

DAS FRAGWÜRDIGE DER STRAFRECHTSREFORM (II)

3. Streichung der Strafbarkeit einfacher Homosexualität

Im wesentlichen gelten diese Bedenken auch bei der Modifizierung der Strafbarkeit homosexuellen Verhaltens: Der E 62 lautete in diesem Punkt noch:

§ 216: „(1) Mit Gefängnis bis zu drei Jahren wird bestraft

1. ein Mann, der mit einem anderen Mann eine beischlafähnliche Handlung vornimmt,
2. ein Mann über einundzwanzig Jahre, der mit einem Mann unter einundzwanzig Jahren Unzucht treibt oder der absichtlich vor einem solchen Mann Unzucht an sich selbst oder mit einem anderen Mann treibt, oder
3. ein Mann über achtzehn Jahre, der einem Mann unter einundzwanzig Jahren dazu bestimmt, daß er mit ihm oder einem anderen Mann oder von ihm an sich selbst Unzucht treibt.“

Der jetzt verabschiedete § 175 StGB lautet nur noch:

§ 175: „(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren wird bestraft

1. ein Mann über achtzehn Jahre, der mit einem anderen Mann unter einundzwanzig Jahren Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt . . .“

Die weiteren Absätze des § 175 StGB sind in diesem Zusammenhang entbehrlich, da sie im wesentlichen die Gedanken des früheren § 175a StGB enthalten, also Fälle schwerer Unzucht unter Mißbrauch des Abhängigkeitsverhältnisses usw.

Die Begründung des E 62

Die Prüfungspflicht des Gesetzgebers, wie sie oben erläutert worden ist — als doppelte Fragestellung, erstens nach der „Sozialschädlichkeit“ und zweitens nach den mittelbar durch eine etwaige Pönalisierung oder Aufhebung der Strafbarkeit hervorgerufenen Nebenfolgen — ist ihrem Gehalt nach auch hier die gleiche. Gerade unter diesem Gesichtswinkel ist es interessant, die Begründung des § 216 des E 62 heranzuziehen, um daran zu messen, mit welchen Argumenten die Strafbarkeit modifiziert wurde.

Die Begründung des § 216 unterscheidet zwischen Tätern, die aus angeborener Triebhaftigkeit handeln und denen, die „durch Verführung, Gewöhnung oder geschlechtliche Übersättigung dem Laster verfallen“. Obwohl zugegeben wird, daß in den ersteren Fällen die Bestrafung eine „Härte ist“, wird dadurch nach Ansicht der Verfasser „nur ein Strafzweck betroffen“; sie fahren daher fort: „Für die Frage, ob Strafe zur Bewahrung der Rechtsordnung erforderlich ist oder zur Abschreckung Dritter, die erst in Gefahr sind, sich gleichgeschlechtlicher Betätigung zuzuwenden, ist dieser Gesichtspunkt ohne Belang.“ Bedeutsam ist sodann die Feststellung: „Der Standpunkt, daß eine Strafdrohung nur da berechtigt sei, wo der Schutz eines bestimmten Rechtsguts in Frage stehe, ist weder in der strafrechtlichen Dogmatik allgemein anerkannt, noch ist er bisher für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts ausschließlich Richtschnur gewesen. Zwar dienen die strafrechtlichen Normen weitaus überwiegend dem Rechtsgüterschutz; das schließt aber

nicht aus, bestimmte Fälle ethisch besonders verwerflichen und nach der allgemeinen Überzeugung schändlichen Verhaltens auch dann mit Strafe zu bedrohen, wenn durch die einzelne Tat kein unmittelbar bestimmbares Rechtsgut verletzt wird. Das muß vor allem gelten, wenn solches Verhalten seiner Natur nach die Tendenz in sich trägt, auf Dritte überzugreifen und damit die Anfälligkeit dafür im Volke auszubreiten.“ Die Nachteile, die eine Aufhebung des Verbots mit sich bringen würden, werden wie folgt charakterisiert: „Die werbende Tätigkeit homosexueller Gruppen im öffentlichen Leben würde wesentlich erleichtert.“ Das würde nach Ansicht der Verfasser dazu führen, daß die homosexuell Veranlagten alle Möglichkeiten ausschöpfen würden, „sich für die gesellschaftliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Handlungen einzusetzen“. Und: „Dieses aller Voraussicht nach zu erwartende stärkere Hervortreten homosexueller Werbung und Betätigung in der Öffentlichkeit würde vor allem jüngere Menschen in den Bann dieser Bewegung ziehen.“ Ein weiterer Nachteil ist auch, daß homosexuelle Gruppen nach und nach „eine Form der Zersetzung“ des öffentlichen Dienstes und anderer öffentlicher Einrichtungen“ bewirken würden, indem sie versuchen, „durch gegenseitige Hilfsversprechen in öffentliche Einrichtungen einzudringen und sie durch planmäßiges Nachziehen gleichgeschlechtlich veranlagter Mitarbeiter zu beherrschen“. Schließlich: „Ausgeprägter als in anderen Bereichen hat die Rechtsordnung gegenüber der männlichen Homosexualität die Aufgabe, durch die sittenbildende Kraft des Strafgesetzes einen Damm gegen die Ausbreitung eines lasterhaften Treibens zu errichten, das, wenn es um sich griffe, eine schwere Gefahr für eine gesunde und natürliche Lebensordnung im Volke bedeuten würde⁴².“

Ein Gesetzgeber jedoch, der die Strafbarkeit der Homosexualität teils so phrasenhaft begründet, hat kaum verdient, daß diese Vorschrift Gesetz wird. Im Vollbewußtsein der sittlichen Kraft des Rechts verzichtet die Begründung auf klare, wissenschaftlich erhärtete Aussagen — und wurde so zum Gespött der Fachwelt⁴³. Psychologisch verständlich, schlug das Pendel bei den Abschlußberatungen der Strafrechtsreform heftig zur Gegenseite aus, um jetzt im Gewand einer Pseudowissenschaftlichkeit die Strafbarkeit gleichgeschlechtlicher Sexualität aufzuheben. Treffend formulierte *Lackner*: „... der Gedanke einer Abschaffung des allgemeinen Verbots gleichgeschlechtlicher Betätigung zwischen Männern stieß auf Empörung in einem Auditorium von Juristen verschiedenster Sparten“ — das war noch 1959, während „heute, soweit ich sehe, für diesen Tatbestand kaum noch jemand auf Barrikaden“ geht⁴⁴.

Homosexualität und Schuldstrafrecht

Indes, was ist aus dem — in der Begründung sicherlich weitgehend verfehlten — § 216 des E 62 geworden? Es ist vom hier eingenommenen Standpunkt aus, nur „sozialschädliches“ Verhalten sei strafbar, ohne Zweifel richtig, die Strafbarkeit homosexueller Betätigung auf die Fälle zu beschränken, in denen der Schutz Jugendlicher in Frage steht und in denen der Bereich des rein Privaten verlassen wird.

⁴² Hierzu Anhang in: *Sexualität und Verbrechen*, S. 404 ff.

