

*Johannes Kaspar*

# Härtere Strafen – nur wozu? Zur zweifelhaften empirischen Fundierung einer punitiven Kriminalpolitik

## *Abstract*

In jüngerer Zeit wurde von Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern die Forderung nach härteren Strafen im Bereich schwerer Sexualdelikte erhoben. Die Annahme, dass die bisherige Strafzumessungspraxis zu milde sei, wurde unter anderem auf die Ergebnisse von Bevölkerungsbefragungen gestützt. Der Beitrag analysiert die vorgebrachten Argumente sowie deren straftheoretische Basis kritisch. Nach Ansicht des Autors sollte eine mögliche Relevanz der Ergebnisse von Bevölkerungsbefragungen für rechtliche Entscheidungen nicht pauschal abgelehnt werden; das Verhältnis von Recht und Empirie ist eine vertiefte und differenzierte Diskussion wert. Dennoch ergibt sich daraus (auch unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen) kein überzeugender Grund für eine Verschärfung der Strafzumessungspraxis im Bereich der Sexualdelikte.

## *Schlagwörter:*

Sexualdelikte, Strafzumessung, Straftheorie, punitive Kriminalpolitik, Strafschärfungen

*Increased punishment – but what for?  
On the doubtful empirical basis of punitive criminal policy*

Recently, criminal law scholars have demanded an increase of punishment for grave sexual offences. The assumption that current sentences are too low for such offences is (inter alia) based on the results of public surveys concerning sentencing decisions. The article critically analyzes the arguments including their foundation in penal theory. According to the author, a possible relevance of such surveys for legal decisions should not be rejected on the whole; the relationship of law and results of empirical research deserves a thorough and differentiated debate. However, also considering the framework of constitutional law, there is no convincing argument in favor of an increase of punishment.

DOI: 10.5771/0934-9200-2024-3-306

### Key Words:

sexual offences, sentencing, penal theory, punitivism, aggravation of punishment

#### A. Einführung und verfassungsrechtlicher Rahmen

Der kriminalpolitische Diskurs kennt keine Beweislastregeln. Und dennoch: Wer aus dem Kreis der Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler höhere Strafen fordert, wie dies vor allem *Elisa Hoven* und *Frauke Rostalski* in jüngerer Zeit in einem FAZ-Beitrag in Bezug auf Sexualstraftäter getan haben<sup>1</sup>, muss dafür gute Gründe vorbringen. Man vertritt dann unter Inanspruchnahme wissenschaftlicher Autorität die These, dass die bisherige strafrechtliche Sanktionierung von Sexualstraftätern falsch oder jedenfalls kritikwürdig, da zu milde war. Und dass eine „richtige“ oder „angemessene“ Bestrafung entsprechend höher liegen müsste. Konkret und beispielhaft gesprochen: Wo bisher nach einem sexuellen Übergriff vom zuständigen Gericht zwei Jahre Freiheitsstrafe verhängt und dann auch je nach den Umständen des Einzelfalls zur Bewährung ausgesetzt wurden, sollen es in Zukunft also drei (oder vier oder fünf?) Jahre sein.

Das sind voraussetzungsreiche Annahmen, wenn man sich die Besonderheiten des staatlichen Strafens und seiner verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen vor Augen hält. Vollzugsstrafen, um die es im vorliegenden Kontext geht, sind ein gravierender Eingriff in die Grundrechte des Verurteilten.<sup>2</sup> Wie jeder Grundrechtseingriff muss auch die Freiheitsstrafe den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen.<sup>3</sup> Das bedeutet, dass der Staat begründen müssen, welchen Zweck er mit der jeweiligen Maßnahme verfolgt und warum die Maßnahme in ihrer konkreten Gestalt zur Erfüllung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Der damit verbundene Grundrechtsschutz steht allen Menschen ohne Einschränkung zu, auch Straftätern, auch solchen, die schwerste Gewalt- und Sexualstraftaten begangen haben.

Bei der Angemessenheitsprüfung muss neben der Bedeutung des verfolgten Zwecks auch die Intensität des Grundrechtseingriffs in die Waagschale gelegt werden. Das setzt ein realistisches Bild von den Gegebenheiten des Strafvollzugs voraus, der eben nicht „nur“ Freiheitsentzug bedeutet. Er ist mit einer ganzen Reihe von weit darüber hinausgehenden negativen sozialen und persönlichen Folgen verbunden, die als „collateral consequences“<sup>4</sup> nicht immer ausreichend beachtet werden. Es geht mit anderen Worten darum, die von *Kölbl* sogenannte „dunkle Seite“ des Strafrechts<sup>5</sup> im Blick zu

1 *Hoven/Rostalski*, Übergriffe härter bestrafen, FAZ vom 27.12.2023; ähnliche Forderungen wurden später (mit ausführlicherer Begründung) erhoben von *Ehlen/Hoven/Weigend* KriPoZ 2024, 16.

2 Vgl. statt vieler (aus jüngerer Zeit) *Becker* GA 2024, 241, 251.

3 S. vertiefend *Kaspar* 2014. Für eine möglichst grundrechtsschonende Vorgehensweise der Gerichte im vorliegenden Kontext auch *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 354.

4 S. dazu *Dessecker* 2018; *ders.* 2021; rechtsvergleichend *Corda/Kaspar* 2022.

5 *Kölbl* NK 2019, 249.

behalten, wenn es um die verfassungsrechtliche Legitimation staatlichen Strafens geht.<sup>6</sup> Das gilt schon für dessen status quo, aber erst recht für die Forderung nach härterer Bestrafung.

Kritiker monieren mit gewissem Recht, dass die Stufe der Angemessenheit eine Abwägung mit unscharfen Konturen und nicht immer vorhersehbarem Ergebnis darstellt.<sup>7</sup> Allerdings erschöpft sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht darin. Vor allem die „Geeignetheit“ und (noch mehr) die „Erforderlichkeit“ sichern als im Kern empirische Fragen die Zweckrationalität staatlichen Handelns. Der Staat muss darlegen können, warum seine Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks „geeignet“ ist und warum es keine mildere, aber im Wesentlichen „gleich geeignete“ Maßnahme gibt.<sup>8</sup> Auf eine solche „externe“ Rationalität des Strafens kann richtigerweise nicht verzichtet werden, es genügt nach hier vertretener Ansicht nicht, sich mit strafrechtsinterner Rationalität im Sinne von Konsistenz (z. B. in Form von sachgerecht abgestuften Strafen und Strafrahmen je nach Schwere des Delikts) zu begnügen.<sup>9</sup>

Beim Vergleich von Kriminalstrafe mit außerstrafrechtlichen Maßnahmen wie bspw. der zivilrechtlichen Haftung kann man immerhin noch darauf verweisen, dass die Strafe spezifische Eigenschaften aufweist, die möglicherweise eine bessere (v. a. präventive) Wirkung versprechen. Bei der Strafzumessung, wo es nicht mehr um das „ob“, sondern nur noch um das „wie“ der Strafe geht, ist eine solche Argumentation nicht möglich. Denn hier muss ein strafrechtsinterner Vergleich von mehreren denkbaren Bestrafungsvarianten vorgenommen werden. Nimmt man die Erforderlichkeitsprüfung ernst, wird sie an dieser Stelle zur echten Herausforderung. Denn mangels klarer gesetzlicher Maßstäbe im Bereich der Strafzumessung<sup>10</sup> wird die Annahme, eine bestimmte Strafe sei „erforderlich, aber auch ausreichend“, wie die Gerichte es oft formulieren, stets mit Zweifeln behaftet bleiben: Warum wären vier Jahre Freiheitsstrafe (statt der verhängten fünf Jahre) nicht „gleich geeignet“ gewesen, um die Strafzwecke zu erfüllen? Lässt sich wirklich ein positiver (präventiver oder sonstiger) gesellschaftlicher Nutzen formulieren, der den auf der anderen Seite der Waagschale stehenden handfesten zusätzlichen Freiheitseingriff durch die härtere Strafvariante kompensiert?<sup>11</sup>

