

Die Zivilisierung staatlicher Gewalt: eine Theorie der modernen Strafrechtsentwicklung

Eder, Klaus

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Eder, K. (1986). Die Zivilisierung staatlicher Gewalt: eine Theorie der modernen Strafrechtsentwicklung. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft*, 27, 232-262. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-15505>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Die Zivilisierung staatlicher Gewalt

Eine Theorie der modernen Strafrechtsentwicklung

Klaus Eder

1 DIE EVOLUTION DES STRAFRECHTS

1.1 Recht und Gewalt

Wenn man von legitimer Gewalt spricht, dann meint man das gesellschaftlich anerkannte Recht, andere für einen Rechtsbruch zu bestrafen. Ein solches Recht auf Strafen erfordert ein eigentümliches Verhältnis der Gesellschaft zu sich selbst. Das Paradox des Strafens besteht darin, mit Hilfe der Ausübung von Gewalt gewaltlose Verhältnisse herzustellen.¹ Der Einsatz physischer Gewalt wird als "letzter" Mechanismus gesehen, Streit in Einigung, Dissens in Konsens zu transformieren.

Das Strafrecht ist der Versuch, diesen Einsatz von Gewalt zu institutionalisieren. Strafrechtliche Normen schützen nicht nur besonders zentrale Aspekte der gesellschaftlichen Ordnung wie etwa Eigentumsrechte oder politische Rechte. Sie verstärken vor allem die rechtliche Wirksamkeit von Rechten. Sie signalisieren die Geltung von Rechtsnormen gerade für den Fall, dass sie nicht konsentiert werden. Strafnormen geben durch ihren Rekurs auf physische Gewalt die Sicherheit, dass das Recht noch gilt. Physische Gewalt gehört zur Darstellung und Präsenz des Rechts - sie ist deren allerletzte Auffangmöglichkeit.²

Die Form der Institutionalisierung eines Strafrechts variiert jedoch nach Gesellschaftstypus.³ Ein Grenzfall der Institutionalisierung eines Rechts auf Strafen ist das Recht auf Selbsthilfe. Je einfacher Gesellschaften strukturiert sind, umso zentraler ist dieser Mo-

¹ Zu den wenigen soziologisch relevanten Deutungen der Rolle physischer Gewalt vgl. Niklas Luhmann, Symbiotische Mechanismen, in: Otthein Rammstedt (Hrsg.), Gewaltverhältnisse und die Ohnmacht der Kritik, Frankfurt 1974, S.107-131; ders., Rechtszwang und politische Gewalt, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtslehre und Rechtssoziologie, Frankfurt 1981, S. 154-172 (171); Kurt Röttgers/Hans Saner (Hrsg.), Gewalt: Grundlagenprobleme in der Diskussion der Gewaltphänomene, Basel-Stuttgart 1978; allgemein dazu Walter Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, in: ders., Angelus Novus, Frankfurt 1966, S. 42-66; Georges Sorel, Über Gewalt. Mit einem Nachwort von Georg Lichtheim, Frankfurt 1969.

² Luhmann, 1972, a.a.O., S. 109.

³ Damit ist die Frage nach der Evolution des Strafrechts als einem Spezialfall der Evolution des Rechts angeschnitten. Vgl. dazu Arthur S. Diamond, Primitive Law. Past and Present, London 1977. Allgemein dazu Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Reinbek 1972, S. 132ff. Klaus Eder, Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften. Ein Beitrag zu einer Theorie sozialer Evolution, Frankfurt 1976, S. 158ff.

des der Ausübung von (meist physischer) Gewalt.⁴ Damit sind nur geringe institutionelle Schranken für die Ausübung von Gewalt gegeben: Gewaltausübung wird dem individuellen moralischen Gefühl (und das kann hart und grausam sein) überlassen. Es folgt der einfachen Logik der Rache.

In komplexeren Gesellschaften wird legitime Gewaltausübung mit der Monopolisierung der Gewalt beim Staat verbunden, die der privaten Rache und Selbsthilfe institutionelle Schranken setzt.⁵ Das Recht des Stärkeren wird durch das Recht des Besseren (also des in der Hierarchie der Welt Obenstehenden⁶) ersetzt. Damit ist die Beliebigkeit des Strafens reduziert. In die institutionelle Struktur dieser Gesellschaften werden restriktive Bedingungen eingebaut, die eine Rechtfertigung von Strafen jenseits des individuellen Strafgefühls notwendig machen. Nur in Bezug auf ein Gesetz, das von oben, also autoritativ gesetzt ist, darf gestraft werden.

In modernen Gesellschaften schließlich wird das Monopol des Staates auf legitime Gewaltausübung selbst noch einmal rechtlicher Kontrolle unterworfen. Legitime Gewaltausübung ist das Recht derer, die einen rechtlich legitimierten Zugang zu den rechtlichen Zwangsmitteln besitzen.⁷ Damit werden die rechtlichen Regelungen der Zugangsbedingungen zu diesen Zwangsmitteln zum Schlüsselproblem einer weiteren Evolution des Rechts. Die moderne Problemlösung besteht darin, die Institutionalisierung physische Gewaltausübung funktional zu differenzieren. Die Trennung von staatlich monopolisierter Gewaltausübung und rechtlicher Kontrolle dieses Monopols auf Gewalt führt zu einer doppelten institutionellen Sicherung. Für eine solche komplexe institutionelle Kontrolle müssen zwei evolutionär neuartige Voraussetzungen gegeben sein: einmal die Positivierung des Rechts (und in diesem besonderen Falle die Positivierung des Strafrechts) und zweitens die Institutionalisierung kollektiver Willensbildungsprozesse, die die positive Gesetzgebung kontrollieren können.⁸

⁴ Zur speziellen Literatur über Strafe in einfachen Gesellschaften vgl. v.a. Paul Bohannon (Hrsg.), *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden City 1967.

⁵ Das läßt sich an der Entstehung von spezialisierten Rechtsgottheiten zeigen, deren Verehrung über staatlich inszenierte Rituale organisiert wird; als eine ethnohistorische Untersuchung der Aneignung von richterlichen Funktionen und Titeln durch Häuptlinge siehe Joseph C. Miller, *Kings and Kinsmen*, Oxford 1976.

⁶ Zum symbolischen Kontext dieser Vorstellung eines legitimen "Oben" siehe Louis Dumont, *Homo Hierarchicus*, Paris 1967.

⁷ Das ist gerade das Eigentümliche des modernen Rechts: dass es nicht einfach vom Staat monopolisiert wird, sondern dass der Staat nur mehr den Zugang zu Gewalt steuert. Damit ist jede direkte Verfügung über Gewalt, sowohl die des Rachesuchenden wie die des seine Untertanen strafenden Herrn gebrochen. Auch der Herr hat nun kein Recht auf physische Gewaltausübung mehr - und das gilt bis in die Familie hinein. Vgl. dazu Luhmann, 1981, a.a.O., S. 158.

⁸ Das heißt, dass Positivierung nicht ohne Bezug auf die politische Umwelt des Rechts gesehen werden kann; Freisetzung der politischen Umwelt heißt, dass nicht mehr einfach die Meinung des Herrn gilt, sondern dass Meinungen an einen Prozess öffentlicher diskursiver Willensbildung rückgebun-

1.2 Moral und Gewalt

Die Institutionalisierung eines Strafrechts stellt das Problem der moralischen Rechtfertigung von gesellschaftlichen Institutionen in einer besonders scharfen Weise. Denn rechtlich legitimierte Gewaltausübung zieht "letzte" Grenzen zwischen Innen und Außen. Diese Grenze zwischen Innen und Außen trennt das Gute und das Böse. Das strukturelle Paradox des Strafen ist letztlich ein moralisches Dilemma: nämlich eine moralische Ordnung, der alle als Individuen zugehören sollen, dadurch herzustellen, dass ein Teil dieser Individuen aus dieser moralischen Ordnung ausgegrenzt wird.

Die Institutionalisierung des Strafen gehört somit zu den Schlüsselproblemen einer über Normen geregelten sozialen Ordnung. Jeder Akt der Ausübung von Gewalt macht das Selbstverständliche des Rechts wieder fraglich. Die Frage nach der Moralität des Rechts wird durch das strafrechtliche Handeln geradezu provoziert. Jeder Strafakt erzwingt erneut eine Antwort auf die Frage: Was berechtigt die Gesellschaft dazu, anderen Menschen Gewalt anzutun, sie für ihre Handlungen zu bestrafen?

Die Antworten auf diese Fragen sind unterschiedlich. Sie reichen von Vergeltung über Abschreckung bis hin zu Resozialisierung. Die einfachste moralische Position ist der Rekurs auf das Prinzip des Aug-um-Aug/Zahn-um-Zahn. Die radikalste moralische Position ist die Ablehnung eines moralisch begründbaren Rechts auf Strafe überhaupt. Welche von diesen Positionen für eine Begründung gesellschaftlicher Gewaltausübung gegenüber normabweichendem Verhalten herangezogen wird, das variiert ebenfalls je nach Gesellschaftstypus. In Gesellschaften, deren moralisches Weltbild auf einer Moral der Gegenseitigkeit, des do-ut-des beruht, ist Vergeltung das primäre rechtfertigende Prinzip für physische Gewaltausübung. In hierarchisch organisierten Gesellschaften, in denen eine moralische Ordnung qua Autorität ihrer Setzung gilt, ist Abschreckung der dominante Modus für die Begründung eines Rechts auf Strafen.

Die Ablösung des autoritär gesetzten Strafrechts durch ein an Lernprozesse in der Rechtskultur gebundenes positiviertes Strafrecht ist das zentrale Entwicklungsproblem für die Modernisierung des Strafrechts. Diese Ablösung setzt Umbauten in der moralischen Umwelt des Rechtssystems voraus: eine gesellschaftliche Moral, die auf Lernen statt auf Nichtlernen setzt. Diese Moral muss einerseits die Herauslösung der Strafe aus dem Herrscherrecht rechtfertigen können und zugleich einen neuen legitimierenden Deutungsrahmen für den Sinn der Strafe bieten können. Die Positivierung des Strafrechts wie die Bindung dieser Positivierung an kollektive Willensbildungsprozesse setzen eine neuartige Moral voraus: nämlich eine universalistische Moral.

1.3 Die moralischen Grundlagen des modernen Strafrechts

Die Idee einer universalistischen Moral findet sich bereits in vormodernen Gesellschaften. Das Postulat der Verallgemeinerbarkeit von normativen Regeln ist kein Spezifikum der Moderne. Es ist in den hochreligiösen Denksystemen ebenso enthalten wie in den

den werden. Die Rückseite der Positivierung ist also die Bindung der Rechtssetzung an öffentliche Diskurse.

philosophischen Spekulationen vormoderner Denker. Doch diese Moral ist das Produkt spezialistischer Intellektueller, die in gesellschaftlichen Nischen eine neue Moral erfunden haben.⁹ Dieses moralische Wissen ist einer kleinen gesellschaftlichen Elite vorbehalten gewesen und damit ohne gesellschaftliche Folgen geblieben.

Der Entwicklungsschub hin zu einer die Gesellschaft insgesamt erfassenden universalistischen Moral wird erst von dem im 18. Jahrhundert sich ausbreitenden Assoziationswesen getragen.¹⁰ Die bislang elitären Kulturspezialisten überlassene Form argumentativer Auseinandersetzung, der egalitäre Diskurs gleicher und freier Denker, wird nun zu einem Modell kollektiven Lernens, das weitergehende Gruppen der Bevölkerung erfasst. Zu Assoziationen haben prinzipiell alle - ohne Rücksicht auf ihre Herkunft - Zutritt. In der Assoziation sind alle gleich. Dissens wird durch Verfahren innerassoziativer Streitregelung aufgelöst. Im Assoziationswesen werden also jene Verhaltens- und Handlungsweisen eingeübt, die zu einer neuartigen gesellschaftlichen Moral geführt haben.¹¹

So bringen die am Ende des 18. Jahrhunderts entstehenden ökonomischen Sozietäten Landadel und kleinstädtisches Bürgertum in einen Kommunikationszusammenhang, in dem sie ein anderes Verhalten und Zusammenhandeln einüben als das, was ihnen durch ihre traditionelle gesellschaftliche Position angesonnen worden ist. In den Freimaurerlogen - und darauf hat zum ersten Mal wohl in dieser Deutlichkeit Koselleck hingewiesen - wird mit Hilfe der Neutralisierung gesellschaftlicher Unterschiede durch Zutrittsrituale zu den Logen ein neuartiges Miteinanderreden und -argumentieren eingeübt.¹² In den Assoziationen, die dann insbes. während und nach der französischen Revolution entstanden sind, jenem weit gefächerten politischen Assoziationswesen, das von Diskussionszirkeln über Gesangsvereine bis hin zu jakobinischen Klubs reichte, gewinnt dieses neue Lernen eine Bedeutung, die für die Institutionalisierung der bürgerlichen Gesellschaft von entscheidender Bedeutung gewesen ist. Assoziation ermöglicht die Distanzierung vom Vorgegebenen und Überlieferten und zugleich die kollektive Konstruktion einer neuen Moral: nämlich eine post-konventionelle Lösung des Problems einer moralischen Ordnung der Gesellschaft. Das egalitär-diskursive Miteinanderredens

⁹ Insofern sind philosophische Systeme typische Produkte kultureller Nischen. Ihre praktische Unwirksamkeit ist darüberhinaus durch eine hermetische Sprache (die nur in der Nische verstanden wird) gesichert.

¹⁰ Die Bedeutung des Assoziationswesens für die Entstehung der Moderne ist oft gesehen worden; vgl. Jürgen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Öffentlichkeit, Neuwied 1962; Reinhart Koselleck, Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt, Frankfurt 1959; Thomas Nipperdey, Verein als soziale Struktur in Deutschland im späten 18. und im 19. Jahrhundert, in: Horst Boockmann et al. (Hrsg.), Geschichtswissenschaft und Vereinswesen im 19. Jahrhundert, Göttingen 1972, S. 1-44.

¹¹ Dieser Zusammenhang ist im einzelnen entfaltet in Klaus Eder, Geschichte als Lernprozess? Zur Pathogenese politischer Modernität in Deutschland, Frankfurt 1985.

¹² Koselleck, a.a.O.

ist konstitutiv für eine Moral, die nicht mehr auf Konventionen baut, sondern auf die Aufklärung derer, die am moralischen Diskurs teilnehmen.

Man hat für diese neue Moral den Begriff der "prinzipalistischen" Moral¹³ eingeführt. Eine solche Moral ist dadurch gekennzeichnet, dass sie a) für alle gleichermaßen gilt, und b) dass der Dissens über das, was als moralisch gelten soll, nur durch argumentative Auseinandersetzung entschieden werden kann. Damit sind evolutionär neuartige Ausgangsbedingungen für das Reden über Strafe und für die Institutionalisierung des Strafens gegeben.

Dieser Diskurs hat eine spezifische Eigenschaft: sein Mechanismus ist die Kritik von empirisch nicht belegten und normativ nicht gerechtfertigten Annahmen. Der Entwicklungsmechanismus der Kritik, den die Aufklärung in den Diskurs eingebaut hat, zwingt zu Lernen, und verändert so diesen Diskurs selbst. Darin liegt die spezifische Entwicklungslogik des modernen moralischen Diskurses begründet. Damit lässt sich ein zentrales Charakteristikum der Moderne, nämlich die der Moderne eigentümliche Selbstdynamisierung der kulturellen Voraussetzungen, auf denen institutionelle Ordnungen beruhen, fassen. Es gibt in der Moderne nicht mehr - wie in traditionellen Gesellschaften - ein umgreifendes kulturelles Weltbild, das den Rahmen für mögliche Institutionalisierungen hergibt. Das Verhältnis von Kultur und Gesellschaft wird komplexer.

Unter diesen evolutionär neuartigen Bedingungen wird ein neuer Diskurs über die Strafe, der aufklärerische Strafdiskurs, in Gang gesetzt. In der Humanisierung des Strafens hat die Aufklärung des 18. Jahrhunderts eines ihrer hehrsten Ziele gesehen. *Voltaire*, *Beccaria*, *Mittermaier* u.a. sind nur die Berühmtesten in jener Liste von Namen, die den neuen - aufgeklärten - Diskurs über das Recht des Staates, im Namen des Rechts Gewalt ausüben zu dürfen, geführt haben.¹⁴ Sie repräsentieren an einer zentralen Stelle die Aufklärungsbewegung, die die Differenz zur traditionellen Gesellschaft herzustellen sucht.