⁴³ Vgl. Wiethölter, aaO., S. 123; Ackermann, *Strafwürdigkeit des homosexuellen Verhaltens*, in: *Sexualität und Verbrechen*, S. 149 ff, insbesondere S. 159; Mergen, *Homosexualität*, in: *Die deutsche Strafrechtsreform*, S. 145; Giese, *Homosexualität oder Politik mit dem § 175*, passim, Hamburg/Reinbeck 1967; Brocher u. a., *Plädoyer für die Abschaffung des § 175*, passim, Frankfurt/Main 1966.

⁴⁴ Zitiert bei Güde, in: *Das Parlament*, S. 3.

Insoweit erfolgt die Berufung von *Mergen* und *Bauer* auf den amerikanischen Gesetzentwurf des *Model Penal Code*^{45, 46} durchaus zu Recht. Aber ist das durch den neuen § 175 StGB gewährleistet?

Die Begründung, die der CDU-Abgeordnete *Güde* für diese Vorschrift gegeben hat, ist wenig eindrucksvoll. Es ist richtig, daß die Verankerung des Schuldstrafrechts, wie sie in der Strafrechtsreform aner kennenswerterweise durchgeführt ist⁴⁷, nicht fugenlos durchgehalten werden kann, wenn die Verurteilung von Homosexuellen erforderlich wird, die einen angeborenen Hang zu gleichgeschlechtlicher Betätigung haben⁴⁸. Sie sind einfach nicht in dem Sinn „frei“, den das Strafrecht als Mindestmaß verlangt⁴⁹, um einen Schuldspruch fällen zu können. Dieses Argument wird man anerkennen müssen, es sei denn, man sieht einen Ausweg darin, wie *Mergen* vorgeschlagen hat⁵⁰, auf die Schuld voraussetzung ganz zu verzichten, um ein Maßregelrecht im Sinn der „*défense sociale*“ anzunehmen.

Entscheidend aber fragt es sich, wie groß die Tätergruppe der angeborenen Homosexuellen ist und die, die nur einer homosexuellen Reaktion erliegen⁵¹. Das zu ermitteln und danach zu differenzieren ist wichtig, behält doch das Strafrecht mit seinem Anspruch, Strafe auch aus Abschreckungsgründen verhängen zu dürfen, für die letzte Tätergruppe im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit seine Berechtigung. Sehr bedenklich ist es daher, wenn die Broschüre des Bundesjustizministeriums meint: „Ein Strafrecht, das Menschen nur mit Rücksicht auf abnorme geschlechtliche Anlagen zu Straftätern abstempelt, würde Heuchelei, Schnüffelei und Erpressungsversuche begünstigen⁵².“ Denn diese Ansicht verwischt die wissenschaftlich unbestreitbare Tatsache, daß es eben auch Homosexuelle gibt, die erst im Laufe der Zeit, durch bestimmte Milieueinflüsse bedingt, diese Anlage erworben haben. Es ist das Verdienst von *Neupert*, dies jetzt noch einmal klar aufgezeigt zu haben⁵³. Das von ihm vorgelegte Zahlenmaterial geht dahin, daß 96 v. H. aller Homosexuellen durch „soziologische Gründe, insbesondere Verführung, und die Neigung zu egozentrischem, ausschweifendem Lebenswandel“ bedingt sind, nur die restlichen 4 v. H. sind als Süchtige zu betrachten, die „von früher Kindheit“ an gleichgeschlechtliche Anlagen zeigten.

Damit aber und durch die rechtsvergleichenden Ausführungen von *Jescheck*^{53a} ist der Ausgangspunkt der Reformer, der zur Aufhebung des § 175 StGB a. F. geführt hat,

⁴⁵ Mergen, aaO.

⁴⁶ Dies Zitat findet sich auch bei Bauer, Sexualstrafrecht heute, in: Sexualität und Verbrechen, S. 12 f.

⁴⁷ Hierzu statt vieler: Baumann, Streitschrift I. Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens, S. 135 ff.

⁴⁸ Güde, in: Das Parlament, S. 3.

⁴⁹ Hierzu Ehrhardt, Das Problem der Schuldfähigkeit in der Justiz, in: Rheinischer Merkur vom 6. Dezember 1968, S. 4 f.

⁵⁰ So Mergen, Die Antwort der Gesellschaft auf das Verbrechen — Strafe oder Maßnahme, in: Die deutsche Strafrechtsreform, S. 40 ff.

⁵¹ Vgl. Mergen, aaO., S. 137 f.

Mergen, S. 134, unterscheidet zwischen einer „echten Homosexualität, einer homosexuellen Reaktion, einer neurologischen Erkrankung und dergleichen“. Von den Menschen mit homosexueller Reaktion meint er: „Homosexuelle Reaktionen sind Entgleisungen, die wegen fehlender gleichgerichteter innerer Beteiligung nicht als Ausfluß eines bestehenden homosexuellen Habitus angesehen werden können. Diese Menschen fühlen sich auch nicht als Homosexuelle.“

⁵² Ebd. S. 16.

⁵³ Neupert, Skandalöse Sabotage des Jugendschutzes, in: Deutsche Tagespost vom 6. Mai 1969, S. 5.

^{53a} Jescheck, in: Homosexualität oder Politik mit dem § 175, S. 86 ff.

zumindest in Zweifel gezogen. Letztlich erweisen sich hier jedoch die Schwierigkeiten, daß, wie *Lackner* ausführt: „... die Erkenntnisse der empirischen Wissenschaft gerade auf diesem Gebiet lückenhaft und überdies höchst kontrovers“⁵⁴ sind. Auch in den einschlägigen Beiträgen finden sich keine aussagekräftigen Übersichten⁵⁵. Ohne auf klare wissenschaftliche Aussagen zu warten, hat der Gesetzgeber jedoch bewußt — von den Nebenfolgen einer etwaigen Inkriminierung, dem Geschrei und Gespött gewisser Kreise in Wissenschaft und Presse^{55a} geschreckt — eine sehr bedenkliche politische Entscheidung — und damit nicht unbedingt eine gerechte Entscheidung — getroffen, als er den früheren § 175 StGB dem Rotstift opferte. Der Abgeordnete *Güde* unterstrich dies selbst weitgehend: „Meine Freunde und ich waren damit einverstanden, diese Streichung — es handelt sich um Ehebruch, um § 175 und um Sodomie — jetzt schon vorzunehmen, um die Fortsetzung der Reform nicht noch einmal mit dem Streit um diese Tatbestände zu belasten, nachdem das Ergebnis der künftigen Entscheidung für uns sicher vorauszusehen war“⁵⁶. Das ist freilich entlarvend. Es widerspricht zudem den Ausführungen, die *Güde* selbst kurz vorher zur Rolle des Rechts getan hat: „Sie (die CDU/CSU) stimmt mit Professor *Lackner* überein — das ist der zweite Punkt —: Das Recht hat nicht die Aufgabe, Vorbereiter und Wegbereiter einer sexuellen Revolution zu sein. Man kann, wenn gesellschaftliche Vorgänge endgültig abgeschlossen sind, vielleicht mit dem Recht nachrücken. Was aber zur Zeit mit einigem Lärm immer wieder und immer mehr verlangt wird, ist in der Tat, daß das Recht die Vorschüsse zu dieser sexuellen Revolution leistet. Das kommt dem Recht — erst recht unserem Recht — nicht zu“⁵⁷. Es muß jedoch in aller Klarheit gesagt werden, die Streichung des § 175 StGB a. F. ist ohne ausreichende und voll überzeugende wissenschaftliche Erhebungen erfolgt. Sie ist daher in erster Linie ein Opfer an den Zeitgeist, der bei *Müller-Emmert*⁵⁸ merkwürdig einmütig widergespiegelt wird. Somit ist diese gesetzgeberische Entscheidung unter Verletzung der vorgegebenen Prüfungspflichten des Gesetzgebers erfolgt, weil die Nebenfolgen einer Aufhebung dieser Schutzvorschrift noch nicht hinreichend — z. B. auch durch umfangreiche Untersuchungen anderer Länder gerade im Hinblick auf eine Gefährdung der Jugend — in Rechnung gestellt worden sind. Gleichzeitig wird wiederum sichtbar, wie wenig „sittenprägende“ Kraft