Natürlich kann der Staat bei solchen Fragen einen gewissen Einschätzungs- und Wertungsspielraum für sich in Anspruch nehmen; das gilt sowohl für den Gesetzgeber bei der Gestaltung der Strafrahmen als auch für das Strafgericht bei der Festsetzung der konkreten Strafe. Und natürlich erschöpft sich die Diskussion der Strafzwecke nicht in der empirisch messbaren Verhinderung von zukünftigen Straftaten, sondern

6 Das wird auch von *Hoven* ZStW 2023, 707, 730 anerkannt. Vgl. auch *Ehlen/Hoven/Weigend* KriPoZ 2024, 16.

7 Zur Kritik s. etwa *Greco* 2013, 33.

8 Das unterscheidet die „klassische“ verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung von der im Strafrecht regelmäßig allein oder vorrangig diskutierten „Schuldangemessenheit“. Letztere kann erstere daher auch nicht vollständig ersetzen, s. dazu näher *Kaspar* 2014, 283 ff.

9 S. zu dieser Unterscheidung *Bung* in diesem Heft.

10 S. näher *Kaspar* 2018, C 47.

11 S. näher *Kaspar* 2019, 61, 82.

umfasst auch Ansätze, die (wie es auch Hoven und Rostalski tun) von greifbaren präventiven Wirkungen der Strafe abstrahieren und mit wertausfüllungsbedürftigen Begriffen wie der „angemessenen“ oder „gerechten“ Sanktionierung operieren; darauf wird später nochmals zurückgekommen. Schon jetzt kann aber festgehalten werden, dass angesichts der Vagheit solcher Begriffe der Zweifel bleibt, ob die Übelzufügung mit all ihren denkbaren und sogar in den Strafvollzugsgesetzen anerkannten „schädlichen Folgen“<sup>12</sup> wirklich in dieser Form zwingend nötig ist – und dann gilt richtigerweise „*in dubio pro libertate*“, im Zweifel für den geringeren Freiheitseingriff, also die mildere Strafe.<sup>13</sup> Dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der die eigentliche Basis für die vielzitierte *ultima-ratio*-Funktion der Strafe darstellt, ist mit anderen Worten eine restriktive „Tendenz nach unten“ immanent<sup>14</sup>, die in der Suche nach „gerechter“ oder „schuldangemessener“ Ahndung keine ausreichende Entsprechung findet.<sup>15</sup>

Die erwähnte Restriktionstendenz hat noch eine zusätzliche verfassungsrechtliche Dimension, nämlich das Bestimmtheitsgebot gem. Art. 103 II GG, das auch die Rechtsfolgenseite umfasst.<sup>16</sup> Idealerweise sollen die Bürger:innen nicht vorhersehen können, ob sie sich mit ihrem Verhalten strafbar machen, sondern auch, mit welcher Strafe in welcher Höhe zu rechnen ist. Das schützt vor ungleicher Behandlung und Willkür, indem man nicht zu sehr von der subjektiven Wertung der konkreten Richterinnen und Richter abhängig ist. Wo eine gewisse (verfassungsrechtlich noch hinzunehmende) Unbestimmtheit vorliegt, muss dem, wie das Bundesverfassungsgericht in anderen Kontexten postuliert hat, durch eine restriktive Auslegung Rechnung getragen werden.<sup>17</sup> Auch dies streitet für eine besondere Zurückhaltung beim Einsatz des Strafrechts, wenn es wie hier nicht um das „ob“, sondern nur um das „wie“ der Strafe und das damit verbundene Bestimmtheitsproblem geht.

Damit zeichnen sich auch Kriterien für die entscheidende Frage ab, was denn eigentlich „gute“ Gründe sind, die für eine Änderung der staatlichen Strafpraxis ins Feld geführt werden können: Es müssen Gründe sein, die der hohen Intensität des mit der Freiheitsstrafe verbundenen Grundrechtseingriffs ebenso Rechnung tragen wie den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit. Daraus folgt auch, dass eine Einschränkung der staatlichen Strafe aus liberal-rechtsstaatlicher Perspektive weitaus weniger Begründungsaufwand mit sich bringt als deren Ausweitung<sup>18</sup> – natürlich ganz entgegen den Spielregeln des „politisch-publizistischen Verstärkerkreislaufs“<sup>19</sup>, in dem sich eine unheilige Allianz aus Politik und Medien (einschließlich der zunehmend kontrafaktisch als „sozial“ bezeichneten) leider allzu

12 Vgl. etwa Art. 5 II BayStVollzG.

13 S. dazu Kaspar 2014, 152 f.

14 Vgl. (am Beispiel der Ersatzfreiheitsstrafe) bereits Kaspar GA 2023, 421.

15 Vgl. Kaspar 2014, 130 ff.; ders. 2019, 61, 68 ff.

16 BVerfGE 105, 43.

17 S. etwa zur Untreue gem. § 266 StGB BVerfGE 126, 170, 198.

18 Vgl. Kaspar/Walter 2019, 7.

19 Scheerer 1978.

häufig mit Strafschärfungsforderungen gegenseitig überbietet – dies aber eben leider regelmäßig ohne, oder zumindest ohne überzeugende, Begründung.<sup>20</sup>

### B. Kritische Analyse der Argumente pro Strafschärfung

Gestützt werden die aktuell erhobenen Forderungen nach härterer Bestrafung im Bereich der Sexualdelikte im Wesentlichen auf zwei Punkte, die im Folgenden kritisch analysiert werden sollen. Angeführt werden die Ergebnisse einer Untersuchung der Strafzumessungspraxis im Bereich der Sexualdelikte (sogleich unten I.). Außerdem wird auf Einstellungen der Bevölkerung Bezug genommen (unten II.). Dass man sich auf diese Weise um eine empirische Basis der eigenen Position bemüht, ist anzuerkennen. Doch fügt sich das Ganze nicht zu einer überzeugenden Begründung, und zwar auch dann nicht, wenn man ergänzend die straftheoretische Basis der Forderung genauer in den Blick nimmt (unten III.).

#### I. Die Strafzumessungspraxis als Argument

*Hoven* und *Rostalski* stützen ihre Annahme einer angeblich zu milden Strafzumessungspraxis zunächst auf eine Analyse von 86 Urteilen aus den Jahren 2016-2020, die 97 Sexualstraftaten betrafen. Die Untersuchung wurde im Rahmen einer von *Hoven* betreuten, bislang noch nicht publizierten Doktorarbeit durchgeführt.<sup>21</sup> Nach den Ergebnissen dieser Untersuchung wurden bei Vergewaltigungen mit Anwendung von Gewalt durchschnittlich 2 Jahre und 10 Monate Freiheitsstrafe verhängt. Alle Strafen hätten sich im unteren Drittel des Strafrahmens bewegt; in über der Hälfte der Urteile sei die Strafe zur Bewährung ausgesetzt worden. *Hoven* und *Rostalski* sehen hier ein Maß an Milde, das „nicht tragbar“ und keine „angemessene Antwort“ auf schwere Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung sei. Die Bestrafung sei auch im Vergleich zu anderen Deliktsgruppen sehr milde, in Zukunft sei eine „angemessene“ (sprich: härtere) Bestrafung nötig.