Damit sind evolutionär neuartige Ausgangsbedingungen nicht nur für das Reden über das Strafen, sondern auch für die Institutionalisierung des Strafens gegeben. Diese Institutionalisierung kann sich nicht dem Rationalisierungsdruck entziehen, der mit diesem Diskurs verbunden ist. Sie kann aber auch nicht auf ihn reduziert werden. Bevor die *Geschichte* der Institutionalisierung eines Rechts auf Strafen in der Moderne angegangen werden kann, ist deshalb der *theoretische Rahmen* zu explizieren, in dem das Verhältnis aufklärerischem Diskurs und Institutionalisierungsprozessen analysiert wer-

¹³ Der Begriff der "prinzipalistischen" Moral meint eine Form moralischer Begründungen von Handlungen, die auf dem formalen Prinzip der Verallgemeinerung (oder Universalisierung) aufbauen; Kohlberg nennt eine solche Form moralischer Begründung eine "postkonventionelle" Moral; vgl. dazu Lawrence Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development. Moral Stages and the Idea of Justice*, San Francisco 1981. Zur argumentationstheoretischen Reformulierung dieses Prinzips vgl. Marcus G. Singer, *Verallgemeinerung in der Ethik. Zur Logik moralischen Argumentierens*, Frankfurt 1975.

¹⁴ Vgl. dazu Eberhardt Schmidt, *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege* (3. Auflage), Göttingen 1964.

den kann. Erst dann kann gezeigt werden, wie die universalistische Moral in das Strafrecht eingebaut wird und so die Zivilisierung staatlicher Gewalt ermöglicht.

2 EINE THEORIE DER STRAFRECHTSENTWICKLUNG

2.1 Die selektive Institutionalisierung der Moderne

Die klassische Theorie der Institutionalisierung geht vom Theorem einer selektiven Verkörperung bzw. Realisierung von kulturellen Werten und Normen aus. Institutionalisierung in diesem Sinne impliziert notwendig eine selektive Realisierung von Ideen. Die Praxis muss selektiv sein, weil sie ansonsten die sozialstrukturellen Anforderungen an das Recht nicht auflösen kann. Theorie und Praxis fallen auseinander, weil sich der Realisierung der Theorie immer empirische Schwierigkeiten in den Weg stellen.

Man hat die strukturelle Notwendigkeit der Selektivität der institutionalisierten Strafpraxis aus den funktionalen Erfordernissen der Strafpraxis zu erklären versucht. Für die bürgerliche Gesellschaft gälte insbesondere, dass die strafrechtliche Definitionsarbeit und Vollzugsarbeit die bürgerliche Gesellschaftsordnung durch Ausgrenzung des Vorbürgerlichen wie des Antibürgerlichen sichere.

Die Beispiele, die für diese Selektivität des Strafrechts herangezogen werden, betreffen in der Regel Bereiche, in denen "Kontrollnormen" der Gesellschaft zur Disposition stehen. Dazu gehört vor allem die rechtliche Sicherung von Markt und Staat als den zentralen Reproduktionsformen der bürgerlichen Gesellschaft. Diese Funktion der Selektivität der Strafjustiz zeige sich insbesondere an der Holzdiebstahlsgesetzgebung und -rechtsprechung, also an der (ökonomischen) Klassenjustiz sowie an der Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Vereins- und Meinungsfreiheit, also an der politischen Justiz.¹⁵ In diesen Theorien wird also eine Selektivität unterstellt, die mit der Sicherung bestehender Ungleichheitsverhältnisse ("Schichtselektivität") bzw. bestehender Machtverhältnisse zu tun hat. Die Durchsetzung einer bürgerlichen Eigentumsordnung und die Durchsetzung des bürgerlichen Staates machen es erforderlich, die aus traditionellen Abhängigkeitsverhältnissen entbundenen unteren Schichten in neuer Weise zu disziplinieren, um diese neuen Ordnungen stabilisieren zu können.

¹⁵ Zur Diskussion um die Holzdiebstahlsgesetzgebung vgl. u.a. Josef Mooser, "Furcht bewahrt das Holz". Holzdiebstahl und sozialer Konflikt in der ländlichen Gesellschaft 1800-1850 an westfälischen Beispielen, in: Heinz Reif, (Hrsg.), Räuber, Volk und Obrigkeit. Studien zur Geschichte der Kriminalität in Deutschland seit dem 18. Jahrhundert, Frankfurt 1984, S. 43-99; Dirk Blasius, Eigentum und Strafe. Probleme der preußischen Kriminalitäts- und Strafrechtsentwicklung im Vormärz, in: Historische Zeitschrift, 220, 1975, S. 79-129. Zur Diskussion um das politische Strafrecht vgl. vor allem Dirk Blasius, Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland 1800-1890, Frankfurt 1983; Barton L. Ingraham, Political Crime in Europe. A Comparative Study of France, Germany, and England, Berkeley 1979; Klaus Eder, Geschichte als Lernprozeß?, Frankfurt 1985, S. 440ff. Allgemein dazu Edward P. Thompson, Whigs and Hunters, London 1976; Carsten Rüter, Räuber, Volk und Obrigkeit. Zur Wirkungsweise und Funktion staatlicher Strafverfolgung im 18. Jahrhundert, in: Reif, a.a.O., S. 17-42.

Neben diesen eher symbolischen Funktionen des Strafrechts finden sich auch Annahmen über instrumentelle Funktionen des Strafrechts, insbes. Annahmen über unmittelbare Beziehungen zwischen ökonomischer Entwicklung und Strafrechtsentwicklung. So wird eine regulative Funktion des Strafrechts im Hinblick auf den Arbeitsmarkt derart behauptet, dass das Strafrecht ein Mittel für die Ausgrenzung aus dem Arbeitsmarkt in Zeiten eines Arbeitskräfteüberschusses sei.¹⁶

Die Kritik an diesen funktionalistischen Theorien der Strafrechtsentwicklung richtet sich vor allem gegen die Unterschätzung der Eigendynamik des Strafrechtssystems. Zwar wird - gerade aufgrund fehlender oder schwacher empirischer Zusammenhänge zwischen Umweltveränderungen und Veränderungen des Strafrechtssystems - in diesen funktionalistischen Theorien von der "Schwerfälligkeit" des Strafrechtssystems, auf Veränderungen in den ökonomischen oder symbolischen Imperativen der gesellschaftlichen Umwelt reagieren zu können, gesprochen. Doch hinter dieser Schwerfälligkeit des Rechtssystems verbirgt sich ein systematisches theoretisches Problem: nämlich dass die Entwicklung des Rechtssystems nicht aus Veränderungen seiner Umwelt erklärt werden kann, sondern dass sie einer ihm eigenen Entwicklungslogik gehorcht. Zwar sind Veränderungen in der Umwelt Faktoren, die die Entwicklung des Rechtssystems beeinflussen, die seine Entwicklung fördern oder bremsen oder auch umleiten. Doch sie werden zu erklärenden Faktoren erst in dem Maße, wie man weiß, auf welche Weise im Rechtssystem mit solchen Umwelteinflüssen umgegangen wird.

Das bedeutet theoriestrategisch, die Verarbeitungsstrukturen des Rechtssystems zum Ausgangspunkt einer Theorie der Rechtsentwicklung zu machen. Diese Verarbeitungsstrukturen sind in der ethnomethodologischen Literatur als Formen einer dem Rechtssystem spezifischen Interaktionsform analysiert worden.¹⁷ Diese Interaktionsformen sind ihrerseits in die soziale Struktur des Strafrechtssystems eingebaut, die eine historisch spezifische Form des rechtlichen Umgangs mit Abweichung festlegen. Man kann diese Struktur als die ein Rechtssystem konstituierende *Rationalstruktur* bezeichnen.

Diese theoretischen Überlegungen machen es möglich, grundlegende institutionelle Festlegungen im Strafrecht auf ihre Rationalität bzw. Irrationalität zu befragen. Auf dieser Ebene finden sich Thesen sowohl im Hinblick auf das Strafverfahren wie im Hinblick auf den Strafvollzug. Eine erste - am Strafverfahren orientierte - Theorie lautet: die Einführung des öffentlichen Strafrechts ist der für das moderne Recht konstitutive Mechanismus der Transformation eines ungebändigten Rechts des Staates auf Strafen in ein durch Öffentlichkeit kontrolliertes und rationalisiertes Strafrecht. Die Gegentheorie dazu ist: die Einführung des öffentlichen Strafrechts ist der die Rechtspolitik der Neuzeit determinierende Sündenfall. Eine zweite - am Strafvollzug orientierte - Theorie

¹⁶ Zur Diskussion um die sozialen Funktionen des Strafrechts klassisch Gerd Rusche/Otto Kirchheimer, Sozialstruktur und Strafvollzug, Köln 1974 (original 1939); Heinz Steinert, Über die Funktionen des Strafrechts, in: Michael Neider (Hrsg.), Festschrift für Ch. Broda, Wien 1976, S. 335-371.

¹⁷ Ein Beispiel dafür ist der berühmte Aufsatz von Harold Garfinkel, Conditions of successful degradation ceremonies, in: AJS, 61, 1956, S. 420-424.

lautet: Resozialisierung ist nichts anderes als eine Heilungsideologie, hinter der sich die Gewalt der bürgerlichen Gesellschaft versteckt. Die Gegentheorie dazu ist: Resozialisierung bedeutet die Wiederanerkennung des Täters als eines Mitgliedes der bürgerlichen Gesellschaft.¹⁸

Diese Theorien und ihre Gegentheorien erzählen jeweils unterschiedliche Geschichten über die Entwicklung des Strafrechts. Um zwischen diesen Theorien zu entscheiden, muss ein Rationalitätsgesichtspunkt benannt werden, von dem aus die empirischen Entwicklungen als Beiträge zu einem Prozess gesellschaftlicher Rationalisierung oder als Blockierungen eines Prozesses gesellschaftlicher Rationalisierung gesehen werden können. Das erfordert eine Theorie der Rationalstruktur des Rechtssystems in der Moderne. Sie soll im folgenden systematisch eingeführt werden.

2.2 Die Rationalität institutioneller Selektivität

Solange eine Theorie der Entwicklung des Strafrechts in der Moderne auf eine Theorie selektiver Institutionalisierung abstellt, die die Entwicklung des Strafrechts aus den Anpassungsproblemen an eine Umwelt ableitet, bleibt sie tautologisch. Denn unter diesen theoretischen Bedingungen erscheint jede Institutionalisierung als eine gelungene Institutionalisierung, wenn sie nur stattgefunden hat. Sie erlaubt es nicht mehr, zwischen unterschiedlichen Institutionalisierungsweisen im Hinblick auf ihre evolutionäre Bedeutung für die Modernität des Strafrechts zu unterscheiden.

Um härtere Kriterien für die evolutionäre Bedeutung von Institutionalisierungsprozessen finden zu können, ist zu klären, warum und aus welchen Gründen selektiert wird und wie schließlich mit dem Ausselektierten umgegangen wird. Es stellt sich also erstens die Frage, welches Rationalitätsprinzip der Selektivität des Strafrechts zugrunde liegt. Es stellt sich zweitens die Frage, wie das Nicht-Realisierte institutionell verarbeitet wird.

Die im folgenden skizzierte Theorie der Rationalstruktur des Strafrechts geht davon aus, dass die Transformation von Ideen in Institutionen über den Mechanismus läuft, der die kulturelle Modernität begründet hat: über den Mechanismus egalitär-diskursiver Auseinandersetzung. Der Diskurs ist - und das kennzeichnet die evolutionäre Bedeutung der Aufklärungsbewegung - das Organisationsprinzip kultureller Auseinanderset-

¹⁸ So Lüderssen, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht (2 Bände), Frankfurt 1980, S. 744-749, der dabei auf Herman Bianchi, Ethik des Strafens, Neuwied 1980, verweist. Die Gegenposition findet sich im Selbstverständnis der Reformen für Öffentlichkeit im Strafrecht; neben vielen Carl Welcker, Jury, Schwur- oder Geschworenengericht als Rechtsanstalt oder als politisches Institut, in: Carl von Rotteck/Carl Welcker (Hrsg.), Das Staatslexikon, Bd. 7, Altona, 2. Auflage 1847, S. 687-793; ders., Strafverfahren - Criminalproceß, in: Rotteck/Welcker, Das Staatslexikon, Band 12, Altona 2. Auflage 1948, S. 503-520. Zur Kritik des Resozialisierungsgedankens vgl. M. Franziska Lamott, Zur Heilungsideologie des Strafvollzugs, in: Kritische Justiz, 15, 1982, S. 79-87; zur Gegenkritik Lorenz Böllinger, Unheils-Ideologie. Bemerkungen zu einer Soziologie des Strafvollzugs, in: Kritische Justiz, 15, 1982, S. 88-94.

zungen über das, was normativ gelten soll, geworden. Der Strafdiskurs ist nur eine Spezifizierung des aufklärerischen Diskurses auf eine bestimmtes (und zugleich prekärer) Thema. In dem Maße aber, wie das Problem des Strafens diskursiv behandelt wird, wird der Diskurs zum Strukturmodell, an dem die soziale Realität insgesamt, also das institutionelle System der Gesellschaft gemessen werden kann. Insofern als die Institutionalisierung des Strafrechts nur ein (allerdings selbst prekärer) Spezialfall der Institutionalisierung normativer Strukturen ist, sind auch die Organisationsprinzipien der Strafpraxis an den Organisationsprinzipien diskursiver Auseinandersetzung zu messen.

Die Zentralität diskursiver Organisationsprinzipien in der Moderne impliziert nicht nur einen neuartigen Mechanismus kultureller Evolution in der Moderne, sondern auch einen neuen Mechanismus der Institutionalisierung normativer Strukturen in der Moderne. Der Diskurs bindet beides, die Evolution eines moralischen Diskursuniversums wie die Evolution normativer Strukturen/Institutionen, an Lernprozesse. In demselben Sinne, wie man die Aufklärung als einen kollektiven moralischen Lernprozess rekonstruieren kann, kann die Evolution institutioneller Strukturen in der Moderne als ein *institutioneller Lernprozess* rekonstruiert werden.

Diese Theorie der die Modernität des Strafrechts begründenden Rationalität des Strafrechts hat weit reichende Implikationen. Denn sie lokalisiert die Rationalstruktur des Strafrechts letztlich in der Fähigkeit strafrechtlicher Institutionen, die Strafpraxis als einen Strafdiskurs zu organisieren, und das heißt, in der Strafpraxis selbst die Auseinandersetzung über Sinn und Zweck der Strafe möglich zu machen und weiter zu treiben.

Zu klären bleibt allerdings die Frage, wie im Rahmen diskursiver Rationalität mit dem Nichtdiskursiven der Strafpraxis, mit dem Nicht-Realisierten umgegangen werden kann. Eine solche Frage bleibt dem streng positiven Blick auf die Realität eine abstruse Frage. Sie ist jedoch einfach zu beantworten: auch das Ausselegierte bleibt weiterhin eine mögliche Orientierung der Praxis. Es hängt von der Struktur der Praxis ab, ob sie dieses Ausselegierte mitlaufen lassen kann oder ob sie es abspalten muss.¹⁹ Als rational kann deshalb nur eine Praxis bezeichnet werden, die nicht auf Abspaltung, sondern auf permanente Diskussion des immer Wiederkehrenden setzt. Das heißt institutionell, dass sie Verfahren bereithalten muss, die eine kollektive Einigung über das Nicht-Realisierte, das latent Gehaltene jederzeit möglich machen und damit die Grenzen des Institutionalisierbaren prinzipiell offen halten.

¹⁹ Die Rede von der Latenz kultureller Gehalte setzt eine strukturalistische Methodologie voraus. Das impliziert, jenseits einer individualistischen Vorstellung von Kultur unter Kultur die Gesamtheit kognitiver Orientierungen zu verstehen, die einmal in den gesellschaftlichen Diskurs eingebracht worden sind. Die Rationalität der Gesellschaft bemißt sich dann in nichts anderem als darin, dieses Diskursuniversum zu reproduzieren und zugleich die Reproduzierbarkeit des Diskurses als Prozeß sicherzustellen. Damit ist zugleich ein theoretischer Zugang für das Problem möglicher pathologischer Entwicklungspfade in der Moderne eröffnet. Zu diesen methodischen Problemen vgl. Eder, a.a.O., S. 114ff.

