

Dear reader,

This is an author-produced version of an article published in *Neubacher, F. / Kubink, M. (Ed.): Kriminologie – Jugendkriminalität – Strafvollzug. Gedächtnisschrift für Michael Walter*. It is consistent with the manuscript submitted by the author for publication but does not include the final publisher's layout or pagination.

Original publication:

Prof. Dr. Johannes Kaspar

“Kriminologie und Strafrecht – getrennte Welten?”

Kriminologie – Jugendkriminalität – Strafvollzug. Gedächtnisschrift für Michael Walter (2014), Köln: Neubacher, F./ Kubink, M. (Ed.), p. 83-100

URL: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-53950-5>

Published with permission of the copyright holder(s).

Thank you for supporting Green Open Access.

Your KrimDok team

Kriminologie und Strafrecht – getrennte Welten? in: Neubacher/Kubink (Hrsg.), Kriminologie – Jugendkriminalrecht – Strafvollzug, Gedächtnisschrift für Michael Walter, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 59, 2014.

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Augsburg

Kriminologie und Strafrecht – getrennte Welten?

Es muss nicht eigens betont werden, dass der Michael Walter mit seiner Forschungstätigkeit und seinem Oeuvre¹ ganz wesentlich zum Ruf der Kriminologie als Teil der Gesamten Strafrechtswissenschaft beigetragen hat. Hervorhebenswert erscheint mir aber, dass er sich darüber hinaus auch ganz direkt als Botschafter der Kriminologie und Vermittler zwischen den wissenschaftlichen Disziplinen betätigt hat. So hat er beispielsweise in einem von ihm mitverfassten Werk die empirischen Forschungsmethoden der Kriminologie in gut verständlicher und praxisnaher Weise erläutert und damit auch für Studierende aus dem rechtswissenschaftlichen Bereich besser zugänglich gemacht.² In einem weiteren Beitrag aus jüngerer Zeit hat er sich explizit mit dem prekären Verhältnis zwischen Kriminologie und Strafrecht sowie möglichen „Brücken“ zwischen beiden Fächern beschäftigt.³ Diese Frage zu thematisieren ist bitter nötig. Denn die Kriminologie als eigenständige, an deutschen Universitäten in Forschung und Lehre präsenste Wissenschaft ist akut bedroht. Das kann und muss hier nicht weiter ausgeführt werden; spätestens seit der Freiburger Tagung im Jahre 2012 und dem daraus entstandenen Memorandum von Albrecht, Quensel und Sessar⁴ sollte der Ernst der Lage klar sein.⁵ Wenn an juristischen Fakultäten kriminologische Lehrstühle gestrichen oder zumindest nicht mit kriminologischer, sondern rein strafrechtlicher Ausrichtung neu besetzt werden, hat die Idee der Gesamten Strafrechtswissenschaft, zu der selbstverständlich und zentral auch die Kriminologie gehört, offenbar an Überzeugungskraft eingebüßt. Die Idealvorstellung zweier gleichberechtigter Disziplinen „unter einem Dach“⁶ erweist sich dann vielerorts eher als eine Art Untermietverhältnis, das in guten Zeiten mit der Kriminologie eingegangen wurde – und das jetzt von strafrechtlicher Seite nach und nach, um im Bild zu bleiben, aus Eigenbedarf gekündigt wird.

Das liegt gewiss auch an strukturellen Gründen wie der Knappheit der Mittel und Ressourcen bei steigender Lehrbelastung. Dennoch lohnt es sich, in diesem Zusammenhang auch der von Walter aufgeworfenen Frage des Verhältnisses von Strafrecht und Kriminologie weiter nachzugehen. Nach einer kurzen Bestandsaufnahme (unten I.) werden mögliche Ursachen erörtert, die dazu geführt haben könnte, dass „das Strafrecht“ „die Kriminologie“ – natürlich bei aller gebotener Vorsicht vor entsprechenden Pauschalisierungen – offenbar zunehmend für verzichtbar hält (unten II.). Das liegt möglicherweise auch daran, dass die Strafrechtsdogmatik als „Kerngeschäft“ der Strafrechtswissenschaft von deren Vertretern normativ und zugleich empiriefrei⁷ verstanden und betrieben wird. Sind Strafrecht und Kriminologie aber tatsächlich „getrennte Welten“, in denen

¹ S. vor allem *Walter*, Gewaltkriminalität, 2. Aufl. (2008) und *Walter/Neubacher*, Jugendkriminalität, 4. Aufl. (2011).

² S. *Walter/Brand/Wolke*, Einführung in kriminologisch-empirisches Denken und Arbeiten, 2009.

³³ *Walter* ZIS 2011, 629.

⁴ *Albrecht/Quensel/Sessar* MSchKrim 2012, 385 ff. sowie Neue Kriminalpolitik 1/2013.

⁵ S. nur die Beiträge in MSchKrim 4/2012 sowie die Beiträge zum Titelthema „Lage und Zukunft der Kriminologie“ in Neue Kriminalpolitik 1/2013.

⁶ Vgl. nur *Sieber/Albrecht* (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2006. Der Begriff wurde von *Jescheck* zur Beschreibung der am Freiburger Max-Planck-Institut bis heute vorbildlich realisierten Zusammenarbeit von strafrechtlicher und kriminologischer Forschung geprägt, s. dazu *Kaiser* in *Sieber/Albrecht* a.a.O., 66.

⁷ Dass das eine mit dem anderen nicht notwendig zusammenhängt, versuche ich unten II. zu zeigen.

verschiedene Sprachen gesprochen werden, so dass man nahezu zwangsläufig aneinander vorbeiredet und letztlich ganz gut auch ohne einander auskommt? Ich halte das für falsch und will im Folgenden die Gegenthese entwickeln, dass ein modernes und rechtsstaatliches Strafrecht ohne empirische kriminologische Forschung nicht auskommt und dass sich der Einsatzbereich dieser Forschungsergebnisse nicht auf den Bereich der strafrechtlichen Sanktionen bzw. der Kriminalpolitik beschränkt. Vielmehr weist auch die Strafrechtsdogmatik, verstanden als das geordnete System der Voraussetzungen materieller Strafbarkeit, zahlreiche „Einbruchsstellen“ für empirische Erkenntnisse auf (unten III.). Hier zeigt sich möglicherweise ein neues und bisher noch nicht ausreichend erschlossenes Aufgabengebiet der Angewandten Kriminologie, das direkten Bezug zur Strafrechtspraxis aufweist und damit einen Brückenpfeiler im Sinne von Walter darstellen könnte.