Ähnlich argumentiert wird in einer späteren Publikation, die *Hoven* zusammen mit *Weigend* und *Ehlen* verfasst hat.<sup>22</sup> Die Verfasser:innen kritisieren anhand von Zahlen aus der Strafverfolgungsstatistik, dass die Strafrahmen nicht ausgeschöpft werden: Bei Taten gem. § 177 I StGB hätten sich 88 % der Strafen im unteren Drittel des Strafrahmens bewegt, bei §§ 177 Abs. 5 und Abs. 6 StGB sei dies bei 98 % bzw. 90 % der Stra-

20 Ein aktuelles Beispiel ist der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches und weiterer Gesetze – Verbesserung des Opferschutzes, insbesondere für Frauen und verletzliche Personen der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag (BT-Drucks. 20/12085). Warum und aufgrund welcher präventiver Wirkungsannahmen eine Anhebung von Strafrahmen mehr „Schutz“ potenzieller Opfer bewirken soll, bleibt dort (wie üblich) offen.

21 Erste Ergebnisse wurden publiziert in *Ehlen* 2024; s. auch *Ehlen/Hoven/Weigend* KriPoz 2024, 16.

22 *Ehlen/Hoven/Weigend* KriPoz 2024, 16.

fen der Fall gewesen.<sup>23</sup> Dabei sei die Aussetzung zur Bewährung die Regel gewesen und jeweils in über 90 % der Fälle mit aussetzungsfähiger Freiheitsstrafe erfolgt.<sup>24</sup> Moniert wird in dem Zusammenhang auch, dass die Gerichte sich bei der Strafzumessung an der Mindeststrafe orientieren, was die Durchführung von Gruppeninterviews mit Vertreterinnen und Vertreten von Staatsanwaltschaft und Gericht ergeben habe – geführt wurden 3 Gespräche mit jeweils 3 bis 4 Personen.<sup>25</sup>

Die in der Literatur geübte methodische und inhaltliche Kritik, mit der vor allem die Aussagekraft und Verallgemeinerbarkeit der erzielten Ergebnisse aus Urteilsanalyse und Richtergesprächen angezweifelt wurde,<sup>26</sup> kann hier nicht vertieft werden. Letztlich kommt es darauf für die hier untersuchte Fragestellung auch nicht an. Denn selbst wenn sich die Ergebnisse als für das gesamte Bundesgebiet repräsentativ herausstellen würden, könnte man aus einem solchen status quo, wie sogleich gezeigt wird, kein überzeugendes Argument ableiten, das für die Notwendigkeit härterer Strafen sprechen würde. Das gilt erst recht, wenn man bedenkt, dass es den Autor:innen ausdrücklich um die Frage geht, ob die Urteile „rechtlichen“ Maßstäben gerecht werden.<sup>27</sup> Das klingt ambitioniert, zumal an anderer Stelle zutreffend davon ausgegangen wird, dass die Frage, wie und anhand welcher Kriterien die Strafgerichte über das Strafmaß entscheiden, „rechtlich wenig vorgeprägt“ sei.<sup>28</sup> Bei der Suche nach einem Verstoß gegen klare und rechtlich verbindliche Maßstäbe wird man hier also nur schwer fündig werden, solange die Gerichte sich (wie es der Fall gewesen sein dürfte) an die geltenden Strafrahmen und die vom BGH aufgestellten Anforderungen an eine tragfähige Strafzumessungsbegründung gehalten haben.

## 1. Überkommene Maßstäbe

Die Autor:innen kritisieren allerdings, dass die Gerichte bei der Strafzumessung „traditionelle Maßstäbe aus vergangenen Zeiten vielfach ungeprüft“ weiter anwenden würden.<sup>29</sup> Gemeint sind damit offenbar mangelnde Kenntnisse über die oft gravierenden (auch psychischen) Folgen entsprechender Taten für die Opfer oder womöglich auch die Einschätzung, dass Sexualdelikte im Rahmen bestehender Partnerschaften eine geringere Schwere aufweisen.<sup>30</sup> Ob und wie solche Einstellungen aber tatsächlich die Strafzumessung beeinflusst haben – darüber lässt sich nur spekulieren, selbst wenn sich

23 Ehlen/Hoven/Weigend KriPoZ 2024, 16, 17 f.

24 Ehlen/Hoven/Weigend KriPoZ 2024, 16, 18.

25 Ehlen/Hoven/Weigend KriPoZ 2024, 16, 20 ff.

26 S. Krüger KriPoZ 2024, 122 (mit Replik von Ehlen/Hoven/Rubitzsch/Weigend KriPoZ 2024, 129); Kölbel/Lindner StV 2024, 322; Fischer ZfStW 2024, 150; ders., Sollten Richter bei Sexualstrafaten härter urteilen?, LTO v. 6.1.2024, online abrufbar unter: <https://t1p.de/jax1j>.

27 Ehlen/Hoven/Weigend KriPoZ 2024, 16, 17.

28 Ehlen/Hoven/Weigend KriPoZ 2024, 16, 24; s. auch Hoven/Weigend ZStW 2021, 322, 323; ähnlich Hoven/Obert ZStW 134 (2022), 1016 (1028).

29 Ehlen/Hoven/Weigend KriPoZ 2024, 16, 17; kritisch Krüger KriPoZ 2024, 122, 123.

30 So verweisen etwa Hoven und Rostalski in ihrem FAZ-Beitrag auf die früher bestehende Straffreiheit der Vergewaltigung in der Ehe.

entsprechende Andeutungen in den Urteilsbegründung finden lassen sollten. Denn es ist eine Binsenweisheit der empirischen Strafzumessungsforschung, dass zwischen den geschriebenen Strafzumessungsgründen und der Frage eines tatsächlichen messbaren Einflusses einzelner Faktoren auf das Strafmaß differenziert werden muss.<sup>31</sup> Und auch wenn es stimmen sollte, dass solche Annahmen früher eine große Rolle spielten und das Strafniveau sich in der Zwischenzeit nicht wesentlich nach oben bewegt hat, wäre damit nicht belegt, dass solche Einstellungen nach wie vor wirkmächtig sind. Denn es könnte ja sein, dass sich zwar ein Einstellungswandel vollzogen hat, der heute tendenziell zu einer strengeren Bewertung führen müsste, das Fallaufkommen in den letzten Jahren aber im Vergleich zu demjenigen in früheren Zeiten mehr strafzumessungsrelevante mildernde Merkmale aufweist, was den Effekt kompensiert haben könnte.<sup>32</sup>

## 2. Orientierung an der Mindeststrafe

Ebenso wenig zu beanstanden ist die Tatsache, dass sich die Gerichte eher an der Mindeststrafe orientieren und sich die Strafen überwiegend im unteren Drittel des Strafrahmens bewegen – das ist ein altbekannter Befund, der sich so auch in vielen anderen Deliktsbereichen findet.<sup>33</sup> Der BGH selbst hat in einer wichtigen Entscheidung den Grundsatz aufgestellt, dass der statistische Regelfall eines Delikts von eher geringerer Schwere geprägt sei und die Strafe daher eher in der unteren Hälfte des Strafrahmens anzusiedeln sei.<sup>34</sup>