⁵⁴ *Lackner*, aaO.

⁵⁵ *Mergen*, aaO., referiert nur beiläufig die Ergebnisse des Kinsey-Reports, S. 133 f. Auf S. 143 beruft er sich auf eine Teiluntersuchung von Goldenberg für das Elsaß in den Jahren 1870 bis 1918 und 1918 bis 1940, um festzustellen, daß danach keine Zunahme der Homosexualität zu ermitteln war, gleichgültig, ob ein Strafgesetz in Kraft war oder nicht. Das ist jedoch kaum sehr überzeugend, weil sich erstens die Zeitumstände gewandelt haben und zweitens solche Ermittlungen nicht ohne weiteres allgemeine Geltung beanspruchen können.

Bauer, aaO., beschränkt sich nur auf eine oberflächliche Darstellung der Strafbarkeit der einfachen Homosexualität, nach den verschiedenen Ländern geordnet.

Unergiebig insoweit *Bacia*, Reform des Sexualstrafrechts, in: Kritik der Strafrechtsreform, S. 95 ff. Auch die bereits erwähnte Stellungnahme des Kommissariats der deutschen Bischöfe vom 21. Februar 1969 enthält keine Angaben oder Hinweise. Sie umgeht das hier angeschnittene Problem, ohne sich der Tragweite der Entscheidung bewußt zu werden.

^{55a} Vgl. *Giese*, aaO., und *Brocher*, aaO., Fußnote 43.

⁵⁶ *Güde*, aaO.

⁵⁷ aaO.

⁵⁸ *Müller-Emmert*, Haben es die Verbrecher leichter? in: Die Zeit, vom 2. Mai 1969, S. 44.

der Gesetzgeber dem Strafrecht — zumindest in diesem Punkt — noch zuerkennt. Das zu sehen ist bedauerlich, vor allem deswegen, weil es so stillschweigend, gleichsam so selbstverständlich geschah.

Was bleibt zu tun?

Es ist daher dringend, die künftige Entwicklung der Homosexualität in Deutschland genau zu überwachen. Damit wird man indes nicht auskommen, weil sich möglicherweise schon in anderen Ländern, die dem jetzigen Schritt der Bundesrepublik vorausgegangen sind, frühzeitiger nachteilige Nebenfolgen, wie Zunahme des Strichjungenwesens und Belästigung der Jugend durch Homosexuelle⁵⁹, zeigen werden, die dementsprechend auch in Deutschland dann zu erwarten wären. Es kann sich daher bitter rächen, daß der Bundestag nicht gleichzeitig mit der Aufhebung dieses Verbots einen angemessenen und ausreichenden Schutz für die Jugendlichen vorgesehen hat. Es ist schwerlich zu erkennen, wie der Bundesgesetzgeber dies verantworten kann, zumal dieses Problem durchaus erkannt worden war. So erklärte der Abgeordnete *Güde* ausdrücklich: „In der Fortsetzung der Strafrechtsreform wird sich die CDU/CSU auf diesem Gebiet ohne Vorurteil einer rationalen Diskussion stellen. Die CDU/CSU wird sich keiner Auseinandersetzung auf dieser Ebene wissenschaftlicher Prüfung und Diskussion entziehen. Sie wird freilich eine Prüfung und Auseinandersetzung unter zwei leitenden Gesichtspunkten wünschen und für sich selbst vornehmen.

Erstens. Der Schutz des Kindes und der Jugend vor geschlechtlichem Mißbrauch hat Vorrang vor anderen Erwägungen. Daran wird die CDU/CSU festhalten⁶⁰. Nur, die Frage sei erlaubt: Wann wird das geschehen? Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß es weitaus sachlicher und damit gerechter gewesen wäre, eine umfassende, an wissenschaftlichen Erkenntnissen ausgerichtete und von politischem Verantwortungsbewußtsein geprägte Gesamtregelung zu treffen, als — aus Konzession an den „Zeitgeist“ — die Dämme erst einmal zu öffnen. Ob die Flut sogleich einsetzen wird oder aber erst in absehbarer Zeit, ist noch nicht erwiesen. Es gibt partielle Untersuchungen, die das Gegenteil nahelegen⁶¹. Freilich sind sie nicht allgemein verbindlich. Allerdings mit *Neupert* zu meinen⁶², jede Lockerung einer Verbotsnorm würde automatisch eine Zunahme der Übertretungen nach sich ziehen, scheint verfehlt. Denn damit wäre von vornherein jeder Reform auf dem Gebiet des Strafrechts der Boden entzogen; Angst und übergroße Vorsicht wären der Ratgeber, nicht aber Vernunft und praktische Kriminologie.

Erweist sich jedoch nach einer gewissen Beobachtungszeit eine auffallende Zunahme homosexueller Werbung und Belästigung in der Öffentlichkeit, so wäre es immer noch möglich, diesem Übel mit Hilfe außerstrafrechtlicher Normen zu begegnen. Gerade für diese Fälle einer Störung der öffentlichen Ordnung bietet das Polizeirecht von jeher die Grundlage geeigneter Maßnahmen — vergleichbar der Einteilung von Sperrbezirken für das Dirnenwesen. Das hätte zudem den Vorteil, daß man sich nicht wieder auf die belastete Diskussion um die Frage von Kriminalität

⁵⁹ Jescheck, aaO., S. 94, stellt für Schweden fest, die „gleichgeschlechtliche Gewerbsunzucht hat eher zugenommen, die Straftaten gegen Jugendliche haben sich nicht vermindert“.

⁶⁰ Güde, aaO.

⁶¹ Bei Mergen, vgl. Fußnote 55.

⁶² Neupert, aaO.

und Schuldfähigkeit der Homosexuellen einzulassen brauchte. Selbst wenn man sie nur als krank und „eben anders“ ansehen würde, käme man mit polizeirechtlichen Maßnahmen voll und ganz aus.