2.3 Die Zivilisierung staatlicher Gewalt

Gefordert ist somit eine Theorie der Rationalität, die sich nicht auf die Struktur der Ideen, sondern auf die Struktur diskursiver Praxis gründet. Sie bietet den Schlüssel zu einer rationalen Rekonstruktion der Geschichte legitimer Gewaltausübung in der Moderne. Wenn die Rationalität des Strafrechts in der Selektivität der institutionellen Praxis selber zu suchen ist, dann kann man den Prozess der Institutionalisierung des modernen Strafrechts als einen Prozess der *Zivilisierung*²⁰ legitimer staatlicher Gewaltausübung sehen. Die strafrechtliche Definitionsarbeit und Vollzugsarbeit (also die selektive Praxis des Strafens) ist der Ort, an dem die Frage der Zivilisierung gesellschaftlicher Gewalt und damit der Grad der Rationalität des Strafrechts entschieden wird. Allerdings kann dieses Theorem der Zivilisierung unterschiedlich interpretiert werden.

Eine erste Deutung steht in der Tradition einer noch ungebrochen ideengeschichtlich orientierten Strafrechtsgeschichte.²¹ Sie sieht in der Strafrechtsgeschichte den rationalisierenden Geist der philosophischen Ideen verkörpert; sie glaubt noch an den rationalisierenden Effekt der "guten" Ideen. Sie kann dies allerdings nur um den Preis tun, die weniger guten Ideen, die in der Moderne an das Strafrecht auch herangetragen worden sind, zu vergessen. Eine solche Theorie der Strafrechtsentwicklung in der Moderne bleibt damit aus systematischen Gründen unzureichend. Eine soziologische Deutung des Zivilisierungstheorems sieht das Recht des modernen Staates auf Gewaltausübung als eine Institution, die ihre Rationalität daraus gewinnt, dass sie diskursive Strukturen in das Strafrecht einbaut. Nicht die Ideen der Strafrechtsphilosophen und Strafrechtstheoretiker, sondern die Strukturen einer aufklärerischen, d.h. so diskursiv wie möglich organisierten Strafpraxis entscheiden über die Zivilität von rechtlich legitimer Gewaltausübung.²²

Aus der Logik diskursiver Verständigung lässt sich für die Institutionalisierung des Strafrechts ein systematisches Rationalitätskriterium ableiten, das die Zivilisierung von Gewalt ermöglichen kann. Diskursive Kommunikation gründet auf einem zentralen Prinzip, das sich als Organisationsregel folgendermaßen formulieren lässt: niemand darf von diskursiv organisierter Kommunikation ausgeschlossen werden. Das Prinzip der Emanzipation, das den aufklärerischen Diskurs konstituiert hat, kann im Hinblick auf die Institutionalisierung einer Rechtspraxis als ein einschränkendes Prinzip reformuliert werden: nämlich als Prinzip des *Entmündigungsverbot*s. In dem Maße, wie die

²⁰ Zur Rede von der "Zivilisierung" staatlicher Gewalt siehe Norbert Elias, *Der Prozeß der Zivilisation*, Frankfurt, 2. Auflage 1971. Elias greift dieses Thema sowohl auf der Persönlichkeitsebene (Tischsitten!) wie auf der institutionellen Ebene (der Zivilisierung des Staates im Absolutismus) auf. An die letztere Perspektive schließen die folgenden Überlegungen an.

²¹ Einen guten Überblick und eine systematische Kritik liefert Michael Ignatieff, *State, Civil Society and Total Institutions: A Critique of Recent Social Histories of Punishment*, in: Stanley Cohen/Andrew Scull (Hrsg.), *Social Control and the State*, New York 1983, S. 75-105.

²² Zur Frage diskursiver Organisationsprinzipien im modernen Recht vgl. Klaus Eder, *Prozedurale Rationalität*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1976 (im Druck).

Institutionalisierung staatlicher Gewalt diesem Imperativ gehorcht, können wir von einem institutionellen Lernprozess sprechen. Das Kriterium des Entmündigungsverbot besagt, dass niemand so behandelt werden darf, dass ihm die Fähigkeit zur Verantwortung des eigenen Handelns prinzipiell abgesprochen wird. Das impliziert enge Grenzen der Sicherungsverwahrung, der Behandlung in Nervenheilstätten oder Umerziehungsinstitutionen. Das impliziert die Anerkennung strafprozessualer Grundrechte des Täters im Strafverfahren. Das Entmündigungsverbot bezieht sich somit auf den *Prozess* der Beurteilung einer Tat und auf den *Umgang* mit dem Täter. Die Regel des Entmündigungsverbot erzwingt den Einbau dialogischer Strukturen in die Strafpraxis. Rationalisierung des Strafrechts in der Moderne heißt also Durchsetzung des Dialogpostulats in der Aushandlung des Unrechts im strafrechtlichen Verfahren und in der Herstellung von Strafgerechtigkeit im Strafvollzug. Das Strafverfahren ist der Ort, an dem über Handlungsunrecht entschieden wird. Der Strafvollzug ist der Ort, an dem über Strafgerechtigkeit entschieden wird.

Die Rekonstruktion der Institutionalisierungsgeschichte des modernen Strafrechts als eines institutionellen Lernprozesses kann an zwei Dimensionen der Praxis des Strafens ansetzen: an der prozeduralen Regelung der Straffindung und an der prozeduralen Regelung des Strafvollzugs, also an der justiziellen wie der administrativen Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols. Im ersten Fall geht es um die Strukturmerkmale gerichtlicher Verfahren, im zweiten Fall um die Strukturmerkmale administrativer Verfahren. Daran bemisst sich die Rationalität der Strafgerichte einerseits, der Strafanstalten andererseits.

Allerdings gerät eine vollständige Institutionalisierung gemäß diesem Rationalitätsprinzip in praktische Schwierigkeiten. In den Institutionalisierungsprozess müssen Rechtfertigungen für die Einschränkungen des Entmündigungsverbot eingebaut werden, die sich im historischen Prozess der Institutionalisierung ergeben haben. Der Institutionalisierungsprozess des Strafrechts wird deshalb von einer kognitiven Thematisierung dieser Strafpraxis, nämlich von juristischen und rechtsphilosophischen Theorien über die richtige Rechtspraxis begleitet. Diese strafrechtliche Thematisierungsarbeit wächst in dem Maße, wie die Rechtspraxis von den Imperativen moderner Rationalität abweicht und deshalb zur Rechtfertigung von Einschränkungen diskursiver Rationalität gezwungen wird.

Die kognitive Thematisierung dieser Einschränkungen ist ihrerseits ein zusätzlicher Indikator für die Rationalstruktur des Strafrechts. Denn sie markiert einerseits die Distanz des institutionell Realisierten zum modernen Ideal institutioneller Rationalität. Und sie enthält andererseits kognitive Muster der Rechtfertigung dieser Distanz, die auf ihre Kompatibilität mit einer modernen universalistischen Moral hin analysiert und bestimmt werden können. Das eröffnet theoretische Möglichkeiten dafür, den Grad der Abweichung nicht nur in empirischer Hinsicht, sondern auch in Hinsicht auf die Rationalstruktur der kulturellen Moderne bestimmen zu können, oder in anderen Worten: den pathogenen Charakter unvollständiger Institutionalisierungsversuche eines modernen Strafrechts identifizieren zu können.

Im folgenden soll in zwei Schritten die Rationalität der Institutionalisierung eines modernen Strafrechts analysiert werden. In einem ersten Schritt werden die Organisations-

prinzipien der Strafpraxis, in einem zweiten Schritt dann die kognitiven Regelungen dieser Strafpraxis rekonstruiert mit dem Ziel zu zeigen, inwieweit und warum die Geschichte dieser Institutionalisierung²³ dem Muster eines institutionellen Lernprozesses folgt oder nicht.

3 DIE INSTITUTIONALISIERUNG DER MODERNEN STRAFPRAXIS

3.1 Die Normierung der Strafrechtssprechung

Dass die Geschichte der Institutionalisierung des Strafrechts mit den Organisationsprinzipien egalitär-diskursiver Auseinandersetzung zu tun hat, lässt sich in Form einer empirischen Entwicklungshypothese formulieren. In der Entwicklung vom inquirierenden Richter, der monologisch in freiem Ermessen und in freier Beweiswürdigung überlegt, hin zum Parteiprozess mit kontradiktorisch argumentierenden Prozessparteien²⁴ wird die Rationalität erzeugt, die die Zivilisierung staatlicher Gewalt ermöglicht. Im Inquisitionsverfahren ergibt sich aus der Beweiserhebung bereits das unausweichliche Urteil. Im kontradiktorisch geführten Verfahren dagegen werden empirische Beweiserhebung und normatives Urteil formal getrennt. Das inquisitorische Verfahren ist durch prozedurale Regeln gekennzeichnet, die die gerichtliche Argumentation virtualisieren. Der kontradiktorische Prozess vor einem unparteiischen Dritten überlässt dagegen die empirische Wahrheitsfindung (die Bewertung der empirischen Tatsachen) dem Richter. Das Urteil erscheint idealiter als das Ergebnis einer argumentativen Auseinandersetzung. Dieses "realdiskursive" Moment wird allerdings dadurch eingeschränkt, dass dem Richter eine metadiskursive Funktion zugestanden wird.²⁵

Diese Entwicklungsthese geht davon aus, dass der Inquisitionsprozess eine erste moderne Form des Strafverfahrens insofern ist, als er auf die Ermittlung der Wahrheit

²³ Der Gegenstandsbereich der folgenden Rekonstruktionsversuche ist primär die deutsche Rechtsgeschichte.

²⁴ Zur Verfahrensgeschichte speziell vgl. vor allem Ingo Müller, Rechtsstaat und Strafverfahren, Frankfurt 1980; Klaus Eder, Geschichte als Lernprozess?, Frankfurt 1985, S. 367ff.

²⁵ Eine genaue Klärung der diskursiven Regeln juristischer Argumentation erlaubt es, die möglichen Entwicklungspfade prozeduraler Rechtsnormen zu identifizieren. Die formale Rationalisierung des Rechts geht von Minimalbedingungen rechtlicher Argumentation aus, nämlich von logischer Kohärenz; dies wird in Deutschland durch die Orientierung am *usus modernus pandectarum* gewährleistet, der den konsistenten Anschluss an Präzedenzen sichert; dessen Praxisrelevanz zeigt sich an argumentationstechnischen Handbüchern wie dem des bedeutenden Pandektisten Böhmer (*Succincta manuductio ad methodum disputandi et conscribendi disputationis juridicos*, Halle 1703). Eine neuere Variante dieser Tradition sind die diskurstheoretischen Konzeptionen juristischen Argumentierens; vgl. dazu Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt 1978; Ralf Dreier, Recht - Moral - Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt 1981.

durch rationale Formen gerichtet ist. Der Richter hat die absolute Gewalt in der Behandlung des Einzelfalls: Tatermittlung, Beweise und Urteil liegen in der alleinigen Hand des Richters. Der Richter ist - zumindest der Idee nach - unabhängig von der Staatsgewalt. Machtsprüche des Königs oder Fürsten sind als Eingriffe in die Entscheidungsfreiheit des inquirenden Richters verstanden worden.²⁶ Sie werden im Laufe des 19. Jahrhunderts dann auch weitgehend zurückgedrängt (im ALR sind sie ganz verboten), so dass bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts der Inquisitionsprozess voll durchrationalisiert ist. Unter dem Einfluss des Naturrechts wird der Inquisitionsprozess auch im Hinblick auf die in ihm verwandten Mittel "rationalisiert". Die preußische Kriminalordnung von 1806 ist dafür ein Musterbeispiel: sie schafft die Folter gänzlich ab und beschränkt damit das Beweisverfahren auf freiwillige Geständnisse oder auf die Bewertung der vorliegenden Informationen.

Das Inquisitionsverfahren hat auch die partikulare Strafverfolgung durch die stetige Unterdrückung des Akkusationsverfahrens, das den Klägern und Angeklagten prinzipiell die Möglichkeit des privaten Ausgleichs gegeben hat, beseitigt. Das Inquisitionsverfahren sichert so die Universalität und Generalität der staatlichen Gewalt im Strafprozess. Strafverfolgung findet statt, sobald ein staatliches Interesse berührt wird. Der Staat hat das Monopol der Strafverfolgung. Die Restbestände privater Abmachungen in strafrechtlich relevanten Bereichen werden in den Zivilprozess abgedrängt. Das Inquisitionsverfahren stellt sich also als eine neutrale Instanz dar, die sich vom Fürsten ebenso unabhängig weiß wie von den Ständen. Insofern entspricht der Inquisitionsprozess dem naturrechtlichen Postulat nach Allgemeinheit und Generalität des Gesetzes.

Im Hinblick auf die empirische Wahrheitsfindung gilt im Inquisitionsprozess die Regel der freien Beweiswürdigung durch den inquirenden Richter. Es gibt keine Möglichkeiten für den Angeklagten, Beweise anfechten zu können, wenn die Beweiserhebung einmal abgeschlossen ist. Dahinter liegt die Annahme, dass eine unparteiliche Beweiswürdigung durch den Richter die Wahrheit ans Licht bringen würde und dass alle Versuche von Seiten des Angeklagten, sich zu verteidigen, nur Versuche seien, die Wahrheit zu vertuschen. Die Verteidigung vor dem Richter, die nach dem Urteilsspruch des Richters eingeräumt worden ist, wird als nichts anderes als ein Mechanismus verstanden, die Einsicht des Beschuldigten in sein Handlungsunrecht durch Aufklärung seiner Ausflüchte und Vertuschungsversuche zu unterstützen.

Während der Inquisitionsprozess den einzelnen zum bloßen Objekt des inquirenden Richters macht, ist der "reformierte Strafprozess" (eine Forderung etwa seit der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts) dadurch gekennzeichnet, dass der Beschuldigte als Prozesspartei anerkannt wird. Der reformierte Strafprozess beruht auf dem kontradiktorischen Verfahren.²⁷ Das Mittel, mit dessen Hilfe man der Wahrheit näher zu kommen ver-

²⁶ Zur Rolle der Machtsprüche und ihrem Abbau vgl. Schmidt, a.a.O., S.213f.; Eder, a.a.O., S. 364f. mit weiteren Literaturhinweisen.

²⁷ Der Unterschied zum inquisitorischen Verfahren liegt in einer neuartigen Form der Wahrheitsermittlung und Gerechtigkeitspflege; Vgl. dazu Julius Vargha, Die Vertheidigung in Strafsachen, Wien 1879, S. 271: "unser reformierter Strafprozeß strebt ebenso wie der ehemalige Inquisitionsprozeß

sucht, ist das Streitgespräch. Das Streitgespräch ist dadurch ausgezeichnet, dass es die Beschuldigten/Betroffenen von Objekten zu Subjekten einer rechtlichen Argumentation macht.

Diese Subjektstellung erfordert die Beteiligung des Beschuldigten am Prozess. Das impliziert zunächst die Mündlichkeit des Prozesses. Schriftlichkeit ist das Charakteristikum der Arkanpraxis inquisitorischer Gerichte. Sie virtualisiert die argumentative Auseinandersetzung. Die Anerkennung des Beschuldigten als einer gleichberechtigten Prozesspartei erfordert dagegen die Mündlichkeit des Verfahrens. Nur so kann die offene Diskussion strittiger Punkte gewährleistet werden. Die Öffentlichkeit des Verfahrens dient somit als zusätzliche Sicherung des mündlich geführten kontradiktorischen Prozesses.²⁸

Idealer erscheint auch das staatliche Interesse, nämlich der Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung einer Rechtsordnung, als ein Parteiinteresse im kontradiktorischen Verfahren. Zur Mündlichkeit und Öffentlichkeit wird noch die formale Trennung des Richters vom Staat hinzugefügt, was in der Staatsanwaltschaft institutionell festgeschrieben wird²⁹, als eine weitere Sicherung hinzugefügt. Damit ist ein argumentativer Prozess institutionalisiert, in dem die Rolle von Anklage, Verteidigung und Urteilsfindung getrennt sind und diese nur als Prozessparteien beteiligt sind.³⁰

Durch diesen Entwicklungsschritt verändert sich insbesondere das Beweisrecht. Im Beweisrecht werden diejenigen Beweise verboten, die einer diskursiven Wahrheitsfindung widersprechen. Die peinliche Frage und das gegen leugnende Inquisiten zu beachtende Verfahren sind mit einem die Rechte des Angeklagten betonenden Verfahren inkompatibel (im bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 werden sie zum ersten Male

nach materieller Wahrheit und seinem Wesen und Ziele ist er daher durchaus nicht von ihm verschieden; was beide scheidet, sind einzig die verschiedenen Mittel, die sie zur Erreichung dieses Zieles anwenden".