Die Autor:innen argumentieren in Bezug auf Sexualdelikte, dass mit einer Orientierung am unteren Rand des Strafrahmens der im Vergleich zu anderen Delikten unterschiedlichen Schwere nicht Rechnung getragen werde.<sup>35</sup> Anders als etwa beim Diebstahl liege das „typische Unrecht“ bei den Sexualdelikten im mittleren bis oberen Bereich des Strafrahmens. Anders als sonst sei die Untergrenze des Strafrahmens bei den §§ 177 V und VI StGB nur so tief gesetzt worden, um Ausnahmekonstellationen Rechnung zu tragen. Wörtlich heißt es: „Derselbe Strafrahmen kann (...) dadurch zu erklären sein, dass dem typischen Unrecht des tatbestandsmäßigen Verhaltens eine Strafe aus dem mittleren Bereich des Strafrahmens entspricht und nur in besonders gelagerten Konstellationen mit ausnahmsweise geringem Unrechtsgehalt auf die Mindeststrafe zurückgegriffen werden soll. Im Gesetz bilden sich solche Überlegungen nicht ab – das können sie nach der Struktur unserer Strafzumessungsvorgaben auch nicht. Da den Strafrahmengrenzen unterschiedliche Funktionen zukommen, ist die routinemäßige Orientierung der Strafzumessung am unteren Strafrahmendrittel bei schwereren Sexualdelikten nicht angemessen.“<sup>36</sup>

31 Das wird auch bei *Ehlen/Hoven/Weigend* KriPoZ 2024, 16,20 anerkannt.

32 Zur möglichen Änderung der Qualität der Fälle s. auch *Kölbl/Lindner* StV 2024, 322.

33 Nachweise bei *Kaspar* 2018, C 16 sowie C 49 f.

34 BGHSt 27, 2. Einschränkend für schwere Delikte wie bspw. Tötungsdelikte BGH StV 1999, 576, 577.

35 *Ehlen/Hoven/Weigend* KriPoZ 2024, 16, 23 f.

36 *Ehlen/Hoven/Weigend* KriPoZ 2024, 16, 24.

Allerdings bleibt offen, wie die Verfasser:innen zu diesem folgenreichen Schluss kommen – woraus ergibt sich, dass die Strafrahmengrenzen hier eine andere Funktion haben als bei weniger schweren Delikten? Mittels welcher Auslegungsmethoden kommen sie zu diesem Ergebnis? Der Wortlaut, also die Ausgestaltung des Strafrahmens als solche, gibt dafür nichts her, das sagen die Autor:innen ja selbst. Entsprechende Hinweise des historischen Gesetzgebers gibt es soweit ersichtlich auch nicht, werden jedenfalls nicht vorgebracht. Auch mit Blick auf den weitgehend anerkannten Sinn und Zweck eines Strafrahmens, eine „kontinuierliche Schwereskala“ zu fixieren, in die der konkrete Fall dann vom Gericht eingeordnet werden muss<sup>37</sup>, spricht nichts für eine pauschale Verschiebung der Schwereskala nach oben, wenn es um hochrangige Rechtsgüter geht. Immerhin hat der Gesetzgeber in § 177 StGB (wie auch sonst) ein abgestuftes System geschaffen, bei dem sich angenommene unterschiedliche Schweregrade in jeweils erhöhten Mindeststrafen niederschlagen. Dass der untere Bereich des Strafrahmens hier nur für besonders milde zu bewertende Ausnahmekonstellationen gedacht sein soll, ist vor diesem Hintergrund nicht plausibel. Das gilt insbesondere im Anwendungsbereich von § 177 V StGB, bei dem der Gesetzgeber sogar ausdrücklich noch einen weiter nach unten geöffneten Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle eröffnet hat (s. § 177 IX StGB)<sup>38</sup> – genau dort geht es um besonders milde zu beurteilende Ausnahmekonstellationen, die dem Regelstrafrahmen entzogen werden. Letztlich hängt die Beantwortung der Frage von der Einschätzung der Schwere des jeweils im (potenziellen) Einzelfall verschuldeten Unrechts ab – für die es eben keine klaren objektiven Maßstäbe gibt. Jedenfalls die oben erwähnte verfassungsrechtlich fundierte „Tendenz nach unten“ spricht aber dafür, dass es völlig richtig ist, wenn sich die Gerichte bei der Strafzumessung generell eher im unteren Bereich des Strafrahmens bewegen.<sup>39</sup>

### 3. Zwischenfazit

Was am Schluss als Kern der Argumentation übrigbleibt, ist allein der Umstand, dass die Autor:innen der beiden Beiträge andere Vorstellungen von einer „angemessenen“ Sanktion bzw. „gerechten“ Bestrafung haben als die dafür zuständigen Gerichte.<sup>40</sup> Das ist eine vertretbare Position. Allerdings schreiben *Hoven* und *Rostalski* in ihrem FAZ-Beitrag selbst, dass die Entscheidung zwischen verschiedenen Strafmaßen nicht „wissenschaftlich bestimmbar“, sondern Ergebnis einer Wertentscheidung sei. Man kann die Wertentscheidung für sich anders treffen, als es die zuständigen Gerichte tun, bewegt sich dann aber eben im Bereich des rein subjektiven Dafürhaltens,<sup>41</sup> aus dem sich kein kriminalpolitischer oder strafjustizieller Handlungsbedarf ergibt.

37 S. dazu mit Nachweisen *Kaspar* 2018, C 47 ff.

38 Darauf verweis auch *Fischer* ZfStW 2024, 150, 155.

39 S. *Kaspar* 2018, C 50.

40 *Ehlen/Hoven/Weigend* KriPoZ 2024, 16, 17.

41 Ähnliche Kritik bei *Kölbl/Lindner* StV 2024, 322 ff.

## II. Bevölkerungseinstellungen als Argument

Der zweite Argumentationsstrang von *Hoven* und *Rostalski* im FAZ-Beitrag ist der Hinweis auf Bevölkerungseinstellungen, die nach Ansicht der Autorinnen im Bereich der Sexualdelikte stark von den Ergebnissen der Strafjustiz abweichen. Anhand eines Hamburger Urteils wird über „öffentliche Empörung“ sowie „Wut und Unverständnis“ berichtet.<sup>42</sup> Die Autorinnen stützen diesen Befund auf eine von *Hoven* und *Weigend* durchgeführte Studie mit Fallvignetten, bei denen die 1067 befragten Laien im Vergleich zu den 219 befragten Richterinnen und Richtern für eine Vergewaltigung durchschnittlich eine ca. doppelt so hohe Strafe für angemessen hielten.<sup>43</sup> Das sei problematisch; bei einem zu großen Unterschied zwischen tatsächlich verhängten und von der Bevölkerung für richtig gehaltenen Strafen drohe ein Verlust des Vertrauens in die Strafjustiz. Als Beleg für ein verbreitetes gesellschaftliches Unverständnis über eine zu milde Justiz wird zudem auf eine von *Hoven* durchgeführte Untersuchung verwiesen, in der sie Online-Kommentare unter Medienberichten über strafrechtliche Verurteilungen analysiert hatte.<sup>44</sup>

### 1. Grundlagen und gesetzlicher Rahmen

Das Verhältnis von Recht und Einstellungen der Bevölkerung, die mit den Methoden der empirischen Sozialforschung erhoben wurden, ist äußerst komplex und berührt rechtstheoretische Grundfragen. Nach hier vertretener Ansicht liegt hier noch unausgeschöpftes Potenzial.<sup>45</sup> Je nach Kontext und je nachdem, ob sich die konkrete Fragestellung dafür eignet, kann es sich anbieten, entsprechende empirische Erkenntnisse in rechtliche Entscheidungen einfließen zu lassen, sowohl auf der Ebene der Gesetzgebung als auch auf der Ebene der Rechtsanwendung. In keinem der beiden Fälle geht es um eine rechtliche Verbindlichkeit empirisch ermittelter Einstellungen der Bevölkerung – es bleibt selbstverständlich in der repräsentativen Demokratie bei der Entscheidungsfreiheit der Abgeordneten im Parlament und bei der von Art. 97 GG garantierten Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter. Damit ist auch der Aspekt einer „Demokratisierung“ strafrechtlich relevanter Entscheidungen<sup>46</sup> nicht der entscheidende Punkt. Worum es geht, ist eine punktuelle Verbreiterung der Informationsbasis für eine möglichst sachgerechte Entscheidung – informed decision making also. Nicht mehr, aber auch nicht weniger.