I. Bestandsaufnahme

Spannungen im Verhältnis von Strafrecht und Kriminologie haben eine lange Tradition. Der sog. „Schulstreit“ zwischen v. Liszt als Vertreter eines spezialpräventiv ausgerichteten Zweckstrafrechts und den Anhängern des klassischen Schuld- bzw. Vergeltungsstrafrechts wurde mit großer Schärfe geführt.⁸ Es ging scheinbar um alles oder nichts: Birkmeyer warf die Frage auf, was v. Liszt (und das hieß zugleich: die Kriminologie⁹) „vom Strafrecht übrig lasse“, und beantwortete sie selbst: „nur eine jämmerliche Ruine“¹⁰. Heute müsste man die Frage angesichts der oben geschilderten Entwicklung eher anders herum stellen.

Der Hintergrund der damaligen Kontroverse war nicht nur, dass v. Liszt den Strafzweck der Vergeltung ablehnte und auf einem spezialpräventiven Zweck beharrte. Vielmehr störte man sich daran, dass v. Liszt als Determinist bekanntlich die menschliche Willensfreiheit in Frage stellte und damit dem Schuldstrafrecht, so die Befürchtung, jegliche Grundlage entziehen wolle.¹¹ Heute kommen Angriffe in dieser Richtung von Seiten der medizinischen Hirnforschung¹², wurden in der Kriminologie bislang aber kaum aufgegriffen. Überhaupt wird die Existenzberechtigung des Strafrechts von kriminologischer Seite heute nur noch eher selten pauschal in Frage gestellt. Abolitionistische Konzepte oder radikale Etikettierungsansätze werden nur noch vereinzelt vertreten. Auch deshalb sind scharfe Töne heutzutage kaum mehr zu vernehmen. Wenn man so will, hat die „Beziehungskrise“ sich also gewandelt: Man beschimpft und bedroht sich nicht mehr, sondern hat sich im Laufe der Zeit irgendwie miteinander arrangiert. Aber eine Krise ist es doch; gerade die empirische Kriminologie wird nach meinem Eindruck von manchen Strafrechtlern mit einem gewissen Misstrauen betrachtet, ihre Herangehensweise zumindest hinter vorgehaltener Hand als „Erbsenzählerei“ abgewertet und damit zugleich auch in ihrem Nutzen für die Strafrechtswissenschaft in Frage gestellt. Und auch das mag zur aktuellen Situation des Niedergangs der Kriminologie an den juristischen Fakultäten beigetragen haben.

II. Ursachenforschung

Wenn das eine richtige Beschreibung des status quo ist, stellt sich die Frage, was die möglichen Ursachen für diese Entwicklung sind.

1. Die „Kränkungen“ des Strafrechts durch die Kriminologie

⁸ S. dazu *Kaiser/Schöch*, Juristischer Studienkurs, 7. Aufl. (2010), Fall 1 Rn. 2 ff.; *Göppinger-Bock*, Kriminologie, 6. Aufl. (2008), § 2 Rn. 33 ff.

⁹ Vgl. *H. Kaufmann*, JZ 1962, 193 ff.

¹⁰ *Birkmeyer*, Was lässt v. Liszt vom Strafrecht übrig, 1907, 93.

¹¹ *Kaiser/Schöch* 2010, Fall 1 Rn. 4 f.

¹² Aus dem umfangreichen Schrifttum s. nur *Roth*, Fühlen, Denken Handeln, 2. Aufl. (2003), 536 ff. Kritisch *Hillenkamp* JZ 2005, 313 ff.

Vielleicht geht es dabei zumindest unterbewusst auch um so etwas wie „offene Rechnungen“. Denn es ist nicht zu übersehen, dass die empirische Kriminologie den Vertretern des Strafrechts im Laufe der Zeit diverse Kränkungen zugefügt hat. Manches Mal war dies unberechtigt oder zumindest übertrieben, aber gewiss waren darunter auch einige unbequeme Wahrheiten.

Dazu zählen die sogenannten Etikettierungsansätze, sofern sie Strafverfolgung als willkürliche, diskriminierende und stigmatisierende Vorgehensweise kritisierten.¹³ Das war u.a. im Hinblick auf die Grundannahme einer Gleichverteilung der Kriminalität quer durch alle sozialen Schichten deutlich überzogen¹⁴, machte aber doch auf mögliche schädliche Auswirkungen vor allem von Freiheitsstrafen aufmerksam und bereitete den Weg für den Ausbau der Diversion, also den Vorrang informeller Sanktionierungsstrategien im Bereich der minderschweren Kriminalität.

Zugleich wurde im Ansatz berechtigt darauf aufmerksam gemacht, dass die juristisch verbindliche Qualifizierung einer menschlichen Handlung als Straftat letztlich das Produkt einer Zuschreibung ist. Zwar erscheint die Annahme, wonach sich gerade hier auch gesellschaftliche Machtverhältnisse widerspiegeln, überzogen. Aber es fällt bei empirisch-historischer Betrachtung doch auf, wie wandelbar die Vorstellungen von „kriminellm Verhalten“ sind. Es handelt sich dabei um kein in der Realität als solches vorfindbares Phänomen, sondern um das Ergebnis der Schaffung (und Anwendung) strafrechtlicher Normen, die jeweils Ausdruck wandelbarer gesellschaftlicher und kultureller Verhältnisse sind. Das ist per se noch nicht kritikwürdig, stellt aber doch die unerschütterliche Selbstgewissheit in Frage, mit der neben der Allgemeinheit auch die Strafjustiz Menschen, die sich in der jeweiligen tatbestandlich umschriebenen Weise verhalten, moralisch tadelt bzw. abhängig vom verwirklichten Delikt geradezu verdammt. Männliche Homosexualität etwa als klarer Verstoß gegen das „Sittengesetz“ und damit auch legitimer Anlass einer Bestrafung¹⁵ – diese Vorstellung erscheint uns heute als absurd, war vor nicht allzu langer Zeit aber traurige Realität.