²⁸ Eine ausführliche Diskussion über das Öffentlichkeitsprinzip findet sich in Peter-Paul Alber, Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren, Berlin 1974.

²⁹ Zur Einführung der Staatsanwaltschaft siehe Erhard Blankenburg/Hubert Treiber, Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland, in: Leviathan 2, 1978, S. 161-176; Hans Günther, Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution, Berlin 1973.

³⁰ Vgl. dazu die Argumente in Carl Joseph Anton Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunst im deutschen Originalprocesse und in dem auf Öffentlichkeit und Geschworenengerichten gebauten Strafverfahren mit Beispielen, Landshut, 3. Auflage 1928. Er hat sie folgendermaßen zusammengefaßt: "Der Strafprozeß entspricht nur dann den Forderungen, welche von den Bürgern an den Staat gemacht werden können, wenn ein Verhältnis der Anklage zur Vertheidigung so reguliert ist, dass eine völlige Gleichheit der Rechte zwischen Ankläger und Angeklagten garantiert wird, und der Richter die Überzeugung erhält, dass der Angeschuldigte die ausgedehntesten Befugnisse hatte, die Anklage abzuwehren, und wenn zugleich die Untersuchung selbst so geführt wird, dass unparteiisch jeder zur Entdeckung der Unschuld oder eines für den Angeklagten mildernden Umstandes gehörigen Grund erforscht wird". Mittermaier, a.a.O., S. 1f.

abgeschafft). Alle empirischen Beweise, die nicht in einer fairen Untersuchung, und d.h. nun: in einer Untersuchung, in der jederzeit die Möglichkeit der Verteidigung gegeben ist, erhoben werden, sind verboten.

Der neue Gesichtspunkt der Öffentlichkeit der Verhandlung mit der garantierten Verteidigungsmöglichkeit in allen Phasen der Untersuchung sowie die Beweisverbote, die sich daraus ergeben³¹, sind der Ausgangspunkt für eine Reihe von Reformversuchen geworden. Die Erfahrung, dass Öffentlichkeit im Strafverfahren sich nicht unbedingt von selbst herstellt, Verteidigungschancen an finanzielle Mittel gebunden sind, hat zu ergänzenden Regelungen wie dem Abbau von Kommunikationsbarrieren und Zugangsbarrieren zum Gericht durch Rechtshilfe, Pflichtverteidigung u.ä. geführt.³² Die Tatsache, dass Öffentlichkeit und kontradiktorischer Prozess nicht bloß durch negative Bestimmungen, sondern durch positive gesetzliche Leistungen hergestellt werden kann, impliziert jedoch keinen neuen Entwicklungsschritt in der prozeduralen Rationalisierung des Rechts. Sie sind eher als Ansätze zur Implementierung des Prinzips des kontradiktorischen Verfahrens zu interpretieren.

Zu den prozeduralen Innovationen, die über die Institutionalisierung des kontradiktorischen Verfahrens hinausgehen, gehören die Einzelabwägungen von Vor- und Nachteilen eines Strafverfahrens für das Gemeinwohl. Solche Folgenüberlegungen relativieren das Legalitätsprinzip. Sie entkoppeln das Gerichtsverfahren von der Form einer rigiden "Gerechtigkeitsmaschine". Solche Überlegungen, die sich seit dem Ersten Weltkrieg zunehmend in den Strafprozessordnungen finden, gehen vom Opportunitätsprinzip aus.³³ Gesetzliche Vorschriften werden nicht mehr rigide in jedem Falle angewandt. So sagt der § 153 StPO, dass von einer Verfolgung politischer Taten dann abgesehen werden kann, "wenn die Durchführung des Verfahrens die Gefahr eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde, oder wenn der Verfolgung "sonstige überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen".

Einer möglichen Willkür (hinsichtlich des Verfolgens oder Nicht- Verfolgens) kann nur durch detaillierte prozedurale Regelungen des Prozesses, in dem über Nichtverfolgung entschieden wird, begegnet werden. Solche Normierungen erfordern die Herstellung einer Situation, in der ein Rechtfertigungsdiskurs der Nichtverfolgung geführt werden

³¹ Das kontradiktorische Verfahren und die ihm entsprechenden Beweisverbote enthalten Regeln, die ihrerseits nur diskursiv begründet werden können. Viehweg hat das folgendermaßen formuliert: "Die Beweislastverteilung und die Fähigkeit, den Beweis zu führen, spielen in den meisten juristischen Verfahren die entscheidende Rolle. Das bedeutet aber, dass im Kern eine Verfahrenspflicht entscheidet, die aus jeder kommunikativen Redesituation zu rechtfertigen ist". Siehe Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, München, 5. Auflage 1974, S. 118f.

³² Zur Diskussion um Rechtserleichterung durch Rechtshilfe, Gratisberatung etc. vgl. Erhard Blankenburg/Ekkehard Klaus/Hubert Rottleuthner (Hrsg.), Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe. Empirische Ansätze im internationalen Vergleich, Opladen 1978.

³³ Vgl. Eberhard Schmidhäuser, Einführung in das Strafrecht, Reinbek 1972, S. 258.

kann. Das aber bedeutet institutionell, die gesellschaftlichen Folgen eines rigiden Rechtshandelns (das auf Verfolgung verpflichtet ist) in den Prozess der Rechtsentscheidung einzubauen.

Allerdings ist diese Aufweichung der klassischen prozeduralen Rationalität mit hohen Risiken verbunden. Der Weg zum Argument einer "funktionstüchtigen Strafrechtspflege" ist hier nicht mehr weit.³⁴ Dies bedeutet eine systematische Einschränkung von strafprozessualen Grundrechten. An die Stelle der Sicherung solcher Grundrechte treten dann Ziele wie die Findung materieller Wahrheit, die Aufklärung insbesondere schwerer Straftaten und die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung. Mit diesen Zielen aber wird das Strafverfahren an der Effektivität staatlicher Verbrechensbekämpfung orientiert, aber nicht mehr am Schutz des Bürgers vor staatlicher Gewalt.

Diese Rekonstruktion der Verfahrensgeschichte zeigt, dass sich die institutionellen Bedingungen der Strafpraxis in einer ganz bestimmten Art und Weise verändert haben. Die Entwicklung gerichtlicher Verfahren ist dadurch ausgezeichnet, dass Möglichkeiten für das Führen von Strafdiskursen eingebaut werden. Die Durchsetzung diskursiver Organisationsprinzipien im Prozess der Ablösung inquisitorischer Verfahren ermöglicht es, das Prinzip des Entmündigungsverbot als regulative Idee institutioneller Lernprozesse im Strafrecht bestimmen zu können.

Allerdings betrifft diese Rationalisierung des Strafverfahrensrechts nur eine institutionelle Seite der Strafpraxis. Die andere - komplementäre - Seite betrifft die Rationalisierung des Strafvollzugs, eines Praxisbereichs, dessen Modernisierung und Rationalisierung problematischer und schwieriger gewesen ist und weiterhin zu sein scheint.

3.2 Die Normierung des Strafvollzugs

Die vom Richter verhängte Strafe ist der Ausgangspunkt für das Verfahren, in dem eine Strafe am Beschuldigten vollzogen wird. Erst im Strafvollzug gewinnt das Strafrecht jene Wirklichkeit, so wie sie vom Bestraften erlitten und erlebt wird.

Dieser zentralen Bedeutung des Strafvollzugs für die Institutionalisierung rechtmäßiger Gewalt entspricht allerdings nicht ihr rechtlicher Status. Das StGB enthält nur minimale Bestimmungen zum Strafvollzug. Die rechtliche Institutionalisierung des Strafvollzugs ist nicht in der Form rechtsstaatlicher Verrechtlichung gelaufen. Das Recht des Strafvollzugs ist nur partiell Gesetzesrecht geworden. Es ist überwiegend bloßes Organisationsrecht, das sich durch Praxis fortentwickelt hat. Ein allgemeines Strafvollzugsgesetz ist erst in den 70er Jahren dieses Jahrhunderts konkretisiert worden.³⁵ Dies allein ist

³⁴ Zum Topos der "funktionstüchtigen Strafrechtspflege" vgl. Eckart Riehle, Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien, in: Kritische Justiz, 13, 1980, S. 316-324.

³⁵ Zur Verrechtlichung des Strafvollzugs vgl. Thomas Berger, Geschichte und Schranken der Strafvollzugsreform, in: Kritische Justiz, 7, 1974, S. 237-250; ders., Die konstante Repression, Zur Geschichte des Strafvollzuges in Preußen nach 1850, Frankfurt 1974; Heinz Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, Köln/Berlin 1970.

bereits ein Indikator für die prekäre Rolle, die das Strafen dann spielt, wenn es nicht nur als symbolischer Abschluss des Strafverfahrens gesehen, sondern auch exekutiert wird.

Die Geschichte des Strafvollzugs ist in der jüngeren kriminologischen Literatur Gegenstand kontroverser Erklärungsstrategien gewesen.³⁶ Man hat dabei politökonomische Ansätze gegen symbolisch- strukturelle Ansätze ausgespielt. Die Unentschiedenheit dieser Diskussion liegt daran, dass der Funktionsbezug uneindeutig ist. Der Strafvollzug erfüllt mehrere Funktionen zugleich. Die folgende Rekonstruktion der Geschichte des Strafvollzugs geht anders vor: sie sieht Funktionen als nur kontingente Folgen eines einer internen Logik gehorchenden Strukturwandels.

Die ersten Ansätze, von der primär grausamen Strafexekution, der öffentlichen Bestrafung wegzukommen, sind die berühmten ersten Zuchthäuser in London (1555) und Amsterdam (1596).³⁷ Die Gefangenen wurden kaserniert und mit Arbeit beschäftigt, die wenig Qualifikation, aber viel Disziplin verlangt hat: nämlich manufaktueller Arbeit. In Preußen ist das Zuchthaus vor allem für das Textilgewerbe bedeutsam geworden. Inwieweit diese ökonomische Verwertbarkeit der Gefangenenarbeit den Übergang von den Leibesstrafen zur Freiheitsstrafe gefördert hat, ist eine offene Frage.³⁸ Die Vorstellung jedoch, nicht mehr körperlich zu martern, sondern Freiheit zu entziehen, setzt eine kulturelle Umdeutung der Person voraus: als das Verletzlichste muss die psychische Integrität eines Menschen, nicht mehr seine bloß körperliche Identität verstanden werden. Die pädagogischen Ideologien der Umerziehung werden auf eine anderen Ebene angesetzt: sie setzen an der Autonomie des Persönlichkeitssystems an.

Diese Autonomie ist - und das ist das entscheidende Moment - nicht eine abstrakte weltbürgerliche Autonomie (Weltbürger waren selten in den Strafvollzug verwickelt), sondern die einer rigiden individualistischen, auf Konkurrenz setzenden Arbeitsethik. Die Strafvollzugsanstalten üben in eine Arbeitsethik ein, die der traditionellen Arbeitsethik (etwa symbolisiert in der Tradition des blauen Montag³⁹) entgegengesetzt ist. Der Strafvollzug erweist sich insofern als ein wichtiger Mechanismus der Einübung in eine moderne Moral: in die Moral der individuellen Verantwortung für das eigene Handeln und in die Moral der Konkurrenz.

³⁶ Einen guten Überblick über die diversen kriminologischen Ansätze bietet Gerd H. Wächter, Der doppelte Charakter des Strafrechts, in: Kritische Justiz, 17, 1984, S. 161-185.

³⁷ Zu den ersten Zuchthäusern vgl. Schmidt, a.a.O., S. 187ff; Berger, a.a.O., S. 238f.

³⁸ Damit sind offene Erklärungsprobleme der Strafrechtsgeschichte angeschnitten; vgl. dazu Klaus Lüderssen, Kollektive Zurechnung - individualisierende Haftung. Ein "Grundwiderspruch der modernen Kriminalpolitik?", in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Frankfurt 1980, S. 737- 752, hier: 744ff.

³⁹ Zum "Blauen Montag" siehe Douglas A. Reid, Der Kampf gegen den "Blauen Montag" 1766-1876, in: Detlev Puls (Hrsg.), Wahrnehmungsformen und Protestverhalten. Studien zur Lage der Unterschichten im 18. und 19.Jahrhundert, Frankfurt 1979, S. 265-295.

1851 wurde die Zuchthausstrafe im preußischen StGB - und hier artikuliert sich weiterhin der absolutistische Geist - als Freiheitsentzug mit Zwangsarbeit definiert (§11 PrStGB). Was diese Form kennzeichnet, ist eine Mischung von zwei - miteinander nicht mehr kompatiblen - kulturellen Orientierungen: dass einerseits der Verlust von Freiheit Lernprozesse auslösen soll, dass andererseits aber ein gewisses Quantum an Qual ebenso notwendig sei. Diese Vermischung von alt und neu zeigt sich auch an der Dominanz kollektiver Arbeits- und Schlafformen, die sich aus alten Traditionen erhalten haben.⁴⁰ Das Individualitätspostulat bleibt auf die Sphäre der Arbeit beschränkt; die Reproduktion (also die Sphäre der Nichtarbeit) bleibt traditional geregelt. Insofern erweist sich diese erste moderne Form des Strafvollzugs als eine Überleitungsformel weg von traditionellen Normierungen der Gewaltausübung hin zu modernen.

Gegen das Moment des Quälens haben sich im Laufe des 19. Jahrhunderts Reformvorschläge gerichtet, die auf eine Veränderung der Strafvollzugspraxis gedrängt haben. Die zwei konkurrierenden Theorien sind einmal die der "inneren Bekehrung" in Einzelzellen (einer in der traditionellen Gesellschaft undenkbaren Form der Behandlung). Diese Form des Freiheitsentzugs ist eine - der Arbeitsethik nur locker zuordenbare - Sublimierung der absolutistischen Praxis des Strafvollzugs. Die andere ist die der stufenweisen Besserung durch zunehmende Hafterleichterung bei Wohlverhalten des Gefangenen.

Die Entwicklung des Strafvollzugs in Preußen nimmt allerdings durch die Militarisierung des Strafvollzugs eine spezifische Wendung. Schweigegebote, Neueinkleidung, Anrede mit Du, Versagung sexuellen Verkehrs machten die Vereinzelung der Gefangenen möglich. Sie erlaubten die totale bürokratische Kontrolle des Lebens in den Zuchthäusern und Gefängnissen.⁴¹

Die Zellengefängnisse werden erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts eingeführt. Insbesondere das Argument der Kosten verhinderte zunächst die Einführung. 1923 wird auf dem Verwaltungsweg der Stufenvollzug eingeführt und damit explizit mit der absolutistischen Tradition gebrochen. Der Nationalsozialismus allerdings kehrt dies wieder um. Er plädiert wieder dafür, den Gefangenen ein empfindliches Übel anzutun und bei denen, die einer inneren Erziehung nicht zugänglich sind, Hemmungen gegen Straftaten "einzubauen".

Erst in der Nachkriegszeit wird der entstandene Nachhang in der Entwicklung einer modernen Strafvollzugspraxis eingeholt. Allerdings vermischt er sich in den Reformgesetzgebungsversuchen mit weitergehenden Intentionen. In ihnen werden zunehmend die Folgen der Kriminalisierung der Täter berücksichtigt. Das hat u.a. zu einer (allerdings nicht weit genug gehenden) Abschaffung der kriminalitätsfördernden (!) kurzfristigen Freiheitsstrafe, zur Abschaffung der resozialisierungsfeindlichen Zuchthausstrafe (zur sog. Einheitsstrafe) sowie zur Errichtung sozialtherapeutischer Anstalten für die

⁴⁰ Zum Übergang von kollektiven zu individuellen Schlafformen siehe Berger, a.a.O., S. 241f.

⁴¹ Die Schweigegebote in den preußischen Strafanstalten sind erst 1918 aufgehoben worden.

rückfälligen Schwerekriminalen geführt.⁴² Darüber hinaus finden sich zunehmend Alternativen zur Freiheitsstrafe: Verfahrenseinstellung, Freispruch, Geldbußen, bedingte Strafen.