Ausgehend von den im Gesetz verwendeten Begriffen (und deren Interpretation durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft) können sich im Rahmen der Rechts-

42 *Hoven/Rostalski* FAZ vom 27.12.2023.

43 Als angemessen wurden von den Laien durchschnittlich 73 Monate Freiheitsstrafe angesehen, während der entsprechende Wert bei den befragten Richterinnen und Richter bei 38 Monaten lag, s. *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 331.

44 *Hoven* KriPoZ 2018, 276.

45 S. z. B. auch heute noch lesenswert *Benda* 1972.

46 Dazu kritisch *Breneselovic* 2023 sowie Nickels in diesem Heft.

anwendung Einfallstore für empirische Erkenntnisse ergeben, die sich auch auf die Ergebnisse von Bevölkerungsumfragen erstrecken können. Und dort, wo ein tatsächliches „Sein“ vom Gesetzgeber selbst in Bezug genommen wird, ist es dann auch kein naturalistischer Fehlschluss, dieses in einem normativen Kontext für relevant zu erklären.<sup>47</sup>

Wenn beispielsweise der Gesetzgeber in § 228 StGB den Begriff der „guten Sitten“ verwendet und damit auf gesellschaftliche Wertvorstellungen Bezug nimmt, läge es nicht fern, zur Konturierung dieses äußerst unbestimmten Rechtsbegriffs auch empirisch ermittelte Einstellungen der Bevölkerung heranzuziehen.<sup>48</sup> Auch wenn dabei noch viele theoretische und methodische Fragen zu klären wären,<sup>49</sup> erschien eine solche Informationsquelle für die Strafgerichte als Bereicherung im Vergleich zum jetzigen Zustand, bei dem die Richterinnen und Richter über die (angeblichen) Anschauungen und Vorstellungen der Bevölkerung stellvertretend befinden, aber eben eher intuitiv und ohne empirische Basis.

Auch auf der Sanktionsseite finden sich entsprechende Begriffe mit empirischem Gehalt. So verwendet der Gesetzgeber etwa in den §§ 47 I, 56 III und 59 I StGB den Begriff der „Verteidigung der Rechtsordnung“, um milde Sanktionsalternativen zu verhindern, die für das Rechtsempfinden der Bevölkerung „schlechthin unverständlich“ wären<sup>50</sup> – wann das der Fall ist, entscheiden die Gerichte im Rahmen einer recht freien Wertung. Empirische Umfrageergebnisse spielen hier keine Rolle, was aus justizökonomischen Gründen nachvollziehbar ist, aber den Vorteil einer breiteren Entscheidungsbasis ohne Not verspielt.<sup>51</sup> Als weiteres Beispiel von vielen möglichen lässt sich noch das in den §§ 153 ff. StPO verwendete „öffentliche Interesse“ anführen<sup>52</sup> – auch hier enthält das Gesetz einen Begriff mit prima facie empirischem Gehalt, wobei letzteres in der Strafrechtspraxis keine Rolle spielt.

Ob man Gleisches auch im Bereich der Strafzumessung sagen kann, wie es die Autor:innen der beiden Beiträge annehmen, ist damit noch nicht gesagt. Das Gesetz enthält in § 46 I StGB ein (wenn auch vages) Entscheidungsprogramm, bei dem nach S. 1 die „Schuld“ als „Grundlage der Strafzumessung“ herangezogen werden soll und außerdem nach S. 2 die „Wirkungen“ der Strafe für das Leben des Täters in der Gesellschaft zu berücksichtigen sind. Der zuletzt genannte spezialpräventive Aspekt ist offensichtlich ein Punkt, der eine fachliche Expertise voraussetzt und bei dem es nicht sinnvoll ist, die diesbezügliche „Meinung“ der Bevölkerung abzufragen.<sup>53</sup> Die

47 Zu diesem Kritikpunkt s. Kaspar 2019, 61, 75.

48 S. dazu auch Kaspar 2019, 61, 77.

49 Vor allem wäre zu diskutieren, ob die (vage) Formel vom „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ eine Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis nach sich zieht. Aber auch davon unabhängig dürfte eine konsensfähige Operationalisierung Schwierigkeiten bereiten.

50 S. BGHSt 24, 40.

51 S. dazu auch Eierle 2019, 163, 164 ff.

52 S. auch dazu Eierle 2019, 163, 168 ff.

53 S. Kaspar 2019, 61, 66; vertiefend zur Spezialprävention im vorliegenden Kontext s. Höffler 2019, 91.

„Schuld“ wiederum ist nach herrschender Lesart ein normativer Begriff, der sich auf die „Vorwerfbarkeit“ der Tat bezieht – bei einem solchen (vom absoluten Schuldausgleich geprägten) Verständnis des Schuldbegriffs ist ein empirischer Gehalt ebenso wenig naheliegend. Man müsste also, um die Relevanz von Bevölkerungseinstellungen zu begründen, den Begriff der Schuld entsprechend anders auslegen oder für eine Änderung des Gesetzes eintreten, in der bspw. die Wiederherstellung des Rechtsfriedens oder die Verteidigung der Rechtsordnung zu zentralen Begriffen der Strafzumessung erklärt werden.<sup>54</sup>

## 2. Ausgewählte Problempunkte

De lege lata ist also schon die gesetzliche Basis für eine Relevanz von Bevölkerungs-umfragen im Bereich der Strafzumessung zweifelhaft, jedenfalls begründungsbedürftig. Hinzu kommen viele weitere ungeklärte Fragen, von denen im vorliegenden Rahmen nur einige wenige adressiert werden können.

### a) Aussagekraft von Vignetten-Studien

Was die allgemeine Aussagekraft der herangezogenen Vignetten-Studie anbelangt, ist zu differenzieren: Sofern es um die Ermittlung des Einflusses von abweichenden Fallmerkmalen auf das Antwortverhalten geht, bietet ein solches Befragungs-Design tatsächlich die Möglichkeit, interessante Zusammenhänge aufzudecken. So ergab sich etwa in der Studie von *Hoven* und *Weigend*, dass sich allein eine ausländische Herkunft des Täters bei juristischen Laien signifikant straferhöhend ausgewirkt hat<sup>55</sup> – was rechtlich offensichtlich unzulässig ist und auf das Problem fehlender Rechtskenntnisse der befragten Personen hindeutet.

Weniger Aussagekraft haben die Studien in Bezug auf das von den Laien angegebene fiktive „Strafmaß“. Hier hängt sehr viel von der Schilderung der Fälle, der Formulierung der Fragestellung, aber auch vom Informationsstand der Befragten ab. Je nach Fragestellung lassen sich sehr unterschiedliche Ergebnisse erzielen – was die Forschungsmethode nicht per se entwertet,<sup>56</sup> aber den Bedarf nach konsensfähigen Standards und kritischer methodischer Reflektion unterstreicht. Erst recht muss man dann vorsichtig sein, aus bestimmten Ergebnissen die Forderung nach Strafschärfungen (und damit nach einer Intensivierung von Grundrechtseingriffen) abzuleiten.

54 S. Kaspar 2018, C 104 ff.

55 *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 335.