Zu der damit angesprochenen Erkenntnis einer gewissen Relativität des „Verbrechens“ gesellt sich als weitere Verunsicherung eine gewisse Relativität der Bezeichnung als „Verbrecher“. Denn wir wissen aus der kriminologischen Dunkelfeldforschung, dass Delinquenz zumindest im jugendlichen Alter ein völlig normales Phänomen ist, das in der Regel ohne größere Folgen wieder abklingt.¹⁶ Diese Normalität und zugleich Episodenhaftigkeit der tendenziell eher leichten bis mittelschweren Jugenddelinquenz zeigt, wie unsinnig und letztlich auch schädlich die gängige Unterteilung der Bevölkerung in „gut“ und „böse“, in „anständige Bürger“ und „Verbrecher“ ist. Dieses Bild wird insbesondere durch mediale Darstellungen von Kriminalität hartnäckig am Leben gehalten.¹⁷ Es entbehrt aber jeder empirischen Grundlage und ist zugleich ganz offensichtlich ein Hindernis bei der (wiederum verfassungsrechtlich gebotenen¹⁸) Resozialisierung straffälliger Menschen. Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass die Wahrnehmung des Straftäters als „andersartig“ (die zugegebenermaßen in früheren Zeiten auch von der Kriminologie selbst kräftig befördert wurde¹⁹) auch den Rückgriff auf rein punitive Strategien innerhalb der Strafjustiz erleichtert und umgekehrt die Suche nach humaneren Alternativen erschwert.

¹³ s. nur *Sack*, Probleme der Kriminalsoziologie, in: König (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 12, 2. Aufl. (1978), 192 ff.

¹⁴ Vgl. *Schöch*, Ist Kriminalität normal?- Probleme und Ergebnisse der Dunkelfeldforschung, Kriminologische Gegenwartsfragen 12, 1976, 211 ff.

¹⁵ So noch BVerfGE 6, 389.

¹⁶ s. nur *Kaiser/Schöch* 2010, Fall 11 Rn. 24.

¹⁷ Vgl. dazu auch *Walter*, Gedanken zur Bedeutung von Kriminalität in den Medien, in: P.-A. Albrecht (Hrsg.): Festschrift für Schüler-Springorum, 1993, 189.

¹⁸ Vgl. nur BVerfGE 35, 202 (Lebach).

¹⁹ Zu biologistischen Ansätzen wie *Lombrosos* Theorie vom „geborenen Verbrecher“ s. nur *Meier*, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), § 2 Rn. 6 ff.

Ohnehin ist in diesem Zusammenhang noch ganz generell der Bereich der Sanktionen zu erwähnen, auf dem die Kriminologie laut v. Liszt „ihre Schlachten zu schlagen“ habe.²⁰ Sobald man sich darauf einigt, dass die Strafe in einem empirischen Sinn „wirken“ soll, etwa im Wege spezialpräventiver Rückfallverhinderung oder generalpräventiver Abschreckung, macht man staatliches Strafen auf der Rechtsfolgenseite von einer entsprechenden „Erfolgskontrolle“ abhängig. Wenn nun empirische Forschungsergebnisse solche Wirkungen der Strafe zumindest in Zweifel ziehen, stellt das die Legitimation des staatlichen Strafens automatisch in Frage.²¹ Nach hier vertretener Ansicht ist daher ein Präventionsstrafrecht sogar schwerer zu begründen als ein Schuldstrafrecht, das gegenüber empirischer Überprüfung vollständig immunisiert ist. Auch das könnte nebenbei bemerkt einer der Gründe sein, warum sich der zweifelhafte Strafzweck des „Schuldausgleichs“ bis heute als tragender straftheoretischer Pfeiler in der Rechtsprechung halten konnte²². Er erlaubt die Flucht ins Normative, ohne sich mit lästigen empirischen Fragestellungen allzu sehr beschäftigen zu müssen. Völlig zu Recht wurde diese Komponente des Schuldprinzips von *Ellscheid* und *Hassemer* daher schon vor einiger Zeit als „Ruhebank der Strafrechtswissenschaft“²³ bezeichnet.

Ohne dass dies hier vertieft werden kann, steht einer Anerkennung des Strafzwecks des Schuldausgleichs (der letztlich von reiner Schuldvergeltung nicht zu unterscheiden ist) das geltende Verfassungsrecht entgegen²⁴. Denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der für alle staatlichen Grundrechtseingriffe und damit auch für die Strafe gilt, verlangt die Prüfung der „Geeignetheit“ und „Erforderlichkeit“ der Maßnahme im Hinblick auf einen bestimmten Zweck. Das setzt aber voraus, dass die Zweckerreichung durch die fragliche Maßnahme überhaupt empirisch überprüfbar ist – wie sonst sollte man die prinzipielle „Geeignetheit“ bzw. die Eignung potenzieller milderer Mittel sonst beurteilen? Kriminologische Forschung zur Präventionswirkung strafrechtlicher Normen und Sanktionen ist daher nicht nur akademische Spielerei oder Begleitmusik für kriminalpolitische Entscheidungen, sondern auch eine verfassungsrechtlich vorgezeichnete Notwendigkeit!