Mit dem Übergang zu solchen Strafvollzugsstrategien wird die Form des Strafvollzugs unter den Imperativ gesetzt, die Bedingungen der Möglichkeit von Besserung zu optimieren. Die Bestimmungen über die Kommunikationsstruktur in Strafanstalten werden dann zum entscheidenden Faktor für den Erfolg oder Misserfolg der Maßnahmen der Besserung.

Diese Bestimmungen erfüllen diese Funktion allerdings bislang nur bedingt. Man kann an der Richtung der Änderung zwar ablesen, dass man um die Notwendigkeit weiß, die sich aus der Modernisierung des Strafvollzugs ergibt, dass man mit ihr aber praktisch nicht umzugehen wagt. So sind viele der Reformvorschriften im Hinblick auf Kommunikationsstrukturen in Haftanstalten den konservativen Einwänden, die sich auf die Machbarkeit von Ordnung und Sicherheit beziehen, zum Opfer gefallen. So wird das Recht auf regelmäßigen Besuch auf 2 Besuche von je 30 Minuten Dauer pro Monat ausgedehnt, die aber jederzeit überwacht oder gar untersagt werden können. Die Entscheidung darüber bleibt weiterhin allein beim Gefängnisbeamten. Solange Kenntnisse aus dieser Überwachung gegen den Inhaftierten verwendet werden können, kann von offener Kommunikationsmöglichkeit kaum mehr die Rede sein. Die Einführung von kommunikativen Prozeduren wie Sprechstunden, die Gelegenheit zu Beschwerden, Anregungen etc. geben könnten, hat man so weit als möglich eingeschränkt mit dem Argument, dass diese Rechte zum "Missbrauch" verführen würden. Die Nichtberücksichtigung von Beschwerden bleibt damit prinzipiell weiter möglich - der prozeduralen Innovation wird die Spitze genommen.⁴³ Eine besondere Pointe enthält die Begründung, die den Paketempfang auf drei pro Jahr begrenzt. Der Hinweis darauf, dass die Lebensweise sonst zu sehr erleichtert würde, wieder belebt die alte absolutistische Regel, dass die Haft auch ein Moment der Qual und der Entbehrung enthalten müsse.

Die kommunikative Öffnung der Strafanstalten ist ganz offensichtlich ein steiniger Entwicklungsprozess. Aber ohne diesen Rationalisierungsprozess verlieren besonders Vorstellungen wie die der sozialen Verteidigung⁴⁴ durch das Strafrecht ihren rationalen Halt. Diese Ambivalenz wird besonders deutlich an der Zweiteilung des Strafvollzugs in bessernde und sichernde Maßnahmen. Therapeutisierung⁴⁵ wird von einem Behand-

⁴² Zu den rechtlichen Veränderungen in der Reformphase vgl. Arthur Kaufmann, Schuldstrafrecht und Resozialisierung, in: Radius, 1, 1975, S. 37- 42, insbes. S. 38.

⁴³ Zur Diskussion um die Kommunikationsrechte der Gefangenen in den Strafanstalten siehe Berger, a.a.O., S. 243ff.

⁴⁴ Soziale Verteidigung bedeutet die Reduzierung des Strafvollzugs auf einen (aus unterschiedlichen Zwecken begründbaren) Behandlungsvollzug.

⁴⁵ Zur Kontextuierung des Trends zur Therapeutisierung im Strafvollzug siehe Arno Pilgram, Vom Strafvollzug zum Behandlungsvollzug. Zum Formenwandel der Kriminalpolitik, in: Bewährungshilfe, 29, 1982, S. 273-284.

lungsvollzug flankiert, der auf Sicherstellung in Sonderanstalten abzielt, um die brisantesten Sicherheitsprobleme, die mit der Therapeutisierung des Strafvollzugs befürchtet werden, zu lösen. Das führt zu einer Differenzierung des Maßnahmenvollzugs in Normalvollzug und Sondervollzug, wobei offen bleibt, ob die Rationalität des Maßnahmenvollzugs im Normalvollzug oder im Sondervollzug liegt. Es bleibt offen, ob wie es nur mit dem alten oder ob wir es mit einem reformierten Vollzug zu tun haben.⁴⁶

Die Apotheose der Therapeutisierung der Strafe ist die Beteiligung der zu Bestrafenden an der eigenen Bestrafung selbst. Die Therapeutisierung des Strafens endet in einem Paradox. Die Rede von einer Gemeinschaft der Büßenden und Sühnenden, die auf den Bruch des Rechts nicht mehr mit Strafe, sondern mit kollektiver Sühne reagiert, ist nicht utopische Idee, sondern ein Versuch, ein Kriterium zu finden, das dieses Paradox rational aufzulösen erlaubt. Ob der gemeindenahere offene Vollzug eine rationale Lösung des Therapeutisierungsparadoxes ermöglicht, hängt davon ab, inwieweit die Regel des Entmündigungsverbot unter den empirischen Bedingungen faktischer Unmündigkeit optimiert werden kann.⁴⁷

Auch die Geschichte des Strafvollzugs zeigt - in welcher gebrochener Form auch immer - den Rationalitätsdruck, der mit der Idee der Aufklärung, das soziale Leben nach diskursiven Organisationsprinzipien zu regeln, in die Entwicklung moderner institutioneller Strukturen eingebaut worden ist. Dieser Rationalitätsdruck erlaubt es, von einer Entwicklungslogik moderner Institutionen im allgemeinen, von einer Entwicklungslogik rechtlich geregelter Strafpraxis im besonderen zu reden.

3.3 Zur Entwicklungslogik der modernen Strafpraxis

Die Entwicklungslogik der Praxis des Strafens, die sich in der Rekonstruktion der Geschichte des Strafverfahrens ebenso hat zeigen lassen wie in der Geschichte des Strafvollzugs, lässt sich in diesen beiden Hinsichten folgendermaßen typisieren:

Strafverfahren Strafvollzug

Inquisitorisches Verfahren: monologische Überlegung

Statt körperlicher Bestrafung Nutzung der Arbeitskraft;

der Unparteilichkeit;

⁴⁶ Die Ambivalenz dieser Modernisierung wird besonders deutlich, wenn man bedenkt, dass die ersten Sicherungs- und Besserungsmaßregeln im sog. "Schwerverbrechergesetz" vom 24.11.1933 zum ersten Male Gesetz (§§ 42ff. StGB, gültig bis 30.9.1973) geworden sind.

⁴⁷ Zur Diskussion des Strafvollzugs aus der Perspektive psychiatrischer Reformprojekte vgl. Stanley Cohen, Futuristische Szenarios für das System des Strafvollzugs, in: Franco Basaglia/Franca Basaglia-Ongaro (Hrsg.), Befriedungsverbrechen. Über die Dienstbarkeit der Intellektuellen, Frankfurt 1975, S. 251-272.

der Angeklagte als Objekt der
Freiheitsstrafe als Zwangsarbeit;
kollektive Überlegung
Arbeits- und Schlafformen
Reformierter Strafprozess: Wahrheitsermittlung durch Pädagogisierung des Stra-
fens; Zuchthäuser als Einübung in Arbeitstugenden (Zucht, Ordnung, Sauberkeit,
Gehorsam);
kontradiktorisches Verfahren zwischen Staatsanwalt und Verteidigung;
normative Beurteilung durch neutralen Richter;
Militarisierung des Strafvollzugs; der Angeklagte als Subjekt im Strafverfahren
Einführung des Zellengefängnisses
der Staat als eine Prozesspartei im Verfahren;
Sozialer Strafprozess: es werden die sozialen Folgen
Therapeutisierung des Strafens; Voraussetzung ist der
Rechtsverfolgung als Gründe für die Nichtverfolgung strafbarer Handlungen in
den juristischen Diskurs eingebaut.
die auf freier Entscheidung beruhende Kooperation
der Klienten;
Doppelung des Vollzugs in Sicherung und Besserung
Diese Rekonstruktion richtet den Blick darauf, *wie* strafrechtlich behandelt wird; sie
rekonstruiert die Entwicklung der sozialen Logik der strafrechtlichen Definitionsarbeit,
die Entwicklung der sozialen Logik der Kriminalisierung einer Tat bzw. eines Täters.
Es wird also ein institutioneller Lernprozess rekonstruiert. In dem Maße, wie dieser
institutionelle Lernprozess der Logik kommunikativer Auseinandersetzung folgt, in
dem Maße gelingt die Zivilisierung von Gewalt in der Moderne. Diese Entwicklungs-
logik liegt dem in das Rechtssystem eingebauten Zwang zur Realisierung kommunika-
tiver Strukturen in der strafrechtlichen Definitionsarbeit zugrunde. Noch in den absur-
desten Versuchen, Kommunikation einzuschränken, manifestiert sich dieser interne
Rationalitätsdruck.
Die Verfeinerung der Strafpraxis durch ihre zunehmende normative Rationalisierung ist
allerdings ambivalent: sie ermöglicht einerseits die Bindung strafrechtlicher Definiti-
onsarbeit an "schützende" Formen diskursiver Behandlung; sie eröffnet damit aber
zugleich die Möglichkeit gezielter Eingriffsmöglichkeiten in das Subjekt, das sich auf
diskursiv organisierte Definitionsarbeit eingelassen hat. Diese Ambivalenz vergrößert
sich in dem Maße, wie diskursive Strukturen in die Strafpraxis eingebaut worden sind.

Die kommunikative Rationalisierung der Strafpraxis garantiert also noch nicht, dass die Rationalität des Strafrechts zunimmt. Man kann den Institutionalisierungsprozess eines modernen Strafrechts auch aufhalten und blockieren. Um dieses Problem systematisch in den Griff zu bekommen, muss man jenseits der prozeduralen Form auch die Inhalte untersuchen, die in diesen Formen transportiert werden. Es ist ein offenes Problem, inwieweit das Rationalitätspotential diskursiver Regelungen durch kognitive Strategien wie Dogmatisierung von Recht, Präjudizienbildung u.ä. blockiert und in sein Gegenteil verzerrt werden kann.

Solche Blockierungen institutioneller Lernprozesse setzen voraus, dass die kognitiven Strukturen einer aufgeklärten Moral durch alternative kognitive Strukturen ersetzt oder gebrochen werden können. Wenn das Modell diskursiver Aufklärung im Rechtssystem unwirksam gemacht oder relativiert werden soll, dann muss eine Kultur, die nicht im moralischen Diskurs der Aufklärung, sondern im juristischen Diskurs erzeugt wird, gegen die aufklärerische Kultur gesetzt werden. Das lässt sich in folgende empirische Frage kleiden: inwieweit kann die im juristischen Diskurs erzeugte kognitive Welt (die juristische Kultur) in den Prozess der Institutionalisierung einer aufgeklärten Strafpraxis so intervenieren, dass dieser institutionelle Lernprozess blockiert werden kann? Um diese weiterführende Frage einer Theorie der Institutionalisierung rechtmäßiger Gewalt klären zu können, sind also Struktur und Funktion des rechtssysteminternen Diskursuniversums, also die juristischen Strategien strafrechtlicher Argumentation zu klären.

Der juristische Strafdiskurs lässt in zwei Hinsichten systematisch rekonstruieren: einmal im Hinblick auf die Art und Weise, wie *materielle Wahrheit*, also das, was den Unrechtsgehalt einer Handlung ausmacht, konzeptualisiert wird; zweitens im Hinblick darauf, wie *Strafgerechtigkeit*, also das, was als gerechter Ausgleich für ein Unrecht gesehen wird, konzeptualisiert wird.

Die Suche nach der materiellen Wahrheit ist eine Argumentationsfigur, die sich auf das Problem der angemessenen Kriterien für Handlungsunrecht bezieht. Die Begründungen für Handlungsunrecht enthalten Beurteilungsregeln, die in unterschiedlicher Weise eingeführt werden können. Dabei lassen sich die Beurteilungsstrategien jeweils danach bemessen, inwieweit in ihnen empirische Randbedingungen (der subjektive Willen, der objektive Unrechtsgehalt einer Tat, der soziale Kontext) mit einer Handlung (Tat) verknüpft werden können. In die (gefürchtete) Nähe zur Moral gerät diese "juristische" Sicht, wenn Probleme der Strafgerechtigkeit thematisiert werden. Mit der Strafgerechtigkeit wird eine Argumentationsfigur benutzt, die auf irgendeinen Ausgleich einer Tat zielt. Generalpräventive, spezialpräventive und absolute Straftheorien geben darauf unterschiedliche Antworten.

Die juristische Thematisierung der Strafpraxis im Rechtssystem etabliert eine auf das Rechtssystem spezifizierte "Rechtskultur". Das lässt sich als ein Prozess der *kognitiven* Institutionalisierung eines modernen Strafrechts deuten. Es handelt sich dabei um eine Institutionalisierung "zweiten Grades", um eine Institutionalisierung, die das, was in der Praxis abläuft, kulturell noch einmal stabilisiert (oder destabilisiert). Die Analyse der Institutionalisierung des modernen Strafrechts führt insofern zu einer komplexeren Theorie der Institutionalisierung.

4 DIE THEMATISIERUNG DER MODERNEN STRAFPRAXIS

4.1 Die rechtliche Konstruktion eines Handlungsunrechts

Die rechtliche Normierung eines *Handlungsunrechts* ist untrennbar mit der Frage nach dem adäquaten Verstehen einer als kriminell definierten Handlung verbunden. Kriminelle Handlungen kann man in unterschiedlicher Weise verstehen oder deuten, je nachdem, welcher Aspekt einer Handlung einer rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt wird. Systematisch lassen sich drei Typen der Definition einer kriminellen Handlung unterscheiden⁴⁸, die Kriterien für die Abweichung einer Handlung von der gesellschaftlichen Norm bereitstellen. Daraus ergeben sich dann unterschiedliche Typen der Konstruktion eines Handlungsunrechts.

Ein erster Typus ist die *manifeste (objektive) Kriminalität*. Hier zählt nur der "objektive" Tatbestand der Handlung. Die Handlung manifestiert eine Absicht. In dem Maße, wie eine Handlung die soziale Ordnung bedroht, wird sie kriminalisiert. Ein zweiter Typus ist die *subjektive Kriminalität*. Hier ist die Absicht, ein Rechtsgut zu verletzen, der zentrale Parameter für eine kriminelle Handlung. Die Handlung selber ist nur eine Ausführung der Intention. Sie wird in dem Maße kriminalisiert, wie sie eine kriminelle Intention indiziert. Ein dritter Typus ist die *soziale Kriminalität*. Hier werden die negativen sozialen Folgen einer Handlung, also der Schaden, zum Kriterium für den Unrechtsgehalt einer Handlung. Das Maß des Unrechts besteht in der Verantwortung dafür, den Schaden herbeigeführt bzw. ihn nicht verhindert zu haben.

Eine ideengeschichtliche Analyse kann diese Elemente des Strafdiskurses identifizieren und genauer bestimmen helfen. Eine erste systematische Behandlung des Problems der Zurechnung einer Handlung findet sich bei *Pufendorf*.⁴⁹ Auf dem Hintergrund einer naturrechtlichen Betrachtungsweise (Naturrecht als Inbegriff objektiv-sittlicher Werte) entwickelt er die Lehre von der Imputation. Er unterscheidet zunächst Zurechenbarkeit (imputativitas) und Zurechnung (imputatio). Imputativitas setzt eine freie Handlung voraus, eine indeterministische Auffassung des menschlichen Willens; Zurechenbarkeit bedeutet, dass an den freien Willen sittliche Anforderungen gestellt werden können. Wenn es gilt, dass der Mensch frei verantwortlich ist für Handlungen, bezüglich derer es ihm freisteht, sie zu tun oder nicht zu tun, dann folgt daraus, dass die richterliche imputatio gerechtfertigt ist. Kennzeichnend für diese Konzeption eines naturrechtlichen Freiheitsbegriffs ist, dass sich in jeder "freien" Handlung, also in jeder Handlung, die nicht durch äußere Umstände wie Zwang, Irrtum, Notwehr erzwungen worden ist, der Wille manifestiert. Relevant für eine Bewertung ist somit die Handlung, der ein prinzipiell freier Wille unterstellt werden kann. Im Verhalten manifestiert sich der Wille, der der richterlichen imputatio als Richtschnur dient.

⁴⁸ Vgl. dazu George Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston 1978, S. 388ff.

⁴⁹ zur Diskussion der Pufendorfschen Lehre der Imputation vgl. Schmidt, a.a.O., S. 169ff.