56 Insofern zu pauschale Kritik bei *Kölbl/Singelnstein* NStZ 2020, 333 ff.: Dass das Untersuchungsdesign Auswirkungen auf das Ergebnis hat, ist keine Besonderheit und macht (wie auch sonst) Transparenz im Umgang mit den verwendeten Methoden erforderlich.

## b) Informationsstand der Befragten

Um das Problem des Informationsstands herauszugreifen: *Hoven* und *Rostalski* räumen in ihrem FAZ-Beitrag ein, dass sich über ein Urteil „nichts seriös sagen“ lässt, wenn man die Urteilsgründe nicht kennt. Das gilt aber eben in ähnlicher Weise auch, wenn man juristische Laien nach ihrer spontanen Meinung über einen (notgedrungen) mit nur wenigen Worten geschilderten Strafrechtsfall fragt. Hier fehlt es zwangsläufig an Informationen über die Person des Täters oder die genaueren Hintergründe des Falles,<sup>57</sup> aber eben auch an ausreichenden Kenntnissen über die rechtlichen Rahmenbedingungen von Strafe und Strafzumessung sowie die oben erwähnten (potenziell auch schädlichen) „Wirkungen“ von Strafe. Letztere können bei Richterinnen und Richtern unterstellt werden – insofern überzeugt es auch nicht, wenn *Hoven* und *Weigend* meinen, in der Vignettenstudie hätten beide befragten Gruppen denselben Informationsstand gehabt.<sup>58</sup>

Bei den befragten Laien ist vielmehr davon auszugehen, dass das Antwortverhalten in vielen Fällen von schlicht falschen Annahmen beeinflusst wird, bspw. über eine besonders hohe Rückfallquote von Gewalt- und Sexualstraftätern<sup>59</sup> oder eine besonders gute abschreckende Wirkung von harten Strafen.<sup>60</sup> Sollten auch solche Annahmen zu einer Befürwortung eines höheren Strafniveaus im Vergleich zum status quo führen (was noch genauer empirisch untersucht werden müsste), dürfte der Staat offensichtlich die erzielten Ergebnisse (erst recht) nicht unkritisch übernehmen, sondern müsste sich stattdessen viel mehr um Information und Aufklärung der Bevölkerung bemühen.<sup>61</sup> Dementsprechend wäre zu überlegen, bei entsprechenden Bevölkerungsumfragen keine „raw opinion“ abzufragen, sondern die Befragten vorher mit entsprechenden Hintergrundinformationen zu versorgen, um eine (so gut es geht) informierte und damit aussagekräftigere Entscheidung herbeizuführen.<sup>62</sup> Dass dies relevant sein könnte, zeigt der Umstand, dass Schöfinnen und Schöffen offenbar bei ihren Zumessungsvorstellungen nicht so eklatant von den Vorstellungen der Berufsrichterinnen und -richter abweichen<sup>63</sup> (auch wenn dabei natürlich ein Einfluss der „Profis“ mit entsprechenden Ankereffekten<sup>64</sup> in Rechnung zu stellen ist).

57 Das wird auch von *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 329 eingeräumt. Vgl. auch *Hoven* KriPoZ 2018, 277, 288.

58 *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 354.

59 Dabei ist gerade hier von einer vergleichsweise niedrigen Basisrate auszugehen, s. nur *Nedopil* u.a. 2021, 103 f.

60 Zu den Ergebnissen der Generalpräventionsforschung s. zusammenfassend *Kaspar* 2023.

61 Ähnlich auch *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 353.

62 *Kaspar* 2019, 61, 86 f.; s. auch *Kaspar/Höffler/Harrendorf* NK 2020, 35.

63 S. *Iberl/Kinzig* 2023, 65, wonach fast 70 % der befragten Schöfinnen und Schöffen die von ihnen mit verantworteten Strafen als angemessen bewerteten.

64 S. dazu mit Nachweisen *Kaspar* 2018, C 17.

c) Beleg für Besorgnis erregende Unzufriedenheit?

Fraglich ist auch, ob sich aus den von *Hoven* und *Rostalski* in Bezug genommenen Studien tatsächlich ableiten lässt, dass die Bevölkerung Urteile gegen Sexualstraftäter in Besorgnis erregender Weise als „grob unzureichend“<sup>65</sup> bzw. geradezu als „Tolerierung“<sup>66</sup> entsprechender Taten wahrnimmt. Eine Unzufriedenheit der Allgemeinheit liegt zwar nicht fern, wenn man sich allein die Art und Weise der Medienberichterstattung über Sexualstraftäter vor Augen hält;<sup>67</sup> auch waren 79 % der in der Studie befragten Personen generell der Ansicht, dass die Justiz „zu milde“ urteile.<sup>68</sup> Sichere Aussagen über Art und Ausmaß der Unzufriedenheit und eines daraus folgenden drohenden Verlusts des Vertrauens in die Strafjustiz lässt sich aber keiner der beiden genannten Studien entnehmen.

In der Vignetten-Studie wurden nur die Strafmaßvorstellungen der Laien erhoben, aber keine Relation zur existierenden Strafzumessungspraxis hergestellt. Selbst aus der dort ermittelten großen Diskrepanz zu den Strafmaßvorschlägen der Richterinnen und Richter lässt sich nicht sicher schließen, dass die Bevölkerung ein niedrigeres Strafmaß per se ablehnt und als anstößig milde empfindet. In diesem Zusammenhang wirkt sich negativ aus, dass in der Vignetten-Studie nur ein einziges (sozusagen „ideales“) Strafmaß abgefragt wurde, aber nicht ein möglicher Spielraum von mehreren als schon und noch angemessen bewerteten Strafen. Studien von *Streng* haben gezeigt, dass sich bei entsprechenden Befragungen oft ein erstaunlich breites Spektrum zeigt.<sup>69</sup> Nimmt man dann noch den Umstand hinzu, dass es richtigerweise nicht darum geht, dass die (naturgemäß über Details des jeweiligen Falls nicht ausreichend informierte) Bevölkerung mit einem konkreten Urteil zufrieden ist, sondern nur um die Frage, ob man es ihr mit Hinweis auf entsprechende tatsächliche und rechtliche Hintergründe erklären kann, relativiert sich die Bedeutung eines noch so unterschiedlichen Antwortverhaltens von Laien und Richterschaft weiter. Ohnehin leidet die Vergleichbarkeit der Strafmaßvorstellungen daran, dass Richter:innen, wenn sie nach einem Strafmaß gefragt werden, gedanklich die in § 46 StGB genannten Faktoren reflektieren werden, einschließlich der in § 46 I 2 StGB genannten spezialpräventiven Aspekte, die bei den befragten Laien vermutlich kaum eine Rolle spielen.<sup>70</sup> Vielmehr werden hier die Schwere der Tat und die Folgen für das Opfer stark im Vordergrund stehen. Eine echte „Strafzumessung (...) durch Laien“<sup>71</sup> im Sinne des Gesetzes findet hier also streng genommen gar nicht statt und kann auch gar nicht stattfinden: Strafzumessung ist ein komplexer Entscheidungsvorgang, den Laien ohne professionelle Expertise (aus Jurastudium, Referendariat und zusätzlicher Schulung in strafzumessungsrelevanten Themen) so nicht reprodu-

65 So die Formulierung von *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 355.

66 S. erneut *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 355.

67 Darauf verweisen auch *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 353; s. auch *Hoven* ZStW 2023, 707, 713.