Vor diesem Hintergrund ist natürlich auch das idyllische Bild zweier selbständiger und unabhängiger wissenschaftlicher Disziplinen, die in friedlicher Ko-Existenz unter einem Dach leben, offensichtlich nicht ganz durchzuhalten. Die Kriminologie ist eine Wissenschaft, die zu Recht auch „die Verbrechenskontrolle“ einschließlich der Tätigkeit der Instanzen der Strafjustiz zu ihrem Untersuchungsgegenstand gemacht hat.²⁵ Sie ist damit, wie *Walter* zu Recht schreibt, zum „distanzierten Kritiker“ des Strafrechts geworden.²⁶ Konflikte und Missverständnisse sind dann fast vorprogrammiert, genauso wie die Entwicklung von Immunisierungsstrategien. Eine mögliche Vorgehensweise mit

²⁰ v. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Band 2, 1905, 93. Man beachte auch hier die bezeichnende geradezu kriegerische Rhetorik. Deutlich zurückhaltender *Göppinger*, *Angewandte Kriminologie und Strafrecht*, 1986, 5: es gehe um „Entscheidungshilfe“ bei gesetzlich vorgesehenen „Täterbeurteilungen“ innerhalb des weitgehend spezialpräventiv ausgerichteten Rechtsfolgensystems.

²¹ Vgl. prägnant *Walter* ZIS 2011, 629, der von „offizielle(n) Verlautbarungen“ des Strafrechts spricht, denen die Kriminologie „konträre Erklärungen der Realität“ entgegensetze, in denen auch die möglichen negativen Begleiterscheinungen der Strafe thematisiert würden. S. zum Ganzen auch *Kaspar*, *Gerechtes oder zweckmäßiges Strafen. Überlegungen zur Rolle der Kriminologie in der straftheoretischen Diskussion*, in: Koch/Rossi (Hrsg.), *Gerechtigkeitsfragen in Gesellschaft und Wirtschaft. 40 Jahre Juristische Fakultät Augsburg*, 103 ff.

²² Zur bis heute herrschenden Spielraumtheorie des BGH, der die Vorstellung einer „Schulduntergrenze“ immanent ist, s. nur BGHSt 7, 89. Auch das BVerfG hat in neueren Entscheidungen recht deutlich auf „gerechte Vergeltung“ als Strafzweck abgestellt, s. besonders deutlich BVerfG, Urt. v. 19.3.2013, 2 BvR 2628/10 u.a., Rn. 54.

²³ *Ellscheid/Hassemer*, *Strafe ohne Vorwurf*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten II*, 1975, 266.

²⁴ S. dazu demnächst *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht* (erscheint Ende 2013).

²⁵ Zu den Themengebieten der Kriminologie s. nur *Kaiser*, *Kriminologie*, 3. Aufl. (1996), § 4 Rn. 1.

²⁶ *Walter* ZIS 2011, 629.

immunisierender Tendenz könnte nun sein, den rein normativen Charakter des Strafrechts zu betonen, der empirisch fundierte Kritik von vornherein ausschließen oder doch stark abschwächen könnte.

2. Empirische versus normative Perspektive

In der Tat finden sich Hinweise auf ein solchermaßen begründetes Trennungsdenken. Der Jubilar selbst beschreibt den Stand der Debatte so: „‘Positive’ normative Theorien und negative empirische Theorien stehen sich so weitgehend unvereinbar gegenüber“²⁷. Oft werden beide Begriffe verwendet, um die Unterschiede beider Wissenschaften hervorzuheben.²⁸ Aber ist damit schon das letzte Wort gesprochen? Die wissenschaftstheoretische Einordnung der Strafrechtswissenschaft als „normative“ und der Kriminologie als (auch) „empirische“ Disziplin ist natürlich zutreffend. Das darf aber den Blick für Verbindungslinien nicht verstellen.²⁹ Zum einen bezieht sich die kriminologische Forschung de facto ganz überwiegend auf das, was der Gesetzgeber durch Schaffung strafrechtlicher Normen als strafwürdiges Verhalten bezeichnet hat, also auf einen in diesem Sinne normativen Bezugspunkt.³⁰ Umgekehrt schöpft der Strafgesetzgeber bei der Fixierung strafwürdigen Verhaltens ersichtlich (auch) aus der Welt des Realen, z. B. dann, wenn neue Phänomene wie die Computer- und Internetkriminalität auftauchen, die als schädlich identifiziert werden (auch das ist eine im Kern empirische Frage!) und in der Folge Gegenstand eines strafrechtlichen Verbots werden. Auch bei Änderungen bestehender Gesetze wird oft zumindest verbal auf empirische Sachverhalte Bezug genommen. Man nehme als Beispiel nur die vom Bundestag unlängst beschlossene Wiedereinführung des Konnexitätserfordernisses bei der „Kronzeugenregelung“ in § 46b StGB. Es könne „das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts beeinträchtigen“, so heißt es in der Gesetzesbegründung³¹, wenn ein Kronzeuge auch dann eine Strafmilderung bekommen könne, wenn er Informationen zur Aufklärung oder Verhinderung von Straftaten liefere, die zu seiner Straftat in keinerlei Zusammenhang stünden – wobei ein Beleg für diese Behauptung nicht angeführt wird, vermutlich auch deshalb, weil entsprechende Studien bisher schlicht nicht existieren.

Nun könnte man einwenden, dass es dabei nur um die Vorbereitung kriminalpolitischer Entscheidungen gehe, diese selbst aber letztlich eine reine Wertung seien, wie z. B. die Entscheidung über die „Strafwürdigkeit“ einer Verhaltensweise. Aber dabei würde man das untrennbare Zusammenspiel von empirischer und normativer Betrachtungsweise verkennen. Wie der Richter zunächst die Tatsachen feststellen muss, bevor er sein Urteil spricht, muss der Gesetzgeber empirische Daten zu den von ihm zu regelnden Lebensbereichen sichten oder ggf. zusätzlich selbst erheben, bevor er eine Entscheidung trifft. Dass er dabei auch verfassungsrechtlich einen großen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum für sich in Anspruch nehmen kann, steht dem nicht entgegen. Die Metapher vom „Spielraum“ impliziert ja, dass es auch Grenzen gibt, die einzuhalten sind und bei deren Überschreitung die staatliche Maßnahme (z. B. wegen eines Verstoßes gegen das Willkürverbot) verfassungswidrig ist. Zwar gilt als rechtsphilosophisches Axiom, dass aus einem „Sein“ kein „Sollen“ folgt – das wäre ein naturalistischer Fehlschluss.³² Aber nach dem eben Gesagten gilt eben zugleich, dass die Festlegung des „Gesollten“ (oder im Strafrecht: des „Nicht-Gesollten“), ohne dass zuvor das „Sein“ zur Kenntnis genommen und in die Überlegungen einbezogen wurde, ebenfalls nicht zulässig ist.