Mit der Auflösung des Naturrechts, auf das sich *Pufendorf* stützt, wird die indeterministische Gleichsetzung von Handlung und Intention problematisch. Neben sie tritt eine Konzeption, in der Handlungen nur mehr als empirische Indikatoren für einen Willen gelten, der sich gegen das Gesetz richtet. Das impliziert, dass nicht mehr von einem freien Willen im Sinne des Naturrechts gesprochen werden kann. Gegenstand richterlicher Beurteilung ist nicht mehr die sittliche Pflicht, entsprechend dem Naturgesetz zu handeln (worin auch die Freiheit des Handelns besteht), sondern die Tatsache, dass einer eine rechtswidrige Handlung begangen hat. Die Übertretung eines Gesetzes ist der einzige Grund rechtlicher Beurteilung. In seiner Lehre von der Imputation zieht *Feuerbach*, der bedeutendste Strafrechtstheoretiker zu Beginn des 19. Jahrhunderts, daraus die Konsequenzen: es gibt kein objektives Handlungsunrecht, sondern nur subjektives Handlungsunrecht.⁵⁰ Was zählt, ist die Intention, ein Gesetz zu übertreten, Recht zu brechen. Das rechtliche Urteil kann nur die Intention des Handelns berücksichtigen. Der Wille wird nur insoweit als schuldig (oder besser: strafbar) verstanden, als er positiv geregelte Rechtsinteressen anderer verletzt.

Das Ergebnis dieser Diskussion besteht darin, strafrechtliche Definitionsarbeit nicht mehr auf die Herstellung einer objektiven Ordnung des Rechts, sondern auf die Vorstellung einer Ermöglichung sittlichen Verhaltens durch das Recht zu gründen. Das Recht als Inbegriff subjektiver Befugnisse soll die Bedingungen für die für das sittliche Verhalten notwendige Freiheitssphäre schaffen. Und wer die Möglichkeit des anderen, diese subjektiven Befugnisse zu realisieren, zu behindern sucht, handelt rechtswidrig.

Die bei *Feuerbach* angelegte Psychologisierung der Vorstellung eines Handlungsunrechts hat im Laufe der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts zu einer weitergehenden Sozialisierung der individuellen Verantwortlichkeit für ein Handlungsunrecht geführt. So hat die sog. "kriminalpolitische Schule"⁵¹ das deterministische Programm Feuerbachs weitergeführt und den Handlungsbegriff weiter von seinen objektivistischen Gehalten gelöst. Was vor allem *Liszt* noch genauer als *Feuerbach* unterscheidet, ist Rechtswidrigkeit und Schuld. Diese Trennung radikalisiert das deterministische Programm. Den man kann nun unabhängig von der Rechtswidrigkeit einer Handlung die Schuldfrage stellen und lösen.

In der Ideengeschichte des Strafrechts lässt sich also zeigen, dass die juristischen Deutungen der manifesten und der subjektiven Kriminalität aus den deterministischen bzw. den indeterministischen Strafrechtslehren begründet werden können. Jenseits des indeterministischen und des deterministischen Programms hat es eine dritte Variante immer schwerer gehabt: dass sich weder aus der Handlung als solcher oder der ihr zugrunde liegenden Intention, sondern nur aus dem Schaden, der durch eine Handlung bewirkt worden ist, dass sich also aus den negativen Folgen, die sich die Gesellschaft selbst zuschreibt, der Unrechtsgehalt einer Handlung ergibt. Diese Konzeption ist wiederum mit dem Problem konfrontiert, dass sich die Gesellschaft nicht alle rechtswidrigen

⁵⁰ ebd., S. 244ff.

⁵¹ ebd., S. 381ff.

Handlungen als schädlich zuschreibt. Sie kriminalisiert Handlungen nur selektiv nach Maßgabe des Schadens, den sie bewirkt haben. Die Grenze zwischen selektiver Kriminalisierung und rechtlicher Willkür wird damit aber unscharf.

Die Folgen der Konzeption, flexibel auf unrechtmäßige Handlungen zu reagieren, sind ambivalent. Das absolutistische Strafrecht hat schon in diesem Sinne Handlungsunrecht bestimmt. Solange Staatszwecke nicht berührt werden, ist Unrecht nur Polizeivergehen, ein Problem alltäglicher Konfliktbewältigung, die keines Strafgesetzes bedarf. Die Präsenz der Polizei und die Prügelstrafe reichen für dieses Alltagsunrecht aus. In der Freirechtsschule sind solche Vorstellungen radikalisiert worden: es soll nur kriminalisiert werden, um den gesellschaftlichen Schaden zu minimieren. Das sog. neue Strafrecht der Nazis hat die Idee eines am gesellschaftlichen Schaden zu bemessenden Unrechts allerdings pervertiert.⁵²

Die in diesen Konstruktionsversuchen eines Handlungsunrechts enthaltene bzw. angelegte Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld erlaubt es, das Problem der Verantwortlichkeit für Handlungsunrecht auf einem komplexeren Niveau zu reformulieren. In das juristische Diskursuniversum können Argumente eingeführt werden, die eine rechtswidrige Tat entschuldigen können. Entschuldigende Gründe sind solche der Unzurechnungsfähigkeit, der sozialen Situation, der angeborenen Neigung, des Notstandes, der Notwehr, der Fahrlässigkeit. Angesichts dieser Psychologisierung und Soziologisierung der Schuldfähigkeit stellt sich natürlich die Frage, wie Schuld noch juristisch konsistent und rechtlich sinnvoll konstruiert werden kann. Eine andere Form der Relativierung von Handlungsunrecht ist der Rückgriff auf rechtfertigende Gründe für Handlungsunrecht.⁵³ Diese juristische Denkfigur problematisiert die Allgemeingültigkeit einer Rechtsnorm, die auf den speziellen Fall zutreffen soll. Gründe, die das Begehen eines Handlungsunrechts rechtfertigen können, sind von folgender Form: um ein größeres Übel zu vermeiden, muss ein kleineres begangen werden. Damit wird die Frage nach dem Handlungsunrecht in einem anderen Sinne vom sozialen Kontext abhängig.

Aus der Rekonstruktion des modernen juristischen Diskursuniversums im Strafrecht ergeben sich somit drei Optionen für die Konstruktion eines Handlungsunrechts. Der ideengeschichtliche Exkurs hat gezeigt, wie diese Optionen seit dem Beginn der Aufklärung theoretisch expliziert und systematisiert worden sind. Die ideengeschichtliche Abfolge verweist bereits auf die Schwierigkeit und Komplexität, die den jeweils späteren Konzeptionen eigen ist. Das hindert aber die aktuelle juristische Diskussion nicht

⁵² Eine streng soziologische Definition von Handlungsunrecht neutralisiert Persönlichkeitsstrukturen; sie bleibt gegenüber moralischen Zuschreibungen (wie Verantwortung, Einsicht u.ä.) neutral. Damit bleibt für die Bestimmung des Unrechtsgehaltes einer Handlung ein weiter Spielraum, der nach Maßgabe sozialer Zwecke ausgefüllt werden kann. Staatszwecke, Gesellschaftszwecke, zukünftige Zwecke können damit zum Kriterium für Handlungsunrecht werden. Ohne eine strenge formale Bindung der Verwendung von Zweckformeln führt ein solches soziales Strafrecht allerdings an tiefe Abgründe.

⁵³ Zum Problem rechtfertigender Gründe für strafbares Handeln vgl. Fletcher, a.a.O., S. 759ff.

daran, auf diese Konzeptionen je nach Bedarf zurückzugreifen. Die Ideengeschichte hat keine dieser Konzeptionen obsolet gemacht. Es scheint in ihr keine Entwicklungslogik zu geben, die das jeweils Spätere als "höher" und damit das Frühere als "überholt" zu kennzeichnen zuließe. Deshalb kann hier nicht von "Stufen" einer Entwicklung, sondern nur von Optionen gesprochen werden, deren juristische Explikation zwar eine Entwicklungsgeschichte hinter sich hat, die aber als Argumente in der Strafpraxis in der Moderne schon immer herangezogen worden sind.

Diese Optionen können in jeweils unterschiedlicher Weise kombiniert und in dieser Kombination einer Praxis zugrunde gelegt werden. Das juristische Diskursuniversum enthält aber über die genannten Optionen noch weitere Optionen, mit denen eine Strafpraxis rationalisiert werden kann: nämlich unterschiedliche Deutungen einer Strafgerechtigkeit. Inwiefern diese Optionen (bzw. Kombinationen von Optionen) zur kommunikativen Rationalisierung dieser Praxis beitragen oder diese blockieren, bleibt zunächst noch eine offene (und später zu klärende) Frage.

4.2 Die rechtliche Konstruktion der Strafgerechtigkeit

Analoge Optionen bietet der moderne Strafdiskurs hinsichtlich der Idee der *Strafgerechtigkeit*. In der Rede von einer Strafgerechtigkeit geht es um die Begründung für die rechtliche Sanktionierung von Handlungsunrecht. Diese Idee einer Strafgerechtigkeit ist einmal davon abhängig, wie man das Unrecht konzeptualisiert, auf das mit Strafen reagiert werden soll. Das Maß und der Modus der Restitution hängen darüber hinaus davon ab, welcher Zweck damit erfüllt werden soll.

Es können folgende Theorien einer Strafgerechtigkeit unterschieden werden:

- der Täter stellt sich durch sein rechtswidriges Handeln außerhalb der Gesellschaft; der Tat folgt die Vergeltung durch die Gesellschaft als notwendiger Ausgleich; es muss um der Gerechtigkeit willen gestraft werden (retributive Gerechtigkeit)
- der Täter hat sich zwar durch seine Tat außerhalb der Gesellschaft gestellt, kann aber, wenn er sich bessert, d.h. seinen rechtswidrigen Willen aufgibt, wieder in die Gesellschaft aufgenommen werden;
- der Täter stellt durch seine Tat die Gesellschaft infrage; die Wiederherstellung der Gesellschaft erfordert nicht nur die Veränderung des Täters, sondern auch die Veränderung der Gesellschaft.

Diese Konzeptionen haben eine zentrale Rolle in der modernen Ideengeschichte der Strafgerechtigkeit gespielt. Die erste Vorstellung gehört einer rigiden prinzipalistischen Konzeption einer Strafgerechtigkeit an. Die beiden anderen Vorstellungen lassen sich als psychologisch bzw. soziologisch relativierte Gerechtigkeitskonzeptionen deuten. Auf dem Hintergrund der komplexen Ideengeschichte der Idee der Strafgerechtigkeit können die relevanten Elemente dieser Dimension des juristischen Strafdiskurses erläutert werden.

Am Beginn der Diskussion um eine moderne Strafbegründung steht wieder *Pufendorf*. Seine Straftheorie bedeutet zunächst eine Säkularisierung der Straftheorie, eine Lösung der Strafe von ihrem religiösen Fundament. Strafe wird rational begründet, und zwar

im Sinne einer Vergeltungstheorie: *poena est malum passionis quod infligitur propter malum actionis*. Zugleich rechtfertigt Pufendorf die Strafe aus dem Nutzen für den Staat. Was dem Staatswohl dient, rechtfertigt sich durch seinen nützlichen Zweck; das gilt auch für den speziellen Zweck, den die Strafe erfüllt. Vergeltungsgerechtigkeit wird somit zugleich auch aus der staatlichen Zweckmäßigkeit des Strafens begründet. Diese Vorstellung wird nur durch den Bezug auf eine naturrechtliche Ordnung verständlich, die angibt, was das allgemeine Staatswohl ist, das mit der prinzipalistischen Idee einer vergeltenden Gerechtigkeit vermittelt werden kann.⁵⁴

Eine streng utilitaristische, das Naturrecht hinter sich lassende, Position hat in *Beccaria* einen ersten Vertreter gefunden (das Strafübel muss den mit dem Verbrechen erstrebten Vorteil überwiegen, um eine Strafbegrenzung sowohl nach oben wie nach unten zu haben). Benthams Straftheorie ist die konsequenteste zweckorientierte Strafbegründung: er setzt an die Stelle der *utilite publique*, des Staatsnutzens, das größte Glück der größtmöglichen Zahl. Strafe ist - so *Bentham* - dann gerechtfertigt, wenn ihr Nutzen den Schaden übertrifft und so zum kollektiven Glück beiträgt.⁵⁵

Einige Gesellschaftsvertragstheoretiker haben versucht, zusätzliche Grenzen für das staatliche Strafenmüssen einzubauen. So suchte *Beccaria* aus dem Gesellschaftsvertrag abzuleiten, dass nur der Teil der individuellen Freiheit, der mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages der Gesamtheit verpfändet ist, dem Zugriff staatlicher Strafe unterliegt. Das bedeutet aber, dass, nachdem das Recht auf Leben niemals verpfändet werden kann, der Staat auch kein Recht auf die Todesstrafe hat. *Voltaire* argumentiert von der Irrtumchance des richterlichen Urteils her für eine Begrenzung des staatlichen Strafens. Eine systematische Bestimmung gerechten richterlichen Urteilens enthalten diese Ideen jedoch nicht. Der einzige systematische Gesichtspunkt für ein rational begründetes Unparteilichkeitsurteil, der in diesen Straftheorien enthalten ist, ist der Zweck, eine vorgegebene Rechtsordnung zu bestätigen. In der disziplinierten Abschreckung wird die Geltung einer Rechtsordnung wiederhergestellt.

Kant hat die Inkompatibilität dieser Position mit einer rationalen moralischen Begründung gesehen. Da kein Mensch Zweck einer staatlichen Handlung sein darf, also auch nicht Zweck einer staatlichen Bestrafung, kann Strafen nur in der Vergeltung einer Schuld beruhen. Jedes richterliche Handeln hat sich deshalb der Idee der Besserung durch Strafe oder des öffentlichen Wohls mit Hilfe der Strafe zu enthalten. Ein gerechtes Urteil besteht in der Wiedervergeltung der Tat. Man muss strafen, weil der Verbrecher verbrochen hat. Strafen sollen ist ein kategorischer Imperativ, der über allen Nützlichkeitsabwägungen steht. Das Talion ist das einzige Strafprinzip.⁵⁶

⁵⁴ dazu Schmidt, a.a.O., S. 164ff.

⁵⁵ Bentham vertritt eine streng utilitaristische Begründung von Strafe, was impliziert, dass individuelle Schuld rechtlich irrelevant bleiben muß.

⁵⁶ Zu Kants Straftheorie siehe Schmidt, a.a.O., S. 229ff.; ansonsten bietet jedes strafrechtsdogmatische Lehrbuch seine Variante von Kants Straftheorie.

Hegels Kritik an *Kants* Strafbegriff radikalisiert den Vergeltungsgedanken. *Hegel* setzt anstelle von *Kants* Talion (Strafe, weil verbrochen) als der materiellen Identität von Verbrechen und Strafe die Vorstellung der Strafe als Negation der Negation, als die Negation eines Verbrechens und damit als Bestätigung des abstrakten Rechts.⁵⁷ Nicht eine äußerliche Gleichheit von Strafe und Verbrechen liegt der Hegelschen Strafbegründung zugrunde, sondern die Vorstellung, dass das Verbrechen seine eigene Nichtigkeit, die als Strafe erscheint, in sich selbst enthält. *Hegel* versucht hier, eine prinzipielle Strafbegründung vom Vergeltungsgedanken abzulösen und Strafe als Wiederherstellung einer auf dem abstrakten Recht beruhenden Ordnung zu begründen.

Gegen diese absoluten Straftheorien, die die Frage nach dem Zweck der Strafe abstrakt reformulieren, richten sich die relativen Straftheorien. *Feuerbach* ist derjenige Theoretiker, der gegen die absolute Straftheorie *Kants* eine "relative" Straftheorie setzt. Strafe wird bei *Feuerbach* nicht mehr im Rekurs auf eine staatliche Gemeinschaft als einem Postulat der praktischen Vernunft begründet. Strafe wird vielmehr zum Mittel für einen vorausgesetzten Zweck: die Ermöglichung moralischen Handelns für den einzelnen, die Unterstützung des einzelnen im Kampf mit seinen verbrecherischen Motiven. Strafe ist nicht mehr Vergeltung, die sich nur im Strafvollzug manifestieren kann, sondern zunächst eine psychologische Drohung. Eine psychologische Drohung soll abschrecken vor der Begehung von Straftaten. Vorletzter Zweck ist also die Aufrechterhaltung einer positiven Rechtsordnung; letzter Zweck ist die Ermöglichung moralischen Handelns. *Feuerbach* relativiert also den Strafzweck der Generalprävention, bleibt aber in der Bestimmung eines letzten Zwecks an die Idee der Erhaltung der Rechtsordnung gebunden.⁵⁸ *Liszt* hat diese Konzeption noch dynamisiert, indem er die psychologische Drohung auf die Besserung und Sicherung des Täters ausdehnt und diesen Strafzweck zugleich als förderlich für das kollektive Gute denkt.⁵⁹ Je mehr die Strafbegründung auf ein Handlungsunrecht bezogen wird, das seinerseits durch psychologische und soziologische Rekonstruktion verstehbar gemacht wird, umso mehr muss Strafe therapeutische Funktionen annehmen.