68 S. *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 332.

69 S. nur *Streng* 2019, 131 ff.

70 So auch der Erklärungsansatz von *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 353.

71 Vgl. *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322.

zieren können. Werden Laien dennoch in diese Richtung befragt, muss von vornherein klar sein, dass damit nur einzelne Facetten erfasst werden können. Diese aus der Natur des Forschungsgegenstands und der gewählten Methode folgende Einschränkung muss stärker betont werden, wenn man Ergebnisse aus beiden Befragungen kontrastreich gegenüberstellt.<sup>72</sup>

Was die Analyse von oft hasserfüllten Internet-Kommentaren zu Medienberichten über Verurteilungen von Sexualstraftätern angeht, lässt sich daraus (offensichtlich) nicht ableiten, dass die gesamte Bevölkerung in ähnlicher Weise denkt. Es handelt sich um kein repräsentatives Abbild der Allgemeinheit, sondern um eine selektive Gruppe von Personen, die ihre Unzufriedenheit in z. T. sehr drastischer Art und Weise zum Ausdruck bringen. Den Regeln der Aufmerksamkeitsökonomie entsprechend überbiitet man sich dabei mit emotional gefärbten negativen Aussagen – wer mit staatlichem Handeln zufrieden ist, schreibt demgegenüber im Zweifel keinen Kommentar. *Hoven* räumt selbst ein, dass sich aus den untersuchten Kommentaren „nicht notwendig“ auf die Meinung der Bevölkerungsmehrheit schließen lasse.<sup>73</sup> Die Studie habe aber ohnehin nicht den Anspruch, ein „repräsentatives Bild der öffentlichen Einschätzung von Strafurteilen“ zu zeichnen.<sup>74</sup> Von einer solchen (ohnehin zu milde formulierten) Limitation bleibt aber wenig übrig, wenn man auch darauf die Forderung nach härteren Strafen stützt.

### III. Straftheoretische Basis

Zum Schluss soll noch die straftheoretische Basis der aktuell erhobenen Forderungen nach Strafschärfungen kritisch beleuchtet werden. Die Autor:innen argumentieren (zu Recht) nicht mit einer besseren abschreckenden oder resozialisierenden Wirkung härterer Bestrafung. Weder die negative Generalprävention noch die positive Spezialprävention kommen als Begründung längerer Freiheitsstrafen in Betracht. Auch eine bessere Sicherungswirkung wird nicht als Argument herangezogen, was mit Blick auf die Zweispurigkeit des Sanktionensystems überzeugt: Freiheitsstrafen können anders als die Maßregeln der Besserung und Sicherung unabhängig von einer angenommenen „Gefährlichkeit“ des Täters verhängt werden; auch bei der Strafzumessung darf dieser präventive Aspekt nur eingeschränkt im Rahmen des Schuldangemessenen berücksichtigt werden.

Dass ein absoluter Begründungsansatz, der allein auf Belange des „gerechten Schuldausgleichs“ verweist, unter Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten problematisch ist, wurde oben bereits angedeutet. Zwar erkennt das BVerfG den Aspekt des gerechten Schuldausgleichs als legitimem Aspekt der staatlichen Strafe

72 Gerade bei Themen, die sowohl für eine mediale Skandalisierung als auch eine kriminalpolitische Instrumentalisierung besonders anfällig sind, ist auf eine sachgerechte Methodenwahl und die entsprechende Vorsicht bei der Interpretation der Ergebnisse zu achten, s. dazu etwa *Otte et al.* Zeitschrift für Soziologie 2023, 26 ff.

73 *Hoven* KriPoZ 2018, 276, 277.

74 *Hoven* KriPoZ 2018, 276, 278.

an;<sup>75</sup> es gibt allerdings eine ganze Reihe von obergerichtlichen Entscheidungen, in denen zu Recht betont wird, dass es dabei nicht um eine absolute, von tatsächlich positiven Wirkungen in der Gesellschaft gänzlich unabhängige Strafbegründung gehen darf.<sup>76</sup> In den Worten des BGH ausgedrückt, der sich dabei auf die Begründung des 1. Strafrechtsreformgesetzes bezieht, hat die Strafe nicht die Aufgabe, Schuldausgleich um seiner selbst willen zu üben, sondern ist nur gerechtfertigt, „wenn sie sich zugleich als notwendiges Mittel zur Erfüllung der präventiven Schutzaufgabe des Strafrechts erweist“.<sup>77</sup>

Dass zur Erfüllung der „präventiven Schutzaufgabe“ des Strafrechts im Bereich der Sexualdelikte härtere Strafen nötig sind, wird von den Autor:innen nicht dargetan. Es fehlt an einem Zusammenhang zwischen der (aus ihrer Sicht) „angemessenen“ härteren Ahndung und einem Gewinn an präventivem Schutz. Dieses Begründungsdefizit können auch die Hinweise auf eine expressiv-kommunikative Funktion der Strafe nicht kompensieren: Selbst wenn man davon ausgeht, dass Strafe eine Missbilligung des Unrechts (anders formuliert: einen Tadel) kommuniziert und auch kommunizieren soll, ist damit zunächst nur das Wesen der Strafe beschrieben, aber keine davon zu unterscheidende präventive Wirkung.

Die Einordnung der expressiven Theorien in die herkömmlichen straftheoretischen Kategorien fällt daher auch schwer: man bezieht sich nicht ausdrücklich (allein) auf absoluten Schuldausgleich, abstrahiert aber offenbar auch von einer präventiven Wirkung der Strafe. Ob man daraus ableiten kann, dass expressive Straftheorien eine ganz eigene dritte Kategorie darstellen<sup>78</sup>, ist zweifelhaft – letztlich muss man sich wohl einfach entscheiden, welcher möglichen Deutung man folgt. Man kann den Tadel als Selbstzweck ansehen<sup>79</sup>, was den Ansatz dann aber stark in die Nähe einer absoluten Strafbegründung rückt. Vor allem wäre dann noch genauer zu begründen, warum es ein Problem darstellt, wenn der von den zuständigen staatlichen Akteuren formulierte Tadel nicht so scharf und missbilligend ausfällt, wie die Bevölkerung es vermeintlich gerne hätte – wie beim „gerechten Schuldausgleich“ hätte dann der Staat eben auch beim „angemessenen Tadel“ eine weit reichende Definitionsmacht, die im Zweifel kraft verfassungsrechtlicher Wertungen zurückhaltend ausgeübt werden müsste.

Eine andere Deutung wäre, dass die Strafe als kommunikativer Akt ein Mittel ist, um eine (präventive) Wirkung in der Gesellschaft zu erzielen – dann hätte man den Boden der sog. relativen Straftheorien betreten. Weiterführend und mit der oben genannten Rechtsprechung des BGH kompatibel erscheint allein die zuletzt genannte

75 BVerfGE 45, 187, 253 ff.

76 S. etwa BVerfGE 39, 46; 72, 114.

77 BGHSt 24, 40.

78 S. näher *Hörnle* 2017.

79 In diese Richtung geht etwa die Beschreibung von *Hoven* ZStW 2023, 707, 712, wonach in aktuellen Debatten die „realen Folgen einer Verschärfung strafrechtlicher Normen“ weniger im Fokus stünden und es zunehmend um die „symbolische Kraft des ethischen Tadels“ gehe. Ob sie dies für kritikwürdig hält, bleibt an dieser Stelle offen. Später wird jedenfalls sehr deutlich (allein) die „gerechte Antwort“ bzw. „adäquate Reaktion“ auf eine Verletzung von Strafgesetzen in den Vordergrund gerückt, *dies.* ZStW 2023, 707, 718.