²⁷ *Walter* ZIS 2011, 629.

²⁸ Statt vieler *Göppinger-Bock*, Kriminologie, § 3 Rn. 37; *Hirsch*, Einführung in das Thema, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2006, 31, 36.

²⁹ So auch *Kaiser*, Kriminologie, § 1 Rn. 8.

³⁰ Zu diesem Zusammenspiel von Strafrecht und Kriminologie, das mit einer „Unterordnung“ unter die Strafrechtswissenschaft nichts zu tun hat s. nur *Göppinger-Bock*, Kriminologie, § 1 Rn. 6 ff.

³¹ S. BT-Drucks. 17/9695, 6.

³² S. *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, 2006, Rn. 103 ff.

Neben dieser empirischen Basis von Entscheidungen des Strafgesetzgebers stehen die empirischen Bezüge, die das geltende Strafrecht ganz deutlich auf der Rechtsfolgenseite aufweist. Prognosen als klassischer Anwendungsfall der Angewandten Kriminologie setzen empirisches Wissen voraus, etwa über typische Risikofaktoren, die mit Rückfälligkeit korrelieren oder über die Folgen, die die Strafe für den Täter in der Gesellschaft haben wird (s. § 46 I 1 StGB). Und schließlich weist die Beurteilung der Schuldfähigkeit des Täters gem. § 20 StGB einen deutlichen empirischen Bezug auf, wenn Art und Ausmaß des pathologischen Eingangsmerkmals zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden.

Strafgesetzgebung, Sanktionsentscheidungen und Schuldfähigkeitsbeurteilung: Sind damit die möglichen Einsatzgebiete für empirisches kriminologisches Wissen bei der Schaffung und Anwendung von Strafrecht durchdekliniert? Bleibt es dabei, dass demgegenüber die materielle Strafbarkeit allein normativ anhand der von der Strafrechtswissenschaft herausgearbeiteten dogmatischen Kategorien bestimmt wird? *Göppinger*, einer der bedeutendsten deutschen Kriminologen, hat das so gesehen und formulierte dies folgendermaßen: „Die Angewandte Kriminologie macht in der Regel (...) keine Aussagen zur *rechtlichen* Seite kriminellen Verhaltens in Bezug auf eine tatbestandsmäßige Zuordnung, wenngleich die *kriminologische* Erfassung des Tatgeschehens und seines Umfeldes für die richterliche Bewertung der Tat hilfreich sein kann“³³. Noch defensiver und in offenbar sehr bewusster Selbstbeschränkung heißt es kurz darauf: „Um Missverständnissen vorzubeugen, sei erneut darauf hingewiesen, daß es niemals Sache der Angewandten Kriminologie sein kann, in irgendeiner Weise in die originären Aufgaben des Strafrechts einzugreifen. Die Angewandte Kriminologie stellt dem Strafrecht Kriterien für die kriminologische (nicht normativ-strafrechtliche) Erfassung des Täters zur Verfügung“. „In der Regel“ werde sie „erst dann relevant, wenn die normativen Kriterien der Straftat und der Strafbarkeit (...) durch das Gericht abgeklärt sind, also erst bei der Entscheidung über die Rechtsfolgen“.

Das dürfte auch heute noch dem Stand der Debatte entsprechen. Zwar lässt *Göppinger* mit seinen Formulierungen noch etwas Raum für die Annahme einer darüber hinaus reichenden Relevanz empirisch-kriminologischer Erkenntnisse, führt dies aber nicht weiter aus. Hier stellt sich nun die Frage, ob möglicherweise nicht doch auch die Entscheidung über die materielle Strafbarkeit eines Verhaltens im Einzelfall (über die bereits erwähnte Schuldfähigkeitsbeurteilung gem. § 20 StGB hinaus) von solchen Erkenntnissen abhängen könnte und wenn ja, welche Fälle dafür in Betracht kommen. Man hätte es dann mit auf kriminologischem Wissen beruhender empiriebasierter Entscheidungshilfe bei der Konkretisierung und Ausfüllung dogmatischer Kategorien zu tun, etwas verkürzt ausgedrückt: mit „empiriebasierter Strafrechtsdogmatik“. Das soll abschließend noch etwas genauer beleuchtet werden.

III. Empiriebasierte Strafrechtsdogmatik als neuer Brückenpfeiler?

1. Sozialadäquanz

Ein denkbares Anwendungsbeispiel ist der (allerdings lebhaft umstrittene) Begriff der „Sozialadäquanz“. Nach der ursprünglich von *Welzel* begründeten Lehre³⁴ ist ein Verhalten nicht strafbar, wenn es zwar scheinbar unter den Wortlaut des Tatbestandes subsumiert werden kann, aber einer gesellschaftlichen Übung und zugleich Billigung entspricht.³⁵ In straftheoretischen Kategorien gesprochen handelt es sich um Fälle, die weder spezial- noch generalpräventive Bedürfnisse auslösen.³⁶ Und genau dies ist eine Frage, die sich mit den Mitteln der empirischen Sozialforschung prinzipiell beantworten lässt. Völlig offen ist dagegen, ob jemand, der sich im oben beschriebenen Sinne

³³ *Göppinger* 1986, 23 (Hervorhebungen im Original).

³⁴ *Welzel* ZStW 58 (1939), 514 ff.

³⁵ Vgl. auch BGHSt 23, 226, 228.

³⁶ S. *Kaspar* JuS 2004, 409, 413.

sozialadäquat verhält, zugleich „Schuld“ auf sich lädt, die dann entsprechend durch Strafe auszugleichen wäre – Wie immer man sich dann entschiede, die Antwort hätte den Charakter einer reinen Behauptung, was erneut die Aporien deutlich macht, in die man sich bei Anerkennung des Strafzwecks des Schuldausgleichs verstrickt.