Die Ideengeschichte der Vorstellungen einer Strafgerechtigkeit lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass die den Beginn der modernen Diskussion kennzeichnende Kontroverse zwischen utilitaristischen und prinzipialistischen (retributiven) Theorien der Strafgerechtigkeit zunehmend durch empirische Argumente aufgelöst wird. In der psychologischen und soziologischen Situierung des Täters sind die offenen Begründungsprobleme moderner Straftheorien zu suchen.⁶⁰ Die genaue Bedeutung dessen, was un-

⁵⁷ Zu *Hegel* vgl. *Schmidt*, a.a.O., S. 294f.; *Ossip K. Flechtheim*, *Hegels* Straftheorie, Berlin, 2. Auflage 1975.

⁵⁸ *Schmidt*, a.a.O., S. 238ff.

⁵⁹ ebd., S. 371ff.

⁶⁰ Dazu *Walter Kaufmann*, *Jenseits von Schuld und Gerechtigkeit*, Hamburg 1974. Vgl. auch *Günter Stratenwerth*, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg 1977.

ter einem therapeutischen Zweck rechtlicher Sanktionierung verstanden werden kann, ist inhaltlich umstritten. Nur die Restriktionen einer auf Besserung und Sicherung setzenden Sanktionsgerechtigkeit sind klar: es sind dies die Gesichtspunkte einer verstehenden Sinndeutung des Handelns und die Gesichtspunkte einer intersubjektiven Beziehung auch zum unrecht Handelnden.

Eine dritte Variante der Strafgerechtigkeit, die in der Ideengeschichte nur eine marginale Rolle hat spielen können, setzt nicht auf die Erziehung des Einzelnen bzw. auf dessen spezialpräventive Sicherung. Sie setzt vielmehr auf die positive Wirkung, die das Strafen für die Gesellschaft hat. Strafe soll den Schaden minimieren, der einer Gesellschaft durch unrechtes Handeln entsteht. Diese Konzeption führt dazu, Strafe als Sozialverteidigung zu verstehen⁶¹, wobei das, was verteidigt werden soll, die positiv gesetzte soziale Ordnung ist. Die Gerechtigkeit einer Strafe wird aus der Gerechtigkeit der Ordnung, die verteidigt werden soll, begründet. Begriffe wie Schuld und Verantwortlichkeit oder gar Sühne entfallen.

Das faschistische Strafrecht hat daraus die radikalsten Konsequenzen gezogen: es verteidigt die völkische Lebensform gegen den Verbrecher. Aus Strafgesetzen werden Schutzgesetze, aus dem Rechtsbrecher wird ein Staats- und Volksfeind. Damit ist die Strafkonzepktion zerstört, die in der Strafe insofern eine moralische Handlung gesehen hat, als das Strafen moralisches Handeln ermöglichen soll. Strafen wird vielmehr auf kollektive Rache reduziert. Dieses Beispiel zeigt die systematische Ambivalenz, die in das Argument der reinen Sozialverteidigung eingebaut ist.

Damit sind drei Konzeptionen der Strafgerechtigkeit benannt, die in der modernen Strafpraxis eine wechselvolle Rolle gespielt haben. Sie sind (ähnlich wie die Theorien eines Handlungsunrechts) zwar in einer spezifischen Abfolge entstanden. Doch ihre Verwendbarkeit für die Rechtfertigung einer Strafpraxis ist davon unabhängig. Es handelt sich also auch hier nur um Optionen.

Eine offene Frage ist das Verhältnis zwischen solchen Optionen und der Institutionalisierung einer aufgeklärten Strafpraxis. Diese Frage verweist auf den Praxiszusammenhang, in dem die unterschiedlichen Deutungen der Strafgerechtigkeit mit den Deutungen des Unrechtsgehalts einer Handlung verknüpft werden. Welche Option jeweils in der Strafpraxis gewählt wird, das ist nicht nur ein empirisches Problem. Das systematische Problem besteht darin, zu zeigen, welche Folgen der Rückgriff auf eine dieser Optionen auf den verschiedenen Stufen der Institutionalisierung einer Strafpraxis hat. Das führt zur entscheidenden Frage, inwiefern die juristische Kultur, also das aus diesen Optionen hergestellte juristische Diskursuniversum, ein mobilisierender oder blockierender Faktor für institutionelle Lernprozesse ist.

⁶¹ Im Begriff der "defense sociale" feiert natürlich das alte generalpräventive Strafrecht Wiederaufstehung.

4.3 Typen kognitiver Rationalisierung der Strafpraxis

Die modernen Strafdiskurse basieren auf unterschiedlichen kognitiven Konstruktionen eines Handlungsunrechts wie auf unterschiedlichen kognitiven Konstruktionen einer Strafgerechtigkeit. Die Varianten solcher Tatkonzeptionen wie Strafkonzeptionen lassen sich folgendermaßen typologisieren:

Handlungskonzeptionen Strafkonzeptionen

Es wird ein freier Wille unterstellt, dem eine Handlung jederzeit attribuiert werden kann; Strafe wird als Mittel zum Zweck der Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung gesehen; der Täter ist Objekt staatlichen Strafens; die Tat bleibt selbstevident; das Ziel des Verstehens einer Handlung wird damit minimiert; Ziel ist die Abschreckung der potentiellen Täter.

Es wird eine deterministische Auffassung des Handlungsbegriffs unterstellt, an der sich die Schuldzuschreibung verstanden; Ziel ist die Brechung des bösen Handlungsorientiert; die Handlungsintention wird psychologisch, im positiven Fall seine therapeutische Aufgelöst und soziologisiert; die Tat muss durch Lösung, im negativen Fall seine therapeutische Eindeutigkeit erschlossen werden schließung

Das Handeln wird danach bewertet, inwieweit es an der Strafe verliert seinen personbezogenen Charakter; den Schaden zugefügt hat; die Gesellschaft kriminalisiert sie ist nur mehr funktional für die Gesellschaft im Rationalisiert also nach sozialen Gesichtspunkten; die Sinne der "sozialen Verteidigung"; es entsteht ideelle Handlungsfolgen bestimmen den rechtlich relevanten liter die "Gemeinschaft der Büßenden und Sühnenden". Unrechtsgehalt einer Tat.

Diese Positionen sind jeweils für sich genommen "einseitige" Lösungen. Die berühmten Schulenstreits zwischen den Strafrechtstheoretikern liefern dafür beredeten Ausdruck. Die prinzipialistischen, generalpräventiven und spezialpräventiven Theorien sind Elemente eines Diskursuniversums, das sich in Reaktion auf die kulturelle Modernisierung, die die Aufklärungsbewegung ausgelöst hat, etabliert hat. Man kann diese *Rechtskultur* als Reaktionsbildung auf die (dann oft als idealistisch denunzierte) moralische Kultur der Aufklärung, als kognitive Rationalisierung einer Rechtspraxis deuten.

Diese Rechtskultur hat sich dadurch als Teil der modernen Kultur etablieren können, dass sie die Argumente für einen Strafanspruch der Gesellschaft an die Prinzipien einer posttraditionalen Moral angepaßt hat. Sie hat dann im Verlauf ihrer Entwicklung in der Moderne zwei zentrale Brüche verarbeiten müssen, die mit den Stufen der Rationalisierung der modernen Strafpraxis zu tun haben.

Der *erste* Bruch ist mit der Desillusionierung über die Folgen einer aufgeklärten Inquisition verbunden, die die Rationalität des Strafrechts in der absoluten Bindung des Richters an das Gesetz gesehen hat und damit die Probleme des Strafprozesses oder gar des Strafvollzuges unberücksichtigt gelassen hat. Die "demokratische" Kritik an der inquisitorischen Strafpraxis und dem ihr folgenden Vollzug hat gezeigt, dass diese Form der Modernisierung des Strafens nicht der Humanisierung, sondern der Aufrechterhaltung sozialer Kontrolle dient. Der *zweite* Bruch ist mit der soziologischen (bzw.

sozialwissenschaftlichen) Relativierung des Strafdiskurses verbunden, die die Form, in der der Strafdiskurs geführt wird, zum Thema macht.

Der inquisitorische Strafdiskurs der frühen Aufklärung hat die verschiedenen Deutungen von Handlungsunrecht und Strafgerechtigkeit noch beliebig kombinieren können. Je nach politischen Anforderungen hat er Argumente zur Sozialverteidigung mit prinzipalistischen Argumenten für eine Strafgerechtigkeit, und diese mit formalistischen, psychologischen oder soziologischen Handlungslehren verknüpft. Aus diesen unterschiedlichen Kombinationsmöglichkeiten lassen sich auch die verschiedenen Rechtskulturen erklären, die sich in Deutschland im Gegensatz zu England oder Frankreich entwickelt haben.

Diese Beliebigkeit wird durch die *demokratische* Transformation des inquisitorischen Strafdiskurses eingeschränkt. Das Argument gegen die Herrschaftsfunktion des inquisitorischen Strafrechts und für die Beteiligung der Betroffenen am Strafverfahren führt dazu, das Deutungsmuster der objektiven Kriminalität und der generalpräventiven Rechtfertigung der Strafe zugunsten der anderen Optionen einzuschränken. Es werden - und das ist ein Effekt des Einbaus real-diskursiver Strukturen in die Strafpraxis - spezialpräventive Zwecktheorien der Strafe und prinzipalistische Straftheorien herangezogen, um eine rationalere Form des Strafvollzugs zu rechtfertigen. Es werden primär psychologisierende oder folgenorientierte soziologisierende Deutungen von Handlungsunrecht herangezogen, um Veränderungen im Strafverfahren zu rechtfertigen.

Eine Alternative zur demokratischen Transformation des inquisitorischen Strafdiskurses ist die *antidemokratische* Transformation dieses Strafdiskurses. Dieser antidemokratische Entwicklungspfad hat vor allem die Option auf individualisierende Behandlung ausgeschlossen und auf die Kombination von objektiver Kriminalität und gesellschaftlichen Kosten dieser Kriminalität gesetzt. Der Strafvollzug wird in dieser Variante auf Generalprävention und soziale Verteidigung gegründet. Mit dieser Kombination von Optionen wird die Institutionalisierung von diskursiven Organisationsprinzipien in das Strafrecht abgeblockt. Sie rationalisieren eine Praxis, die diese diskursiven Organisationsprinzipien instrumentalistisch umdeutet und nur mehr für legitimatorische Zwecke benutzt.

Die *soziologische* Attacke auf die idealisierenden Unterstellungen und internen Widersprüche einer demokratischen Strafpraxis und auf die instrumentalistische Umdeutung der antidemokratischen Praxis verweist auf die *empirischen* Voraussetzungen real-diskursiver Auseinandersetzungen. Der Strafdiskurs wird als ein Argumentationszusammenhang gesehen, in dem die Beteiligten nach Maßgabe ihrer ideellen und materiellen Interessen auf bestimmte Theorien setzen. Die Optionen werden beliebig. Entscheidend wird die Reflexion auf die kommunikative Funktion, die mit der Wahl einer Option juristischer Begründung verbunden ist. Was nunmehr noch strittig sein kann, ist das Verfahren, das die Durchsetzungschancen ideeller und materieller Interessen normiert. Die Auseinandersetzungen um ein rationales Strafen werden zu einem politischen Problem, das sich innerjuristisch nicht mehr kontrollieren lässt.

Damit sind empirische Zusammenhänge zwischen der internen Kultur des Rechtssystems und der Institutionalisierung einer aufgeklärten Strafpraxis hergestellt. Wie aber

hängen die Optionen dieser Rechtskultur mit der Rationalisierung der Strafpraxis *systematisch* zusammen? Es lassen sich aus den empirischen Zusammenhängen - zumindest in diesem ersten Zugriff - zwei systematische Zusammenhänge zwischen der Entwicklung der diskursiven Organisationsprinzipien strafrechtlicher Praxis und der Verwendung juristischer Begründungen für Handlungsunrecht und Strafgerechtigkeit herstellen.

Ein erster Zusammenhang zwischen der prozeduralen Institutionalisierung einer Strafpraxis und der kognitiven Institutionalisierung einer Strafpraxis ergibt sich daraus, dass der Komplexität des Kommunikationsprozesses, in dem ein Urteil erzeugt werden soll, die Komplexität der Tat- und Täterdefinition entsprechen muss. Die rechtliche Bewertung einer Handlung muss umso komplexer gebaut sein, je komplexer das Verfahren der Beurteilung und der Konfliktlösung wird. Ein zweiter Zusammenhang zwischen der prozeduralen und der kognitiven Institutionalisierung einer Strafpraxis ergibt sich daraus, dass der Form rechtlicher Gewaltausübung die Komplexität der kognitiven Konstruktion einer Strafgerechtigkeit entsprechen muss. Je offener der Strafvollzug wird, je mehr in ihm auf Freiheit gesetzt wird, umso komplexer muss eine juristische Begründung der Strafgerechtigkeit gebaut sein.

Wenn diese Bedingungsbeziehungen nicht erfüllt sind, wenn Inkompatibilitäten zwischen institutioneller und kognitiver Institutionalisierung bestehen, dann sind die Voraussetzungen dafür gegeben, dass die kommunikative Rationalisierung des Strafrechts abgebrochen, eingeschränkt oder gar umgelenkt werden kann. Daran, ob es gelingt, das juristische Diskursuniversum (die juristische "Kultur") als einen Spezialfall des aufklärerischen Diskursuniversums zu organisieren, entscheidet sich die evolutionäre Chance einer kommunikativen Rationalisierung der Strafpraxis.

5 DER MODERNE DISKURS ÜBER DAS STRAFEN

Die Grundannahme der skizzierten Theorie der modernen Strafrechtsentwicklung besteht darin, die Entwicklung der Strafpraxis als einen Spezialfall der Entwicklung des moralischen Diskurses der Moderne zu deuten. Eine Komplizierung dieser Grundannahme hat sich aus der funktional spezifischen Rolle ergeben, die der kognitive Diskurs *im* Rechtssystem spielt. Er wird zum Schlüssel für die Fähigkeit des Rechtssystems, die eigene Entwicklung als institutionellen Lernprozess sicherstellen oder blockieren zu können. Damit ergibt sich aus der Theorie ein eigenartiges Verhältnis von juristischer Kultur und moralischer Kultur: sie sind Ausdruck einmal des Diskurses im Rechtssystem, dann des Diskurses im Gesellschaftssystem. Der Diskurs im Gesellschaftssystem ist derjenige, der die Rationalisierung des Rechtssystems als eines Teilsystems der Gesellschaft ermöglicht. Der Diskurs im Rechtssystem versucht, das Rechtssystem kognitiv zu stabilisieren und Grenzziehungen gegen den rationalisierenden Geist des Diskurses im Gesellschaftssystem vorzunehmen.

Die soziologische Rekonstruktion dieses Verhältnisses ist allerdings selbst ein Teil des Diskurses im Gesellschaftssystem. Der Versuch, die Strafrechtsentwicklung als einen institutionellen Lernprozess zu erklären, ist nichts anderes als eine Explikation der Prinzipien, die dem Aufklärungsdiskurs zugrunde liegen und die kulturelle Modernität be-

gründet haben. Daraus ergeben sich wissenssoziologische Zusammenhänge, denen der rekonstruktive Diskurs über die Strafpraxis nicht entgehen kann.⁶² Eine - an der moralischen Welt der Aufklärung orientierte - Rekonstruktion der Strafrechtsentwicklung als einem Prozess diskursiver Rationalisierung muss sich selbst im Entwicklungszusammenhang des aufklärerischen Diskurses situieren, sich als ein Ergebnis der Logik dieses Diskurses thematisieren können. Um dies zu tun, ist noch einmal der Ausgangspunkt dieser Entwicklung, der aufklärerische Strafdiskurs, zu rekapitulieren.