Noch aus einem anderen Grund bestehen schließlich gegen den jetzigen § 175 StGB Bedenken. Es ist das Verdienst von *Ostermeyer*⁶³, auf eine seltsame Inkonsequenz dieser Vorschrift aufmerksam gemacht zu haben. Infolge der dort vorgesehenen Altersdifferenz zwischen dem aktiv Tätigen („ein Mann, der . . .“), der 18 Jahre alt, und dem nur passiv Tätigen, der „unter 21 Jahren“ sein muß, ergibt sich eine merkwürdige Lage: Zwei gleichaltrige Freunde dürfen bis zu ihrem 18. Lebensjahr gleichgeschlechtliche Unzucht treiben, ohne von dieser Strafnorm erfaßt zu werden. Dann müssen sie jedoch drei Jahre lang aussetzen, bis beide 21 Jahre alt geworden sind. Es ist in der Tat sehr fraglich, ob diese Differenzierung sachlich gerechtfertigt ist. Sie wäre möglicherweise sonst verfassungswidrig. Praktisch hätte sie allerdings einen sehr bedeutsamen Hintergrund: Es wäre so „auf kaltem Weg“ ein Bundeswehrparagraph geschaffen. Dagegen wäre freilich nichts einzuwenden. Nur, man hätte es ehrlicher Weise zugeben müssen, warum man es für richtig hielt, den früheren § 216 des E 62 in diesem Punkt zu verändern.

Zusammenfassend ist zu diesem Teil der Strafrechtsreform zu sagen: Die Streichung der Strafbarkeit des Ehebruchs (§ 172 StGB a. F.) und die Modifizierung der Strafbarkeit der Homosexualität (§ 175 StGB) begegnen erheblichen Bedenken. Es bestehen begründete Zweifel, ob der Gesetzgeber seiner vorgegebenen rechtsstaatlichen Prüfungspflicht in vollem Umfang nachgekommen ist. Er hat ohne ausreichende oder erschöpfende wissenschaftliche Untersuchungen Regelungen getroffen, die von der „sittenprägenden Kraft“ des Strafrechts absehen. Die Reform des Sittenstrafrechts liegt deutlich erkennbar im Zug der Zeit. Sie hat deswegen auffallend wenig Kritik gefunden⁶⁴, sondern ist selbst von der katholischen Kirche ohne Vorbehalt anerkannt worden⁶⁵. Das gibt zu denken. Gleichwohl muß festgehalten werden, daß beide Ergebnisse sich vielleicht als zutreffend erweisen können, nur überzeugt die Begründung — bislang jedenfalls — noch nicht, und der Akzent des Satzes liegt klar auf dem „Vielleicht“.

4. „Resozialisierung“ — ein zweischneidiges Schwert

Wurde die Reform am Schwanz aufgezäumt?

Vermutlich wird es sich als eine der entscheidenden Fehlleistungen des Gesetzgebers seit dem Ende des Weltkriegs erweisen, daß der verabschiedeten Reform des materiellen Strafrechts keine befriedigende Regelung der notwendigen Reformen des Vollzugsrechts vorausgegangen ist⁶⁶. Im Interesse der gebotenen Rechtssicherheit wäre es ein leichtes gewesen, zunächst die maßgeblichen Neuerungen des Vollzugsrechts, wie umfassende Verankerung der Erfordernisse einer „Resozialisierung“ des straffälligen Täters und Ausgestaltung der „sozialtherapeutischen Anstalten“, einzuführen und praktisch zu erproben, um dann an Hand der gewonnenen Erfahrungen und Daten das materielle Strafrecht entsprechend zu ändern. So schlecht und reformbedürftig waren die inzwischen reformierten Teile des Allgemeinen Teils unseres

⁶³ Ostermeyer, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1969, S. 154.

⁶⁴ So nur Neupert, aaO. ⁶⁵ Stellungnahme, aaO.

⁶⁶ Baumann, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, S. 20; so auch Würtenberger, Ein neues Strafsystem ist notwendig, in: Rheinischer Merkur vom 22. November 1968, S. 4.

Strafgesetzbuchs auch wieder nicht, daß man nicht noch vier, fünf oder auch mehr Jahre hätte warten können, um die weit dringlichere Reform des Vollzugsrechts vorzuziehen. Der praktische Strafvollzug ist in jedem Fall das entscheidende. Dort, nicht im materiellen Strafrecht, muß der Kriminelle „resozialisiert“ und wieder lebensstüchtig werden; dort beweist es sich, wie ernst es die Gesellschaft meint, wenn sie vom „menschenswürdigen Strafvollzug“ spricht und von der Pflicht, auch im gestrauchelten Verbrecher noch den „Bruder“, den Menschen, zu sehen. (Daß dies bisher in keiner Weise ausreichend ist, bedarf kaum der Erwähnung.) Die Reform des materiellen Strafrechts ist demgegenüber einfach, sie kostet wenig Geld und erfordert kaum mehr als dogmatische Lippenbekenntnisse, nicht aber Taten.

Ohne Frage, der Gedanke, den straffällig gewordenen Täter durch Verbüßung der Strafe wieder „in die Gesellschaft einzugliedern“, ist an sich richtig und verdient breiteste Zustimmung. Es ist auch bedeutsam, daß die „Resozialisierung“ als wesentlicher Strafzweck in das neue StGB, § 13, mitaufgenommen worden ist: „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen⁶⁷.“ Dem juristisch nicht geübten Ohr fällt es freilich nicht leicht, das einschneidend Neue dieser Bestimmung zu entdecken, sofern man nicht die entsprechenden Vorschriften des AE und des E 62 hinzuzieht. Im Regierungsentwurf 1962 hieß es nur: „Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters.“ Der AE enthielt demgegenüber bereits eine besondere Regelung über den Strafzweck der „Resozialisierung“ in § 2: „Strafen und Maßregeln dienen dem Schutz der Rechtsgüter und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft. Die Strafe darf das Maß der Tatschuld nicht überschreiten, die Maßregel nur bei überwiegendem öffentlichen Interesse angeordnet werden.“

Der Strafzweck der „Resozialisierung“

Es kann hier nicht darum gehen, die schwierige Debatte nachzuzeichnen, welche Rangstelle im Gefüge der verschiedenen Strafzwecke die „Resozialisierung“ einnehmen soll⁶⁸. Wichtig ist nur, darauf hinzuweisen, daß es vor allem das Verdienst der Verfasser des Alternativ-Entwurfs ist, wenn sich diese Auseinandersetzung in der Fachwelt bis zur Verabschiedung der Reform stark belebte. Bisher galt, daß Strafe in erster Linie Vergeltungszweck und daneben spezial- und generalpräventive Funktion besitzt⁶⁹. Danach sollte die verhängte Strafe vor allem dem Täter den

⁶⁷ Absatz II lautet: „Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen.“

⁶⁸ Zu dieser Diskussion vergleiche u. a. Klug, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, S. 36 ff; Baumann, Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens, in: Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform I, S. 135 ff; ders., Schuld und Sühne als Grundproblem heutiger Strafrechtspflege, in: Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform II, S. 118 ff.