Das klassische, besonders einleuchtende Beispiel für sozialadäquates und damit tatbestandsloses Verhalten³⁷ ist der vor allem in Süddeutschland praktizierte Maibaumdiebstahl³⁸. Bei diesem versuchen überwiegend Jugendliche und junge Erwachsene aus benachbarten Gemeinden, sich gegenseitig den „Maibaum“ zu stehlen, der in vielen Dörfern traditionell am 1. Mai aufgestellt wird. Es handelt sich dabei um eine Art sportlichen Wettkampf und zugleich um ein allseits anerkanntes lokales Brauchtum, das bestimmten informellen Regeln folgt. Ein Strafbedürfnis wird hier von niemandem bejaht werden, umgekehrt wird sich durch die Straflosigkeit eines solchen „Diebstahls“ niemand motiviert fühlen, anders gelagerte Diebstahlstaten zu begehen. Empirische Untersuchungen, die soweit ersichtlich in diesem Bereich noch nicht durchgeführt worden sind, würden diese Annahmen mit großer Sicherheit klar bestätigen.

Auch im Bereich der Korruptionsdelikte wird mit dem Begriff der Sozialadäquanz gearbeitet, vornehmlich, um solche Vorgänge aus dem Tatbestand auszuschneiden, bei denen einem Amtsträger zwar ein „Vorteil“ im Zusammenhang mit der Dienstausbübung gewährt wird, aufgrund der Gesamtumstände aber kein vernünftiger Beobachter zu dem Schluss kommen würde, dass hier eine Beeinflussung der Dienstausbübung im Raum steht.³⁹ Das bezieht sich insbesondere auf bagatellhafte Vorgänge wie die sprichwörtliche Tasse Kaffee, die entsprechend allgemeinen Regeln der Höflichkeit angeboten bzw. angenommen wird. Gleiches galt für das Weihnachtspräsent als „Dankeschön“ für den Briefträger in den Zeiten, als dieser noch Amtsträger war⁴⁰ – zumal hier eine für den Schenker günstige Beeinflussung der Dienstausbübung kaum vorstellbar ist. Vorgänge wie diese würden mit großer Sicherheit bei der Mehrheit der Bevölkerung, wenn man sie fragen würde, keinerlei Bedenken auslösen. Für die Ausfüllung des durchaus schillernden und nicht eindeutig bestimmten Begriffes der „Sozialadäquanz“ sollte daher nach hier vertretener Ansicht auch auf vorhandene empirische Erkenntnisse zurückgegriffen werden. Das bietet sich bei den eben erwähnten Korruptionsdelikten in besonderer Weise an, da es hier nach herrschender Ansicht (auch) um das geschützte Rechtsgut des Vertrauens der Bevölkerung in die Lauterkeit der Amtsführung gehen soll.⁴¹ Welche Vorgänge dieses Vertrauen aber nun tatsächlich tangieren und welche nicht – das ist eine empirische Frage, der man sich dann auch auf genau diesem Wege nähern sollte. Bloße Behauptungen zur Begründung einer Strafbarkeit sind demgegenüber unbefriedigend, zumal damit gravierende Grundrechtseingriffe verbunden sind. Auch bei der sehr kontrovers diskutierten Frage, ob der Kassenarzt ein „Amtsträger“ im Sinne eines „verlängerten Armes des Staates“ ist und daher in den Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB fällt⁴², hätte man sich zumindest ergänzend dieser Methode bedienen können. Zwar wäre eine entsprechende Fragestellung angesichts der Komplexität der Materie vermutlich nur schwer formulierbar gewesen. Immerhin: Hätte sich ergeben, dass die Bevölkerung überwiegend gar nicht auf die Idee kommt, den Kassenarzt in die staatliche Sphäre einzuordnen, sondern ihn deutlich als

³⁷ Vereinzelt wird die Sozialadäquanz, sofern sie nicht ganz abgelehnt wird, als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund qualifiziert, s. dazu die Nachweise bei *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. (2006), § 10 Rn. 34.

³⁸ S. dazu *Dickert* JuS 1994, 631.

³⁹ Zu Restriktionsversuchen im Bereich der §§ 331 ff. s. nur *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 393 ff.

⁴⁰ Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT, § 10 Rn. 34.

⁴¹ Vgl. nur *Fischer*, StGB; 60. Aufl. (2013), § 331 Rn. 2.

⁴² *Fischer*, StGB, § 11 Rn. 22a m. w. N.

selbständig Tätigen wahrnimmt, wäre dies ein gewichtiges zusätzliches Argument für die Entscheidung des Großen Senates des BGH gewesen, wonach die §§ 331 ff. StGB hier nicht einschlägig sind.⁴³

Ein weiteres Beispiel für tatbestandsloses „sozialadäquates Verhalten“ eröffnet sich im Bereich der Beleidigungsdelikte. Wann eine strafwürdige Kundgabe der Missachtung vorliegt, bestimmt sich auch anhand des im jeweiligen gesellschaftlichen Bereich Üblichen.⁴⁴ Was sonst als echtes Schimpfwort gilt, mag in bestimmten Kreisen bzw. Altersgruppen ein normales, akzeptiertes und auch nicht als Kränkung empfundenes Ausdrucksmittel sein. Auch dazu ließen sich empirische Erhebungen zur Untermauerung dieses Ergebnisses denken.