Der Ausgangspunkt der Aufklärungsbewegung ist die für den Beginn der Moderne konstitutive Entwertung des Selbstverständlichen gewesen. Das erschüttert die Geltungsgrundlagen eines Rechts der Gesellschaft auf legitime Gewaltausübung. Sobald man das Strafen nicht mehr als Auftrag Gottes oder einer anderen, der Gesellschaft übergeordneten Macht deutet, wird der Zweck des Strafens auf die Aufrechterhaltung der gegebenen Ordnung reduziert. Das Recht zu strafen muss die Gesellschaft nun aus sich selbst ableiten. Sobald aber eine soziale Ordnung nicht mehr selbst-evident ist, steht mit jeder abweichenden Handlung prinzipiell auch die Legitimität der Ordnung, von der sie abweicht, zur Disposition. Die Institution des Strafrechts in der Moderne wird damit zum Schlüssel für die Art und Weise, wie die post-traditionale Gesellschaft das Problem des Rekurses auf eine Ordnung jenseits der bestehenden gesellschaftlichen Ordnung zu lösen versucht.

In dem Maße, wie eine gegebene soziale Ordnung fragwürdig wird, gerät das Strafen in Rechtfertigungsnöte. Ein Ausweg daraus ist, Strafe als Ausnahme, als Mittel zu einem höheren Zweck zu definieren. Dann aber muss die Gesellschaft, wenn sie straft, sich notwendig auf eine Ordnung hinter der gegebenen Ordnung berufen, ohne jedoch diese zweite Ordnung auf Bezugspunkte wie Gott oder Natur gründen zu können. Diese Ordnung wird als eine dem Menschen oder der Gesellschaft immanente Idee, als regulative Idee begriffen. Man recurriert deshalb zunächst auf eine anthropologische oder apriorische Natur der Menschen, die durch Strafe nicht aufgehoben werden kann. Damit sind kulturelle "Sperrklinken" im Hinblick auf das Ausmaß des Strafens gegeben.

Der aufklärerischen Intention einer "Rationalisierung" des Strafens ist es ergangen wie vielen anderen aufklärerischen Intentionen auch: sie hat das Potential der Herrschaft von Menschen über Menschen im gleichen Maße gesteigert wie sie das Potential für Herrschaftsabbau erhöht hat. Die Aufklärung hat gerade nicht gemäß der Logik eines Null-Summen-Spiels ihre Intentionen realisieren können. Sie hat Gewalt nicht nur durch Aufklärung ersetzt. Sie hat vielmehr eine Zukunft erzeugt, die das Ausmaß von Macht und Gegenmacht auf einem höheren Niveau der Verfügbarkeit über Macht einreguliert hat. Das Humane, das dem aufgeklärten Strafen zugeschrieben wird, sperrt sich nicht "von selbst" der strategischen Verwendung. Damit wird eine optimistische

⁶² Als einen neueren Ansatz zu einer solchen wissenssoziologischen Relativierung vgl. Niklas Luhmann, Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt 1981, S. 419-450.

Fortschrittsgeschichte aufklärerisch motivierter Strafrechtsentwicklung⁶³ problematisch.

Gegen die humanisierende Deutung der modernen Strafrechtsgeschichte richtet sich ein Diskurs, der die ideologischen Verwendungsweisen von humanen Vorstellungen über das Strafen, die Selbsttäuschungen der aufklärerischen Theorie zum Thema macht. Damit kommt die Logik des Aufklärungsdiskurses, nämlich Selbstverständlichkeiten aufzulösen, in diesem neuen Diskurs zum Zuge: es handelt sich um einen Fall der Anwendung dieser Logik des aufklärerischen Diskurses auf den aufklärerischen Diskurs selbst.

Das zentrale Argument dieses Diskurses lautet: die Aufklärung über das Strafen macht es möglich, die bloße Gewalt, die dem Delinquenten angetan wird, in eine subtile Gewalt zu transformieren, die nicht mehr gegen den Körper, sondern gegen den Geist und die Seele, also gegen die Persönlichkeit des Täters gerichtet ist. Seine radikalste Form findet dieser Diskurs in einer pessimistischen Fortschrittsgeschichte hin zu einer Totalisierung strafrechtlicher Kontrolle in der Moderne.⁶⁴

In diesem neuen Diskurs erscheint das moderne Recht als eine subtilere Form des Terrors gegenüber Abweichung und die neue Subtilität der Gewalt als Ergebnis der Aufklärung. Dieser Zusammenhang ist nicht unplausibel: denn die neue Subtilität ist nichts anderes als die Rückseite einer neuen Sensibilität. Mit Menschen, die über das Medium sprachlicher Auseinandersetzung sozialisiert worden sind, muss und kann man anders umgehen als mit denen, die den Grund und Sinn von Sprache einem unerklärlichen Ratschluss der Götter überlassen. Die mit dem aufgeklärten Bewusstsein verbundene neue Sensibilität erfährt die Praxis gesellschaftlicher Bestrafung nicht mehr nur als eine Bedrohung der körperlichen Integrität des Einzelnen, sondern vor allem als eine Bedrohung seiner personalen Identität. Gerade dies aber eröffnet neue Möglichkeiten der Bestrafung: nicht mehr der Körper, sondern die Seele wird zum Ziel und Objekt gesellschaftlicher Gewaltausübung.

Dieser Zusammenhang verändert die Form des Diskurses über das Strafen. Er kann nicht mehr unschuldig bleiben gegenüber den Funktionen, die er "objektiv" auch erfüllen kann. Der affirmative Charakter des aufklärerischen Diskurses wird unzureichend; ohne Reflexion auf den eigenen Verwendungszusammenhang wird er tendenziell gar zu einem Moment einer neuen Inhumanität.

Der Diskurs über das Strafen, so wie ihn die Aufklärung begonnen und die Strafrechtslehren (in politisch differenzierten Varianten) bis heute weitergeführt haben, ist - und hier greift die Logik der Aufklärungsdiskurses selber - strittig geworden. Die theoretische Analyse desillusioniert über die Funktion des aufklärerischen Strafdiskurses. Doch

⁶³ Diese Kritik bezieht sich v. a. auf das ungebrochene Selbstverständnis moderner Strafrechtslehren und Strafrechtsgeschichten.

⁶⁴ Dazu vgl. einerseits Schmidt, a.a.O., andererseits Michel Foucault, *Überwachen und Strafen*, Frankfurt 1976. Sie repräsentieren die gegensätzlichen Pole dieser Diskussion.

man sollte auch der Illusionierung durch diesen Gegendiskurs entgehen und seine Funktion antizipieren. Die Komplementarität von humanistischem Strafdiskurs und Kritik des humanistischen Diskurses lässt immer noch die Frage offen, welche Rolle diese Diskurse in der Praxis spielen, wie sie in ihr zum Zuge kommen können. Hier kann ein soziologischer Diskurs ansetzen: ein Diskurs, der die Bedingungen benennt, unter denen der theoretische Streit für die Praxis des Strafens von Bedeutung wird.

Der soziologische Diskurs über das Strafen objektiviert den juristischen Diskurs, der im Rechtssystem selbst die kognitive und normative Angemessenheit einer Strafpraxis zu sichern sucht. Er versucht zu zeigen, wie juristische Begriffe eine Praxis idealisieren, wie der Diskurs der Juristen jenseits der Praxis das Problem der Zivilisierung der Gewalt lösen will. Die soziologische Relativierung des Strafdiskurses besteht also nicht in konkurrierenden Lösungsvorschlägen für Entscheidungsprobleme von Juristen⁶⁵, sondern in der Kritik der Kommunikationsstrukturen, in denen die juristischen Begriffe von Handlungsunrecht und Strafgerechtigkeit prozessiert werden. Der Diskurs über das Strafen entwickelt sich im Sinne von aufeinander aufbauenden Relativierungen des aufklärerischen Diskurses. Das macht seine Distanz und seine Nähe zum Aufklärungsdiskurs aus.

Das Ergebnis des soziologischen Diskurses über Strafen ist eine Theorie der Institutionalisierung rechtmäßiger Gewaltausübung, die sich folgendermaßen resümieren lässt. Die Modernität des Strafrechts wird in institutionellen Lernprozessen hergestellt, die ihren Ausgangspunkt in der Idee einer egalitär-diskursiven Lösung von normativen Auseinandersetzungen haben. Das Prinzip des Entmündigungsverbotens begründet in letzter Instanz die evolutionär neuartige Rationalstruktur des modernen Strafrechts. Sie ist die Bedingung der Möglichkeit der Zivilisierung staatlicher Gewalt in der Moderne zugrunde. Über die Möglichkeit der Modernität der Strafrechtsentwicklung entscheidet die kommunikative Struktur des Erzeugungsprozesses strafrechtlicher Definitions- und Überwachungsarbeit. Über den Grad der Modernität der Strafrechtsentwicklung entscheidet die kognitive Kultur im Rechtssystem, also der juristische Diskurs. Er legt fest, ob der mit der Rationalstruktur des modernen Strafrechts in die Strafpraxis eingebaute institutionelle Lernprozess blockiert werden kann oder nicht.

⁶⁵ Vgl. zu einem (scheiternden?) Versuch der Vermittlung von juristischem und soziologischem Diskurs vor allem Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht (2 Bände), Frankfurt 1980.

Literatur

- Berdahl, R. A. (1982). *Klassen und Kultur. Sozialanthropologische Perspektiven in der Geschichtsschreibung*. Frankfurt: Syndikat.
- Blankenburg, E. et al. (Hrsg.) (1980). *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Vol. 7)*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Blasius, D. (1983). *Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland 1800-1980. Eine Studie zu Justiz und Straftaten*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Denninger, E., Lüderssen, K. (1978). *Polizei und Strafprozess im demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Dreier, R. (1981). *Recht - Moral - Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Durkheim, E. (1950). *Lecons de Sociologie. Physique des moeurs et du droit*. Paris: PUF.
- Durkheim, E. (1977). *Über die Teilung der sozialen Arbeit (1. Auflage Paris 1893)*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Eisenstadt, S. N. (1981). Cultural traditions and political dynamics: the origins and modes of ideological politics. *British Journal of Sociology*, 32, 155-181.
- Elias, N. (1971). *Über den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen (2nd. ed.)*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Evans, R. J. (1984). Öffentlichkeit und Autorität. Zur Geschichte der Hinrichtungen in Deutschland vom Allgemeinen Landrecht bis zum Dritten Reich. In H. Reif (Ed.), *Räuber, Volk und Obrigkeit. Studien zur Geschichte der Kriminalität in Deutschland seit dem 18. (pp. 185-258)*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Fletcher, G. (1978). *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown and Company.
- Foucault, M. (1976). *Überwachen und Strafen*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Fraenkel, E. (1968). *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise*. Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft.
- Güde, M. (1961). Die Verteidigung aus der Sicht der Anklage. *Anwaltsblatt*, 11, 3-9.
- Günther, H. (1973). *Staatsanwaltschaft. Kind der Revolution. Versuch eines juristischen Essays*. Frankfurt: .
- Habermas, J. (1976). *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Haferkamp, H. (1983). *Soziologie der Herrschaft. Analyse von Struktur, Entwicklung und Zustand von Herrschaftszusammenhängen*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Kaufmann, W. (1974). *Jenseits von Schuld und Gerechtigkeit*. Hamburg: .
- Kern, E. (1972). *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, neu bearb. v. C. Roxin (11th. ed.)*. München: Beck.
- Kirchheimer, O. (1962). Die Justiz in der Politik. In K. Hesse et al. (Ed.), *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend (pp. 97-118)*. Tübingen: Mohr.
- Kohlberg, L. (1981). *The Philosophy of Moral Development. Moral Stages and the Idea of Justice*. San Francisco: Harper & Row.
- Koselleck, R. (1973). *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt (1959)*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Koselleck, R. (Hrsg.) (1977). *Studien zum Beginn der modernen Welt*. Stuttgart: Klett.
- Kriele, M. (1975). *Einführung in die Staatslehre*. Reinbek: Rowohlt.
- Ludz, P. Ch. (1979). Überlegungen zu einer soziologischen Analyse geheimer Gesellschaften des späten 18. und frühen 19. Jahrhunderts. In P. Ch. Ludz (Ed.), *Geheime Gesellschaften (pp. 89- 120)*. Heidelberg: Lambert Schneider.

- Lüdtke, A. (1979). Erfahrung von Industriearbeitern - Thesen zu einer vernachlässigten Dimension der Arbeitergeschichte. In W. Conze & U. Engelhardt (Eds.), *Arbeiter im Industrialisierungsprozeß* (pp. 494-512). Stuttgart: Klett.
- Lüdtke, A. (1980). Genesis und Durchsetzung des "modernen Staates". Zur Analyse von Herrschaft und Verwaltung. *Archiv für Sozialgeschichte*, 20, 470-491.
- Luhmann, N. (1969). *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied: Luchterhand.
- Luhmann, N. (1972). *Rechtssoziologie*. 2 Bände (Vol. 2). Reinbek: Rowohlt.
- Luhmann, N. (1974). *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Luhmann, N. (1974). Symbiotische Mechanismen. In O. Rammstedt (Ed.), *Gewaltverhältnisse und die Ohnmacht der Kritik* (pp. 107-131). Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1978). Geschichte als Prozess und die Theorie soziokultureller Evolution. In K.-G. Faber & Ch. Meier (Eds.), *Historische Prozesse* (pp. 413-440). München: dtv.
- Luhmann, N. (1978). Soziologie der Moral. In N. Luhmann & St. H. Pförtner (Eds.), *Theorietechnik und Moral* (pp. 8-116). Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1981). *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Mannheim, K. (1927). Das konservative Denken I. Soziologische Beiträge zum Werden des politisch-historischen Denkens in Deutschland. *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, 7, 68-142.
- Mittermaier, C. J. A. (1828). *Anleitung zur Vertheidigungskunst, im deutschen Originalprocesse und in dem auf Öffentlichkeit und Geschworenengerichte gebauten Strafverfahren*. Landshut: .
- Müller, I. (1980). *Rechtsstaat und Strafverfahren*. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt.
- Nipperdey, Th. (1972). Verein als soziale Struktur in Deutschland im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert. In H. Boockmann et al. (Ed.), *Geschichtswissenschaft und Vereinswesen im 19. Jahrhundert* (pp. 1-44). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Nonet, Ph. (1980). The Legitimation of Purposive Decisions. *California Law Review*, 68, 263-300.
- Piaget, J. (1973). *Das moralische Urteil beim Kinde*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Scheerer, S. (1980). Gesetzgebung im Belagerungszustand. In E. Blankenburg (Ed.), *Politik der inneren Sicherheit* (pp. 120- 168). Frankfurt: Suhrkamp.
- Schmidhäuser, E. (1971). *Vom Sinn der Strafe* (2nd. ed.). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Schmidhäuser, E. (1972). *Einführung in das Strafrecht*. Reinbek: Rowohlt.
- Schmidt, E. (1964). *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3rd. ed.). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Schmidt, E. (1970). *Strafprozess und Rechtsstaat*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Schmitt, C. (1968). *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schroeder, F. Ch. (1970). *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*. München: Beck.
- Tugendhat, E. (1980). Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft Neue Folge*, 14, 1-20.
- Vargha, J. (1879). *Die Vertheidigung in Strafsachen*. Wien: .
- Viehweg, Th. (1974). *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* (5th. ed.). München: Beck.

1	Die Evolution des Strafrechts	1
1.1	<i>Recht und Gewalt</i>	1
1.2	<i>Moral und Gewalt</i>	3
1.3	<i>Die moralischen Grundlagen des modernen Strafrechts</i>	3
2	Eine Theorie der Strafrechtsentwicklung.....	6
2.1	<i>Die selektive Institutionalisierung der Moderne</i>	6
2.2	<i>Die Rationalität institutioneller Selektivität</i>	8
2.3	<i>Die Zivilisierung staatlicher Gewalt</i>	10
3	Die Institutionalisierung der modernen Strafpraxis	12
3.1	<i>Die Normierung der Strafrechtssprechung</i>	12
3.2	<i>Die Normierung des Strafvollzugs</i>	16
3.3	<i>Zur Entwicklungslogik der modernen Strafpraxis</i>	20
4	Die Thematisierung der modernen Strafpraxis	23
4.1	<i>Die rechtliche Konstruktion eines Handlungsunrechts</i>	23
4.2	<i>Die rechtliche Konstruktion der Strafgerechtigkeit</i>	26
4.3	<i>Typen kognitiver Rationalisierung der Strafpraxis</i>	30
5	Der moderne Diskurs über das Strafen	32
	Literatur	36