durch Verdammung des Täters eine Solidarisierung mit dem Opfer zu erreichen, ist mit der sozialnormtransformativen Kriminalpolitik geistesgeschichtlich eng verwandt (vgl. III. 3. und 4.).⁹⁴

91 Überblick bei *Kim*, International Review of Victimology 2021, 162 ff.

92 Dazu *Werle/Vormbaum*, Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 2018.

93 *Neubacher*, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, 2005, S. 196 ff., *Neubacher* tendiert zu einer „aufgeklärten Punitivität“.

94 In der Strafrechtswissenschaft findet dieser Gedanke insbesondere Ausdruck in der expressiven Straftheorie *Hörnles*. Sie begründet die Strafe abseits opferloser Delikte u.a. mit der Kommunikation mit dem Opfer. Vgl. *Hörnle*, Strafreorien, 2. Aufl. (2017), passim; vgl. auch *Rostalski*, ZStW 136 (2024), 373 ff., die den kritischen Begriff „Opferstrafrecht“ etablieren möchte.

V. Schluss

Der vorstehende Abriss hat gezeigt, wie Entwicklungen in der juristischen Strafzweckdebatte mit der Theorie der positiven Generalprävention und die grundlegenden Umbrüche in der kritischen Kriminologie im Hinblick auf die Legitimität und den Einsatz staatlicher Strafe kriminalpolitisch ineinandergreifen. Als konvergentes Produkt entsteht ein sozialnormtransformatives Paradigma, das in der Gesetzgebung inhaltsgebend wirkmächtig ist.

Dieser Beitrag begreift sich dabei ausdrücklich nicht als Parteinahme für oder gegen sozialnormtransformative Kriminalpolitik, sondern vielmehr als Reflexionsansatz und rein deskriptive Skizze. Abschließend werden nun noch einige Probleme der sozialnormtransformativen Strafrechtskonzeption aufgegriffen, wiederum ohne Stellung zu beziehen. So könnte man ganz grundsätzlich den transformativen Wirkmechanismus staatlichen Strafens in Zweifel ziehen – wie dies von der evaluatorischen kriminologischen Forschung für die herkömmliche, sozialnormreproduzierende Variante der positiven Generalprävention bereits zahlreich getan wurde.⁹⁵ Es bedürfte empirischer Klärung, ob eine bewusst in Gegensatz zu bestehenden sozialmoralischen Strukturen gestellte Gesetzgebung wirklich eine Änderung dieser Verhältnisse bewirken kann.

Problematisch erscheint weiterhin, dass eine Orientierung an dem sozialnormtransformativen Paradigma tendenziell zur Einführung von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht zu führen scheint. Die Gründe für diesen Zusammenhang müssen hier weitgehend offenbleiben (siehe aber III. 4.). Möglich ist, dass die Beweggründe nach herkömmlicher Strafrechtsdogmatik allgemein als schuldrelevant gelten. Außerdem sind Beweggründe für Umdefinitionen besonders verfügbar, da sie einem objektiven Nachweis weitgehend unzugänglich sind. Sie bieten sich daher an, um neue, im Strafrecht anschlussfähige Label zu entwickeln und dort zu etablieren. Zugleich wachsen aber in der Strafrechtsdogmatik die Zweifel, ob Gesinnungsmerkmale im Strafrecht überhaupt von Relevanz sein können. Eine Beantwortung dieser Fragen ist hier nicht zu leisten und muss weiteren Untersuchungen vorbehalten bleiben.

95 Vgl. beispielhaft *Schumann*, in: Schünemann et al. (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, S. 17 ff.