2. Die Reichweite der Notwehr, § 32 StGB

Auch im Bereich der Rechtfertigungsgründe findet sich ein Beispiel für die Relevanz empirischer Erkenntnisse, das sogar der Ausgangspunkt der hier skizzierten Überlegungen war. Es handelt sich um die Notwehr gem. § 32 StGB, die Gegenstand der von *Amelung* betreuten Dissertation von *Ines Kilian*⁴⁵ war. Die *Verfasserin* untersucht dort in einer breit angelegten Studie, welche Überzeugungen die Bevölkerung im Hinblick auf die Reichweite legitimer Notwehr hat. Dabei zeigt sich, dass die sogenannten „sozialethischen Einschränkungen“ der Notwehr überwiegend auf Zustimmung stoßen, dass aber die sprichwörtliche Schneidigkeit des deutschen Notwehrrechts, das auch eine Tötung des flüchtenden Diebes zur Verteidigung des Eigentums erlaubt, überwiegend nicht bekannt ist, jedenfalls in entsprechenden Fällen eine tödliche Gegenwehr nicht als rechtmäßig bezeichnet wird⁴⁶. Ist das relevant? Oder bleibt es nicht einfach dabei, dass rein normativ über die „Gebotenheit“ der Notwehr zu entscheiden ist und dass diese Frage daher völlig unabhängig von entsprechenden Überzeugungen der Bevölkerung ist?

Auf den ersten Blick scheint das der Fall zu sein, es handelt sich um eine Rechtsfrage, und dabei gilt der alte Satz „iura novit curia“. Aber aus welchen Quellen schöpft der Richter beim Vorgang der Rechtsfindung in einem Bereich, der einen solch großen Wertungsspielraum lässt? Sollte die Überzeugung einer aufgeklärten Öffentlichkeit dabei nicht doch eine Rolle spielen? Endgültig ins Grübeln gerät man, wenn man in der Begründung des Entwurfs zur Reform des Allgemeinen Teils von 1962 liest, dass es bei den sozialethischen Einschränkungen um Fälle gehe, in denen die Ausübung der Notwehr „von der Rechtsüberzeugung der Allgemeinheit missbilligt“⁴⁷ würde. Wenn man aber in dieser Weise einen Bezug zwischen der Reichweite der Notwehr und den Überzeugungen der Bevölkerung herstellt, muss man sich beim Wort nehmen lassen: Sprechen eindeutige und methodisch korrekt erzielte empirische Erkenntnisse⁴⁸ dafür, dass Notwehr im Falle der Tötung des Angreifers zur Verteidigung von Sachwerten gegen die Überzeugung eines großen Teils der Bevölkerung verstößt, ist das einer von mehreren Anlässen⁴⁹, über eine restriktivere Auslegung der „Gebotenheit“ (sowie de lege ferenda über eine entsprechende gesetzliche Klarstellung) in den Fällen unverhältnismäßiger Gegenwehr nachzudenken. In seinem Vorwort moniert *Amelung*, dass die Kriminologie entsprechende empirische Erkenntnisse in Bezug auf die Kategorien des Allgemeinen Teils des StGB bislang nicht bereitgestellt

⁴³ S. BGHGrS NJW 2012, 2530.

⁴⁴ *Fischer*, StGB, § 185 Rn. 8.

⁴⁵ *Kilian*, Die Dresdener Notwehrstudie, 2011 sowie dazu *Kaspar*, Neue Kriminalpolitik 2012, 162. Zu ersten Ergebnissen s. bereits *Amelung/Kilian*, Zur Akzeptanz des deutschen Notwehrrechts, in: *Amelung* (Hrsg.), Festschrift für Schreiber, 2003, 3 ff.

⁴⁶ *Kilian* 2011, 39 ff.

⁴⁷ BT-Drucks. IV/650, 157.

⁴⁸ Zur Frage der methodischen Standards s. unten IV.

⁴⁹ Hinzu kommen verfassungsrechtliche Erwägungen, für die hier kein Raum ist. S. dazu nur *Bülte* GA 2011, 147 ff. sowie *Kaspar* Rechtswissenschaft 2013, 40 ff.

habe⁵⁰. Das ist richtig, liegt allerdings, wie man fairerweise dazu sagen muss, auch daran, dass eine entsprechende Nachfrage – ganz dem bislang vorherrschenden Trennungsdenken entsprechend – bislang nicht ernsthaft auszumachen war. Und was bringt es, Antworten zu liefern auf Fragen, die keiner stellt? Insofern versteht sich der hiesige Beitrag auch als Versuch, die Debatte weiter voranzubringen und entsprechende Forschungsprojekte anzuregen.

3. Sittenwidrigkeit, § 228 StGB

Schließlich sei noch auf die Sittenwidrigkeitsklausel in § 228 StGB hingewiesen, die ebenfalls unter Zuhilfenahme empirischer Erkenntnisse ausgefüllt werden könnte. Die Norm regelt die Unzulässigkeit einer Einwilligung in eine Körperverletzung, wenn die Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Das führt zu der Anomalie, dass sich der Täter strafbar macht, obwohl der betroffene Rechtsgutsträger mit dem Handeln voll einverstanden war, ein Schutz durch das Strafrecht also an sich entbehrlich erscheint. Dem Wortlaut von § 228 StGB gemäß geht es hier um eine moralisch-sittliche Bewertung, so dass bei einer empirischen Herangehensweise der Vorwurf des oben erwähnten „naturalistischen Fehlschlusses“ besonders naheliegt. Andererseits soll es hier nach der geläufigen Definition ja um Verstöße gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gehen“⁵¹ – und das wiederum eröffnet doch die Perspektive, nach genau diesem Gefühl zu fragen. Natürlich bliebe die Schwierigkeit, dass laut Definition an sich nur alle „billig und gerecht Denkenden“ in die Betrachtung einbezogen werden sollen. Allzu ernst nehmen darf man diese antiquierte Terminologie allerdings nicht. Denn als Hinweis auf die allein entscheidungsrelevante Ansicht einer gebildeten Elite wäre das in einer Demokratie ohnehin fragwürdig. Dass es diesbezüglich nie zu Problemen kam, liegt ganz einfach daran, dass hier soweit ersichtlich niemals ernsthaft der empirische Blickwinkel eingenommen wurde. Zwar gibt der 3. Senat des Bundesgerichtshofs in einer neueren Entscheidung zu verstehen, dass die Feststellung von Sittenwidrigkeit ein „Akt empirischer Feststellung bestehender Moralüberzeugungen sei“⁵² – eine tatsächliche Feststellung wird in der konkreten Entscheidung dann letztlich aber nicht eingefordert. Die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Einwilligung (und damit die Entscheidung über die Straflosigkeit oder Strafbarkeit!) wurde und wird also letztlich doch allein und ohne Weiteres der Wertung der Gerichte überlassen. Das hat zu dem nicht unberechtigten Vorwurf geführt, dass hier letztlich das Anstandsgefühl des jeweils zuständigen Richters den Ausschlag gebe. Und im Vergleich dazu erschiene ein Blick auf empirisch festgestellte Ansichten der Bevölkerung im Sinne einer Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage als Fortschritt. Zumindest in den Fällen, in denen die Bevölkerung das Geschehen nicht klar und unzweifelhaft als anstößig bewertet, liegt eine auf § 228 StGB gestützte Strafbarkeit fern. Auf einem anderen Blatt steht, dass die Vorschrift in ihrer jetzigen Form aufgrund ihrer notorischen Unbestimmtheit⁵³ sowie der Tatsache, dass hier in anachronistischer Weise letztlich die vermeintliche „Unmoral“ eines Vorgangs als Grund für die Strafbarkeit herangezogen wird⁵⁴, dringend reformbedürftig ist und auf Fälle schwerwiegender und lebensbedrohlicher Verletzungen (dem Grundgedanken von § 216 folgend⁵⁵) beschränkt werden sollte.