⁶⁹ Hierzu die schon klassischen Sätze von Hegel und Kant. Hegel: „Daß die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiger geehrt.“ Und Kant: „Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder

begangenen Rechtsbruch schuldangemessen vergelten und darüber hinaus — je nach Maßgabe der vertretenen Theorie — den Täter vor weiteren Vergehen und die Allgemeinheit vor der Begehung neuer Straftaten abschrecken (Spezial- bzw. Generalprävention). Der nunmehr eingeführte und gesetzlich verankerte Gedanke einer „Resozialisierung“ läßt zwar die spezial- und generalpräventive Funktion der Strafe bestehen — schließlich wirkt jede Strafe allein durch das Übel, das sie für den Betroffenen darstellt, auf ihn und die Allgemeinheit abschreckend — er verdrängt aber die Idee der Vergeltung durch Zufügung eines Strafübels, das alte Talions-Prinzip des „Auge um Auge, Zahn um Zahn“⁷⁰.

Es fragt sich allerdings, ob dies ein Fortschritt ist. Diese Frage überhaupt anschneiden ist bereits ketzerisch, aber notwendig, gerade weil die Vorstellung von der nötigen und möglichen „Resozialisierung“ Straffälliger fast überall nur einhelligen Beifall findet. Zunächst verrät die Hervorkehrung dieser Forderung eine sehr optimistische Grundeinstellung. Sie besagt nicht mehr und nicht weniger, daß in der Regel jeder Kriminelle wieder in die Gesellschaft durch die Verbüßung von Strafe eingegliedert werden kann. Eigentlich widerspricht die tägliche Erfahrung aus Zeitung, Rundfunk und Fernsehen bereits dieser Auffassung sehr gründlich. Aber so leicht geben sich die Verfechter dieses Gedankens nun doch nicht geschlagen. Niemand bestreitet, daß es unmöglich ist, durch Tütenkleben oder verwandte geisttötende Tätigkeiten die Gefangenen auf ein Leben in Freiheit vorzubereiten. Die derzeitige Vollzugspraxis mit ihren beklagenswerten Unzulänglichkeiten⁷¹ ist sicherlich weit eher eine Vorbereitung auf ein fortgesetztes Leben in Unfreiheit als erfolgreiche „Resozialisierung“. Aber der Optimismus der „Resozialisierungs“-Fanatiker erschöpft sich nicht darin, daß sie an die Möglichkeit erfolgreicher „Resozialisierung“ durch Reform unseres Vollzugswesens glauben. In ihrem rationalistisch begründeten Optimismus gehen sie vielmehr so weit, den Menschen als naturhaft gut anzusehen und eine strafbare Handlung als vermeidbares Versagen.

Die Wirklichkeit spricht jedoch eine harte Sprache: Von den 12 295 Männern, die am 31. März 1968 in den 69 nordrhein-westfälischen Strafanstalten einsaßen, waren immerhin 9961 — das sind 81 Prozent — bereits vorbestraft. 1500 von ihnen hatten schon einmal im Zuchthaus gesessen. Etwa 20 Prozent waren einmal vorbestraft, 16,3 Prozent zweimal und 54,3 Prozent drei- bis zehnmal⁷². 42,9 Prozent aller Vorbestraften waren bereits innerhalb eines Jahres nach Verbüßung einer Gefäng-

Einstimmung auflöste (z. B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinanderzugehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.“ Zitiert nach Baumann, aaO., S. 114. Zur weiteren Problematik der sogenannten „défense sociale“ und der „soziologischen Schule“ von Liszts, vgl. Nedelmann, Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter dem Dogma des Strafprinzips, in: Nedelmann u. a., Kritik der Strafrechtsreform, S. 15 ff; Mergen, Die Antwort der Gesellschaft auf das Verbrechen — Strafe oder Maßnahme, in: Die deutsche Strafrechtsreform, S. 40 ff. Daß der Bundestag es unterlassen hat, die sich hieraus ergebenden schwerwiegenden Konsequenzen überhaupt zu erörtern, gehört zu den unerklärlichen Versäumnissen dieser Debatte.

⁷⁰ Vgl. Güde, Kriminalpolitik im europäischen Einklang, in: Rheinischer Merkur vom 20. Dezember 1968, S. 4 f.

⁷¹ Hierzu das eindrucksvolle Buch, Strafvollzug in Deutschland, Situation und Reform, hrsg. von Dietrich Rollmann.

⁷² So Justizminister Dr. Dr. Neuberger in einer Pressekonferenz vom 16. Juli 1969.

nisstrafe wieder inhaftiert⁷³. Es fragt sich in der Tat, ob sich diese bedrückenden Ziffern einfach damit erklären lassen, indem man — wie Justizminister Dr. *Neuberger* es getan hat — auf die Unzulänglichkeiten im deutschen Strafvollzug und die mangelnde Bereitschaft der Bevölkerung, sich der gestrauchelten Kriminellen anzunehmen, aufmerksam macht.

Will man sich keiner unzulässigen *petitio principii* verdächtig machen, so wird man auf Grund dieser und anderer Zahlen⁷⁴ jetzt auch tieferreichende Fragen stellen und dabei — zumindest wegen der erforderlichen Methodenehrlichkeit — davon ausgehen müssen, daß ein auf „Resozialisierung“ ausgerichteter Vollzug nur die Probleme lösen kann, die auf diese Weise überhaupt lösbar sind. Zu Ende gedacht, heißt das also, daß die Fakten, die auf eine „Resozialisierbarkeit“ des Straffälligen schließen lassen, bekannt sein müssen und auf irgendeine Weise während des Vollzugs bewältigt werden können. Im Kern zielt diese Überlegung auf die rationale Erklärbarkeit strafbaren Verhaltens: Warum hat A gemordet, warum hat B gestohlen, was hat ihn dazu veranlaßt, warum konnte er sich der Entladung seiner verbrecherischen Energie nicht widersetzen usw.? Der verstorbene hessische Generalstaatsanwalt *Fritz Bauer* sagte hierzu einmal: „Die verbrecherische Tat ist wie ein großer Strom, aus vielen Flüssen und Bächen gespeist, mag es sich um einen grauenvollen Mord oder um einen kleinen Diebstahl handeln⁷⁵.“ Während der Bundestagsdebatte meinte der SPD-Abgeordnete *Müller-Emmert* weiterführend: „Es wird unsere Aufgabe sein, in verstärktem Maße jene Anlage- und Umweltfaktoren zu erforschen, die für die verbrecherische Handlung mitentscheidend sind. Wir wissen viel zu wenig über die Vererblichkeit krimineller Neigungen, über die bei Zeugung unter Alkoholeinfluß möglichen Schädigungen, über Drüsenstörungen und den Einfluß der Geschlechtshormone auf die Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung, über körperliche und seelische Erkrankungen, über die Psychopathie und die Auswirkungen von Intelligenzmängeln, Affekten und Neurosen⁷⁶.“ Ähnlich beklagte der CDU-Abgeordnete *Güde*: „Ein ganz konkreter Wunsch an Bundesregierung und Bundesjustizministerium im besonderen. Uns — ich sage: mich, aber wahrscheinlich noch viel mehr Leute — schreckt die immer bedrohlichere Vorstellung einer ständig wachsenden Kriminalität. Wir wissen nicht, ich zum Beispiel, obwohl ich sozusagen ein Fachkundiger bin, ich weiß nicht, wieviel an dieser Vorstellung gespenstisch oder real ist. Ich möchte es wissen, und ich möchte, daß die Gesellschaft es weiß, damit sie nicht aus dem Dunkel einer unbestimmten Vorstellung, sondern auf der Basis klarer, gewußter Tatsachen handeln kann und von ihren Organen Handeln verlangen kann⁷⁷.“

Diese Stellungnahmen, denen in ihrem wesentlichen Kern kaum widersprochen werden kann, offenbaren zweierlei, das im Rahmen der hier anzustellenden Überlegungen bedeutsam ist: Erstens: daß die Ursachen kriminellen Verhaltens noch gar nicht hinreichend erforscht sind (wahrscheinlich wird das nie möglich sein; *Thomas* spricht nicht umsonst vom „individuum ineffabile“), und zweitens, daß bisher jedenfalls die Gründe nicht ausreichend bekannt sind, die ein Ansteigen der Kriminalität be-

⁷³ Ebd.