Ansicht, die sich dann in den weiten Bezugsrahmen der positiven Generalprävention einordnen ließe.<sup>80</sup> Dort wird unter anderem mit den Begriffen des „Rechtsfriedens“ bzw. des „Vertrauens in die Rechtsordnung“ operiert, denen ein möglicher empirischer Gehalt nicht abgesprochen werden kann (auch wenn sie üblicherweise nicht so verstanden werden)<sup>81</sup>. Im vorliegenden Kontext müsste man argumentieren, dass die staatliche Missbilligung von Sexualdelikten durch die bisherige Strafzumessungspraxis so milde und für die Bevölkerung (einschließlich der Tatopfer) geradezu unerträglich ausfällt, dass das Vertrauen in den Rechtsstaat und damit zugleich die eigene Normbefolgungsbereitschaft ernsthaft gefährdet sind<sup>82</sup> – und höhere Strafen insofern einen Gewinn an präventivem Schutz bedeuten. Das wird so von den Autor:innen so nicht behauptet<sup>83</sup> und wäre auch nicht überzeugend. Richtigerweise wird man empirisch ermittelte Strafeinstellungen der Bevölkerung auch vor dem Hintergrund der oben skizzierten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen im Ergebnis nur zur Begrenzung des Strafrechts im Sinne der Suche nach dem „generalpräventiven Minimum“ heranziehen können, aber nicht zu deren Ausweitung.<sup>84</sup>

### C. Fazit

Es gibt einen Grund dafür, dass man für die Forderung nach härteren Strafen in klassischen wie sozialen Medien viel Applaus bekommt, von wissenschaftlicher Seite dagegen fast nur Kritik:<sup>85</sup> Staatliches Strafen ist eine tief im Bewusstsein der Bevölkerung verankerte Praxis, die von vielen als selbstverständlich und unverzichtbar angesehen wird. Die historischen Wurzeln dieser Praxis sind allerdings stark von metaphysischem Denken geprägt, und ihre Rationalität steht im modernen Rechts- und Verfassungsstaat (vor allem in Bezug auf konkret verhängte Strafen) auf schwankendem Boden. Die Strafe wird stets ein ambivalentes Instrument bleiben. Sie trägt einerseits, wenn auch in schwer mess- und quantifizierbarer Weise, zur Stabilisierung der Gesellschaft bei. Andererseits ist ihr als gravierender und stark symbolisch aufgeladener staatlicher Machtausübung die Gefahr übermäßiger Freiheitseinschränkung immanent. Aus liberal-rechtsstaatlicher Perspektive und mit Blick auf Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Bestimmtheitsgebot sollte eine wissenschaftliche Perspektive daher die Begrenzung

80 Zum Verhältnis von Tadel und positiver Generalprävention s. etwa *Hörnle/v. Hirsch* GA 1995, 261. Auch *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 354 f. verweisen im vorliegenden Kontext auf die positive Generalprävention. Inhaltlich nahe steht auch der Ansatz von *Walter* 2019, 49, der stärker den Aspekt der unmittelbaren Befriedigung von empirisch ermittelten Vergeltungsbedürfnissen in den Vordergrund rückt; s. dazu auch monographisch *Andrissek* 2017.

81 S. näher *Kaspar* 2014, 648 ff.; *ders.* 2018, C 25. S. auch *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 354.

82 *S. Kaspar* 2019, 61, 71.

83 Ein solcher Vertrauensverlust wird von *Hoven/Weigend* ZStW 2021, 322, 323 nur als potenzielle Gefahr dargestellt.

84 S. näher *Kaspar* 2018, C 29 ff.; *ders.* 2019, 61, 82.

85 So die zutreffende Diagnose bei *Hoven* ZStW 2023, 707, 724. Einen Grund erwähnt sie selbst: die Vertreterinnen und Vertreter der Strafrechtswissenschaft würden die „Risiken des Strafrechts stärker in den Blick“ nehmen, s. *dies.* ZStW 2023, 707, 734.

des Strafrechts und nicht dessen Ausweitung im Blick haben,<sup>86</sup> ganz im Sinne des von *Gustav Radbruch* betonten „schlechten Gewissens“, das gerade im Bereich des Strafrechts angezeigt ist. Davon ist in den aktuellen Plädoyers für härtere Strafen leider (zu) wenig die Rede.

*Literaturverzeichnis:*

*Andrissek* (2017), Vergeltung als Strafzweck

*Benda* (1972), Demoskopie und Recht

*Breneselovic* (2023), Vom Unterschied eines bürgernahen zu einem bürgerwürdigen Strafrecht, in: *Staffler u.a. (Hrsg.)*, Strafrecht und Demokratie, 109-130

*Corda/Kaspar* (2022) Collateral Consequences of Criminal Conviction in the United States and Germany, in: *Kai Ambos, Antony Duff, Alexander Heinze, Julian Roberts and Thomas Weigend (Hrsg.)*, Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Volume II, 392-437

*Dessecker* (2018) Die Kollateralfolgen von Strafen, in: *Boers/Schaerff (Hrsg.)*, Kriminologische Welt in Bewegung, 476-486

*ders.* (2021), Rechtliche und soziale Folgen von Strafen, in: *Haverkamp u.a. (Hrsg.)*, Festschrift für Hans-Jörg Albrecht, 1109-1120

*Ehlen* (2024) Die Strafzumessung bei sexuellen Übergriffen und Vergewaltigungen, in: *Hoven/Weigend (Hrsg.)*, Auf dem Weg zu rationaler und konsistenter Strafzumessung, 107-125

*Eierle* (2019), „Verteidigung der Rechtsordnung“ und „öffentliches Interesse“ als Rechtsbegriffe mit empirischem Gehalt?, in: *Kaspar/Walter (Hrsg.)*, Strafen im Namen des Volkes?, 163-176

*Greco* (2013), Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht, in: *Brunthöber u.a. (Hrsg.)*, Verfassung und Strafrecht, 13-36

*Hörnle* (2017), Straftheorien, 2. Aufl.

*Höffler* (2019), Die Rolle der Spezialprävention aus Sicht der Bevölkerung, in: *Kaspar/Walter (Hrsg.)*, Strafen im Namen des Volkes?, 91-111

*Iberl/Kinzig* (2023), Die Rolle der Schöffen bei Absprachen im Strafprozess

*Kaspar* (2014) Grundrechtsschutz und Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht

*Kaspar* (2018) Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? Strafrechtliches Gutachten zum 72. Deutschen Juristentag, Band I, Gutachten, Teil C

86 Vgl. ähnlich *Bung* (in diesem Heft) sowie *Becker* GA 2024, 241, 254 f.

*Kaspar* (2019) Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention, in: *Kaspar/Walter (Hrsg.)*, Strafen im Namen des Volkes?, 61-90

*Kaspar/Walter* (2019) Vorwort, in: *Kaspar/Walter (Hrsg.)*, Strafen im Namen des Volkes?, 5-9

*Kaspar* (2023) Neue Perspektiven der Generalpräventionsforschung, in: *Beisel u.a. (Hrsg.)*, Die Kriminalwissenschaften als Humanwissenschaften. Festschrift für Dieter Dölling, 771-785

*Nedopil/Endrass/Rossegger/Wolf* (2021) Prognose: Risikoeinschätzung in forensischer Psychiatrie und Psychologie,

*Scheerer* (1978) Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf

*Streng* (2019) Studien zu Strafbedürfnissen der Bevölkerung. Methoden und aktuelle Ergebnisse, in: *Kaspar/Walter (Hrsg.)*, Strafen im Namen des Volkes?, 131-160

*Walter* (2019) Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungstheorie, in: *Kaspar/Walter (Hrsg.)*, Strafen im Namen des Volkes?, 49-60

## Kontakt

Prof. Dr. Johannes Kaspar  
Juristische Fakultät der Universität Augsburg  
Universitätsstr. 24,  
86159 Augsburg  
johannes.kaspar@jura.uni-augsburg.de