IV. Ausblick

Die Beispiele ließen sich vermehren, wozu hier der Platz fehlt. Es sollte aber klar geworden sein, worum es gehen könnte. Die Auslegung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe (zu nennen wäre z. B. noch die

⁵⁰ *Amelung* in Kilian 2011, 7.

⁵¹ Vgl. nur BGHSt 4, 24, 32.

⁵² BGHSt 49, 34, 41. Krit. *Fischer*, StGB, § 228 Rn. 11. Anders auch der 2. Senat in BGH 49, 166 ff., der den rein normativen Charakter dieser Entscheidung betont.

⁵³ *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 1997, 177 ff. hält § 228 StGB aus diesem Grund für verfassungswidrig.

⁵⁴ Zu diesem Kritikpunkt s. *Roxin*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 38.

⁵⁵ S. *Roxin*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 41 ff.

Verwerflichkeitsklausel in § 240 II StGB) würde in Zukunft stärker unter Einbezug empirischer Erkenntnisse erfolgen. Natürlich stehen diese Überlegungen noch am Anfang, und einige Fragen sind noch offen.

Zunächst wäre zu klären, wer die Deutungshoheit über (evtl. auch divergierende) Ergebnisse aus empirischen Studien hat. Diese liegt natürlich weiterhin beim demokratisch legitimierten Gesetzgeber bzw. bei den gem. Art. 92 GG für die Rechtsprechung zuständigen Gerichten. Die Einordnung und Gewichtung empirischer Erkenntnisse kann vom Forscher nur empfohlen und vorbereitet werden, ggf. auch im Wege eigens in Auftrag gegebener Gutachten. Letzteres ist schon aus ökonomischen Gründen nicht in der Masse der Gerichtsverfahren möglich. Allgemeine Forschungsergebnisse zu den verschiedenen Bereichen könnten und sollten aber in die Kommentarliteratur einfließen, um auf diese Weise für die entscheidenden Instanzen der Strafjustiz besser zugänglich zu werden.

Natürlich müssen entsprechende Studien den fachlichen Standards genügen; die Auseinandersetzung hierüber kann und muss auch in Zukunft in erster Linie dem Kampf der Meinungen innerhalb der Wissenschaft überlassen werden. Nötig wäre jedoch in Zukunft eine bessere Ausbildung von Juristen in den Methoden der empirischen Sozialforschung, damit die Belastbarkeit entsprechender Forschungsergebnisse besser aus eigener Anschauung beurteilt werden kann – dazu hat Michael Walter wie eingangs erwähnt bereits einen wichtigen Beitrag geleistet.

Schließlich ist noch zu erwähnen, dass es hier vor allem um eine auf empirische Erkenntnisse gestützte Auslotung von Spielräumen zur Entkriminalisierung geht; das mögen die Beispiele oben deutlich gemacht haben. Das liegt daran, dass – ganz entgegen dem kriminalpolitischen Trend – die Strafflosigkeit eines Verhaltens nach hier vertretener Ansicht deutlich leichter zu legitimieren ist als die Strafbarkeit. Letztere ist ein gravierender Grundrechtseingriff, der entsprechende Begründungs- und Argumentationslasten auslöst, die mit dem bloßen Hinweis auf ein (womöglich empirisch sogar festgestelltes) „Strafbedürfnis“ der Bevölkerung nicht abgearbeitet sind. Strafflosigkeit dagegen ist allenfalls und eher ausnahmsweise unter dem Aspekt der grundrechtlichen Schutzpflichten ein verfassungsrechtliches Problem, erweitert im Übrigen aber grundrechtliche Freiheitsphären jedenfalls im Hinblick auf Art. 2 I GG. Hier besteht also eine Art Asymmetrie der grundrechtlichen Beeinträchtigungslage, die richtigerweise auch zur Geltung des Grundsatzes „in dubio pro libertate“ führt. Unter diesem Blickwinkel müsste sich der Staat (ein entsprechendes selbstkritisches Problembewusstsein vorausgesetzt) an sich fortlaufend die Frage stellen, ob sich die Strafbarkeit bestimmter Verhaltensweise nach wie vor legitimieren lässt, oder ob sich nicht gute Gründe für sinnvolle Einschränkungen finden lassen. Die Rolle der Kriminologie wäre nun, die Suche nach solchen guten Gründen mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln zu unterstützen. Und ich hoffe, dass diese Aufgabenbeschreibung auch das Gefallen des Jubilars findet, der sich stets für die Suche nach sinnvollen Alternativen zum staatlichen Strafen stark gemacht hat⁵⁶.

⁵⁶ S. nur *Walter*, Über Alternativen zum Strafrecht, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, 553.