⁷⁴ Vgl. Quensel, der Alternativ-Entwurf in Zahlen, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, S. 50 ff, besonders S. 55.

⁷⁵ Zitiert nach Müller-Emmert, in: Das Parlament, vom 30. Mai 1969, S. 4.

⁷⁶ Ebd.

⁷⁷ Güde, in: Das Parlament, aaO., S. 3.

dingen⁷⁸. Aus dieser Erkenntnis ergeben sich im Hinblick auf die Frage nach der „Resozialisierbarkeit“ straffälliger Täter wichtige Konsequenzen. Wenn nämlich die Ursachen verbrecherischen Handelns gar nicht hinreichend bekannt sind, so fragt es sich, an welchen Punkten die „Resozialisierung“ überhaupt ansetzen muß, um die gewünschte Besserung des Täters herbeizuführen. Und weiter: Wie viele Kriminelle sind überhaupt durch einen Strafvollzug „resozialisierbar“, und wie viele sind einfachhin so kriminell veranlagt, daß sie ein Leben in Freiheit nicht durchstehen können, ohne immer wieder straffällig zu werden? Darüber hinaus: Wie liegen die entsprechenden Prozentzahlen bei den verschiedenen Tätergruppen? Denn es leuchtet ohne weiteres ein, daß Vermögensdelikte eine andere kriminogene Struktur aufweisen als Delikte wider Gesundheit und Leben oder Vergehen gegen den Gemeinschaftsfrieden⁷⁹. Sicherlich, es gibt auf allen diesen Gebieten ernst zu nehmende wissenschaftliche Untersuchungen, aber ihre Ergebnisse sind weit davon entfernt, so sicher und genau zu sein, daß sie als allgemein verbindlich angesehen werden könnten. Eine eindeutige Analyse fehlt jedenfalls bis heute. Statt dessen herrscht allgemeine Unsicherheit und das betretene Bekenntnis: „Wir wissen nicht genug.“

Gibt es eine „weiche Welle“?

Die gesetzliche Verankerung der Idee einer „Resozialisierung“ als maßgeblichen Strafzwecks und die Orientierung des noch zu schaffenden Vollzugsrechts auf die Verwirklichung dieser Forderung wäre nur zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber nicht jetzt schon an verschiedenen Stellen Modifikationen gegenüber dem bisherigen Strafsystem gemacht hätte. So wurde die Zuchthausstrafe abgeschafft (§ 38 des 2. StRG vom 4. Juli 1969), kurzfristige Freiheitsstrafen unter einem Monat gestrichen (§ 38, Absatz II des 2. StRG vom 4. Juli 1969) und Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten erheblich eingeschränkt (§ 47 des 2. StRG vom Juli 1969), die Geldstrafengesetzgebung einschneidend reformiert (§§ 40, 41 des 2. StRG vom 4. Juli 1969) und sowohl die Strafaussetzung zur Bewährung großzügig erweitert (§§ 56 ff des 2. StRG vom 4. Juli 1969) als auch das Rechtsinstitut einer Verwarnung mit Strafvorbehalt (§§ 59 ff des 2. StRG vom 4. Juli 1969) eingeführt. Alle diese Neuerungen, besonders die Abschaffung der Zuchthausstrafe und die Beseiti-

⁷⁸ Müller-Emmert, aaO., fuhr fort: „Selten ist jemand zum Verbrecher geboren. Zu der anlagebedingten Prädisposition kommen immer ungünstige Umweltbedingungen. Gerade unsere heutige Wohlstandsgesellschaft entwickelt typische sozialschädliche Milieuförmungen. Sie schafft teilweise Gesellschaftsideale, die sich nicht in allen Fällen günstig auswirken. So ist die Begehrlichkeitskriminalität, über deren Zunahme wir alle erschrecken, und die sich in allen Schichten der Bevölkerung findet, nicht zuletzt das Produkt ökonomischer Ungleichheit in einer Wettbewerbswirtschaft . . . Wir müssen gemeinsam dafür sorgen, daß sich die Erkenntnis immer mehr durchsetzt, daß die beste Strafrechtspolitik eine gute Sozial- und Bildungspolitik ist.“ Eine bessere Dokumentation der optimistischen Grundeinstellung der Reformen ist kaum denkbar — eine bedenkliche, späte Nachwirkung des Rationalismus und der Aufklärung.

⁷⁹ Hierzu § 37, 38 des AE: § 37: „Ziel des Vollzugs ist es, die Wiedereingliederung des Verurteilten in die Rechtsgemeinschaft zu fördern.“ § 38, Absatz II: „Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist nach Tätergruppen verschieden zu gestalten.“ Und die offizielle Anmerkung hierzu: „Absatz 2 verpflichtet das Vollzugsgesetz und die Vollzugsverwaltungen, Anstaltsunterbringung und -behandlung nach Tätergruppen zu differenzieren, um gezielte Resozialisierungsbemühungen zu ermöglichen. Zu denken ist z. B. an die Absonderung von „Erstbestraften“, an Trennung nach Strafdauer überhaupt, nach Altersgruppen, aber auch nach spezielleren psychologischen Merkmalen, die für die Behandlung wichtig sind.“ Vgl. hierzu auch Roxin, Strafzweck und Strafrechtsreform, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, S. 87.

gung der kurzfristigen Freiheitsstrafen⁸⁰, dienen erklärtermaßen dem Zweck der „Resozialisierung“. In der Öffentlichkeit aber wird diese kriminalpolitische Zielsetzung des Gesetzgebers als „weiche Welle“ gegenüber den Verbrechern angesehen. Viele lehnen die Strafrechtsreform gerade aus diesem Grund ab — und verweisen dabei auf die ständig steigenden Ziffern der Kriminalstatistik. Dieser offenkundige Widerspruch wird den Politikern in der kommenden Zeit noch sehr viel zu schaffen machen. Ob die geänderte kriminalpolitische Zielsetzung der Strafrechtsreform die Ursache einer steigenden Kriminalität sein wird, ist noch nicht gewiß. Sicher aber ist, daß das neue Strafsystem, eben weil es auf dem Gedanken der „Resozialisierung“ basiert und nicht „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ vergilt, für weite Kreise in der Bevölkerung nicht die gleiche abschreckende Wirkung ausüben wird wie bisher.

Diese Logik ist freilich fatal. Denn nach ihrem Gesetz müßte das Parlament auch sogleich wieder die Todesstrafe einführen, da sie von der überwiegenden Mehrheit im deutschen Volk gefordert wird⁸¹. Die Rücksichtnahme auf den „Willen des Volkes“ ist kaum angebracht, wenn es um die kriminalpolitische Zielsetzung eines Strafgesetzes geht. Hier muß der Gesetzgeber frei sein, auf Grund seiner größeren Einsichtsfähigkeit und seiner besseren Informationen diese oder jene Regelung zu treffen, um das Strafsystem im Gesamtinteresse des Volkes und im Einzelinteresse des Straffälligen effektiv zu reformieren. Es ist nicht möglich, es ist sogar schädlich, würde man auch hier — wie im materiellen Strafrecht — auf die Rechtsüberzeugung des einzelnen abstellen. Das hat bei Betrug, Diebstahl und Totschlag seinen guten Sinn, um das Schuldprinzip, dessen wesentliches Element neben dem Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist, sicherzustellen. Auf die so oder anders im Sinne einer größeren Effektivität zu regelnde Frage einer Reform des Strafsystems aber wird die Bezugnahme auf die Rechtsüberzeugung des einzelnen zum untauglichen Argument, weil sie den Gesetzgeber ungebührlich einengen kann. Man muß es deshalb hinnehmen, wenn die Absicht des Gesetzgebers — wie inzwischen geschehen — weitgehend mißverstanden wird, so daß statt von einem effektiveren Strafsystem⁸² von einer „weichen Welle“ die Rede ist. Solches wäre nur dann zu verantworten, wenn ausreichend klare Indizien dafür sprechen, daß das neu eingeführte Strafsystem, auf lange Sicht betrachtet, tatsächlich eine wirksamere Schutzmaßnahme der Gesellschaft gegen das Verbrechen ist⁸³.

Um es vorweg zu sagen und zu unterstreichen: Es kann gar nicht darum gehen, ob der bisher praktizierte Strafvollzug überhaupt reformiert werden soll, um im Hinblick auf die Sozial- und Rechtsstaatsforderung unserer Verfassung „menschlicher“ ausgestaltet zu werden. Das ist eine Selbstverständlichkeit. Von Vorteil ist auch, daß die „entehrenden“ Strafen, die Zuchthausstrafe und die charakterverderbenden kurzen Freiheitsstrafen abgeschafft worden sind. Fragwürdig aber bleibt die darüber hinausweisende, noch nicht hinreichend erprobte „Humanisierung“ des Strafsystems, vor allem die Ausdehnung der gesetzlichen Möglichkeiten, die Strafe zur Bewährung auszusetzen. Ob deshalb wirklich eine „weiche Welle“ eintreten oder ob sie nur erwartet wird, wird maßgeblich von der Effektivität des auf das neue Strafsystem zugeschnittenen Vollzuges abhängen. Angesichts der fast

⁸⁰ Vgl. Roxin, aaO.

⁸¹ Vgl. Müller-Meinigen, in: Die Frage der Todesstrafe, Zwölf Antworten, S. 101 ff.

⁸² Hierzu Baumann, Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer — eine Strafrechtserweiterung? in: Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform II, S. 135 ff.

⁸³ Statt vieler Baumann, aaO.

überdimensionalen Probleme der Vollzugsreform, wie sie weiter unten noch kurz angeschnitten werden, angesichts der dem Gesetzgeber weitgehend unbekanntem Daten über die kriminogenen Ursachen des Verbrechens und ihrer wirksamsten Bekämpfung und angesichts der steigenden Kriminalität in unserem Lande ist sicher, daß etwas Entscheidendes geschehen mußte. Ob das allerdings, was jetzt als Reform angeboten worden ist, ausreicht, ist sehr zweifelhaft, bleibt aber — trotz allem — abzuwarten.

Die Ungewißheit des Richters

Die wahrscheinlich wichtigste Frage stellt sich auf dem Hintergrund der praktischen Alltagsarbeit des Richters: Kann die Forderung nach der „Resozialisierung“ Straffälliger, wie sie in § 13 StGB gefordert wird, überhaupt wirksam vom Richter durchgesetzt werden⁸⁴? Klärend muß man darauf hinweisen, daß bei der Verhängung einer Geldstrafe, besonders auf Grund des neuen Geldstrafensystems der §§ 27 ff StGB, im strengen Wortsinn von einer „Resozialisierung“ überhaupt nicht gesprochen werden kann. Die Wirkung, die von der Geldstrafe ausgeht, hat im Regelfall nur abschreckende Funktionen. Des weiteren: *Maurach* hat recht, wenn er betont, daß von „Resozialisierung“ eigentlich nur bei sinnvoller Einwirkung auf den Häftling während einer verhältnismäßig langen Freiheitsstrafe die Rede sein kann, weil grundsätzlich bei erwachsenen Menschen kurzfristig in einer Strafhaft Erziehungserfolge nicht erzielt werden können⁸⁵. Nimmt man alle bisher geäußerten Bedenken gegen die „Resozialisierbarkeit“ des straffälligen Täters zusammen und hält man dem die Forderung des Gesetzgebers gegenüber, in jedem Fall die „Wirkungen“ der Strafe auf das künftige Leben des Täters zu berücksichtigen, so geht es kaum zu weit, wenn man *Heinitz* recht gibt: „Folgerichtig müßte man das unbestimmte Strafurteil als Regel einführen, da die Persönlichkeit des Täters erst während der Vollstreckung so beobachtet und begriffen werden kann, daß ein begründetes Urteil über das richtige Maß der Strafe möglich wäre⁸⁶.“ Denn man gibt dem Richter „für die tägliche Arbeit der Strafzumessung Steine statt Brot“⁸⁷: Er weiß nicht nur sehr wenig über die „Resozialisierbarkeit“ des abzuurteilenden Täters, er weiß auch nichts Zuverlässiges über die „Resozialisierbarkeit“ der betreffenden Tätergruppe, und schließlich weiß er nichts Zuverlässiges über Ursachen und Beweggründe des kriminellen Verhaltens des Angeklagten. Der Richter kann es nicht wissen, weil niemand es bis jetzt zuverlässigerweise weiß — auch nicht der Gesetzgeber, dessen Absicht von *Hohler* in einer sehr menschenfreundlichen, aber hohl klingenden Formel zusammengefaßt worden ist: „Sowenig Strafe wie nötig, soviel Hilfe, wie durch Strafrecht möglich. Der ihr entsprechende Auftrag an die Rechtsprechung lautet: Der Gelegenheitstäter soll wirksam getarnt werden. Der labile, zu öfterem Versagen neigende Rechtsbrecher soll zugleich auch zum Abbau ungünstiger und zur Entwicklung sozial gesunder Strebungen angehalten werden und die dazu etwa nötige Stütze bekommen. Dem Schwerkriminellen soll der Rück-

⁸⁴ Vgl. *Heinitz*, Maßnahmen und Strafen im „Alternativ-Entwurf“, in: *Rheinischer Merkur* vom 17. Januar 1969, S. 4 f.

⁸⁵ *Hierzu Maurach*, Vom Wesen und Zweck der Strafe, in: *Schuld und Sühne*, S. 32 f.

⁸⁶ *Heinitz*, aaO.

⁸⁷ *Ebd.*

weg in die Gesellschaft nicht unnötig erschwert werden. Vor dem gefährlichen Täter ist die Gesellschaft zu schützen⁸⁸.“

Wie aber kann der Richter diese Forderung erfüllen, wo doch noch gar nichts praktisch erprobt und bekannt ist, was die Strafrechtsreform mit Wirkung vom 1. Januar 1973 vorschreibt? Der Strafrichter ist restlos überfordert. Ihm fehlt — trotz seiner vielleicht großen praktischen Erfahrung — die Kenntnis der notwendigen „Wirkungen der Strafe“, wie sie der Strafvollzug mit sich bringt, weil der Gesetzgeber diesen ja noch bis 1973 reformieren will. Die Folge wird eine beängstigende Normenunsicherheit sein und ein noch weiteres Überhandnehmen des persönlichen, nicht nachprüfbaren Ermessens in bezug auf das Strafmaß. So kann die „Resozialisierungs“-Forderung des Gesetzgebers zum gefährlichen Bumerang für den Bestand des Rechtsfriedens werden, wenn nämlich die Richter — trotz ihrer faktischen Unkenntnis — dem Gesetzesbefehl gehorchen und § 13 StGB anwenden. Es wäre indes noch ein anderer Weg gangbar: Die Richter würden weiter, wie bisher, judizieren und im Hinblick auf das zu verhängende Strafmaß den Vergeltungsgedanken nebst general- und spezialpräventiver Funktion durchsetzen. Im Interesse der Gerechtigkeit wäre dies vermutlich das geringere Übel. Die „Resozialisierung“ des Täters wäre dann kein unmittelbar verfolgter Strafzweck, sondern eine Nebenfolge, die sich aus der hoffentlich sehr bald verbesserten Qualität und Struktur des Vollzugs ergibt: Die Verhängung einer schuldangemessenen, vergeltenden Strafe würde — möglicherweise — dann die Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft freier und selbstverantwortlicher Menschen nicht deswegen herbeiführen, weil eine Forderung des materiellen Strafrechts erfüllt wird, sondern weil die Ausrichtung des Vollzugs auf diesen Zweck dies ermöglicht. Würden sich dann brauchbare praktische Erfahrungen eines Tages für den Richter ergeben, so wäre es ein Leichtes, sie auch bei der Verhängung von Strafe zu berücksichtigen. Damit wird deutlich, wie schwerwiegend der Fehler des Gesetzgebers war, die Reform des materiellen Strafrechts vor der des Vollzugsrechts durchzuführen.

Der Gesetzgeber wird kaum genügend Zeit haben

Man halte dem nicht entgegen, bis 1973 könne schließlich die Reform des Vollzugsrechts noch erfolgen. Das wird mit Sicherheit nicht in befriedigender Weise während der jetzigen Legislaturperiode geschehen können, und zwar aus mehreren Gründen. Bisher ist das Vollzugsrecht Sache der Länder, das materielle Strafrecht aber Sache des Bundes. Daraus ergeben sich Schwierigkeiten, die überwunden werden müssen. Dann muß das gesamte Rechtssystem neu gestaltet werden: die Frage der Entlohnung, der Unterbringung, der „Vergünstigungen“ (Zeitungslesen und Radiohören), der Sexualität und der Urlaubsgestaltung, um die ehelichen Bindungen nicht abreißen zu lassen. Das alles wird die Juristen noch lange und intensiv beschäftigen müssen — und es wird vor allem sehr viel Geld kosten. Im Hintergrund aber steht die im Hinblick auf eine „Resozialisierung“ entscheidende Frage: die Schulung des notwendigen Personals, der Ärzte und Pfleger und last not least der Bewährungshelfer. Nur wenn das alles zufriedenstellend gelöst und die ideologiebefrachtete Streitfrage nach „geschlossenen“, „halboffenen“ oder „offenen Anstalten“ beantwortet ist, kann man darangehen, die Möglichkeiten und Chancen einer „Resozia-

⁸⁸ Hohler, Die Strafrechtsreform. Beginn einer Erneuerung, in: Neue Juristische Wochenschrift 1969, S. 1227.

lisierung“ experimentell auszuprobieren. Wer meint, daß hierzu drei Jahre ausreichen, der irrt.

Bilanziert man die Strafrechtsreform, so muß man — trotz all ihrer Verdienste⁸⁹ — feststellen, daß sie sehr stark den Charakter des Experimentellen trägt. Das ist bei einem Gesetz wie der Reform des Strafrechts, besonders im Hinblick auf den Allgemeinen Teil, kein Lob. Denn es scheint zuviel Fragwürdiges, zuviel Unerprobtes, zuviel des Experimentellen in sie aufgenommen worden zu sein. Damit beantwortet sich freilich auch die ganz zu Anfang⁹⁰ gestellte Frage, ob der heutige Gesetzgeber noch den Beruf zur Gesetzgebung habe, in nicht gerade sehr befriedigender Weise. Denn vor allem zweierlei sollte der Gesetzgeber vermeiden: Eile und Oberflächlichkeit. Der fünfte Bundestag ist aber bei der Strafrechtsreform ihr Opfer geworden⁹¹.

⁸⁹ Hierzu zählt u. a. die Verankerung des Schuldprinzips, was freilich nicht ausdiskutiert wurde und, für sich allein genommen, ein sehr weites Feld ist.

⁹⁰ Vgl. Die Neue Ordnung, 1969, S. 420.

⁹¹ Bezeichnend ist, daß zum Beispiel die „sozialtherapeutische Anstalt“, wie sie in § 65 des 2. StRG vom 4. Juli 1969 gefordert wird, überhaupt noch nicht ausreichend erprobt worden ist. Dieser Kritik stimmen sowohl Güde als auch Ehmke zu, vgl. Das Parlament, S. 2, 3; dennoch bezeichnet Güde diese Einrichtung als „bedeutsamste Neuerung des modernen Strafrechts“, aaO. Hierzu aber auch Heinitz, aaO.: „Über die praktischen Schwierigkeiten der Verwirklichung dieser Ideen (gemeint ist die „sozialtherapeutische Anstalt“) darf man sich aber keinen Illusionen hingeben. Es handelt sich bei den dänischen und holländischen Vorbildern um verhältnismäßig kleine Anstalten. Die Van der Hoeven-Klinik in Utrecht verfügt über 100 Betten; der Leiter von Herstedvester, Stürup, empfiehlt Anstalten mit höchstens 150 bis 200 Betten . . . Wer weiß, wie schwer die Besetzung der normalen Strafanstalten mit Lehrern, Psychiatern, Psychologen und sonstigen geschulten Beamten schon heute ist, kann nur mit einer gewissen Skepsis die Aussichten einer Gesetzgebung beurteilen, die diese Anstalten für eine recht erhebliche Zahl von Psychopathen und Rückfälligen obligatorisch macht.“