

Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann



H. Kf

Gedächtnisschrift für
HILDE KAUFMANN

herausgegeben von

Hans Joachim Hirsch Günther Kaiser

Helmut Marquardt



1986

Walter de Gruyter · Berlin · New York



Gedruckt auf säurefreiem Papier
(alterungsbeständig – pH 7, neutral)

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann /
hrsg. von Hans Joachim Hirsch
... –
Berlin ; New York : de Gruyter, 1986.
ISBN 3-11-010463-6
NE: Hirsch, Hans Joachim [Hrsg.]

©

Copyright 1986 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36

Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

Vorwort

In diesem Jahr hätte *Hilde Kaufmann* ihr 66. Lebensjahr vollendet. Sie starb unerwartet am 11. Januar 1981, nachdem Krankheit und Anfälligkeiten überwunden schienen. Durch den jähen Tod der Wissenschaftlerin, die auch im Ausland hohes Ansehen genoß, hat die Kriminalwissenschaft einen großen Verlust erlitten.

Dem ehrenden Gedenken an *Hilde Kaufmann* widmen Freunde, Kollegen und Schüler diese Schrift. Auch nach fünf Jahren ist die Erinnerung an sie unverändert lebendig. Sie ist geprägt von den vielfältigen Tätigkeiten der Verstorbenen als akademischer Forscher und Lehrer sowie dem ständigen Bemühen, eine Brücke zwischen kriminologischer Forschung und Strafrechtspflege zu schlagen. Überdies war *Hilde Kaufmann* Mittlerin zwischen der Kriminalwissenschaft des deutschsprachigen Bereichs und der spanischsprachigen Welt. Mutig, entschieden und selbstlos setzte sie sich vor allem für Kollegen ein, die in Not und Bedrängnis geraten waren oder wegen politischer Verfolgung ihre Heimat verlassen mußten und an der Kriminologischen Forschungsstelle in Köln Obdach und Hilfe fanden.

Dem Verlag W. de Gruyter danken wir für die entgegenkommende verlegerische Betreuung, außerdem Frau Jacqueline Kaspar (Freiburg) und Herrn Dr. Georg Küpper (Köln) für die Mitwirkung an den redaktionellen Arbeiten.

Köln, Freiburg, Bonn, im April 1986

Die Herausgeber

Inhalt

HELMUT MARQUARDT, Bonn: Hilde Kaufmann. Eine Skizze ihres Lebens und ihres wissenschaftlichen Werkes	1
--	---

I. Kriminalpolitik und Strafrechtsreform

ULRICH EISENBERG, Berlin: Implikationen der Normsetzung und -durchsetzung durch internationale Organisationen im Bereich kriminologisch relevanten Verhaltens von Staatsführungen und ihren Organen	21
GERHARD DEIMLING, Wuppertal: Kriminalprävention und Sozialkritik im Werk Cesare Beccarias „Über Verbrechen und Strafen“ (1764)	51
JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Barcelona: Kriminalpolitik und Strafrecht	69
HANS-DIETER SCHWIND, Hannover: Unsichere Grundlagen der Kriminalpolitik	87
KAZIMIERZ BUCHAŁA, Krakau: Strategien der Kriminalitätsbekämpfung in Polen	101
JUAN CARLOS GARDELLA, Köln: Rechtsphilosophie und Menschenrechte	113
HANS JOACHIM HIRSCH, Köln: Bilanz der Strafrechtsreform	133
HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, München: Die sozialtherapeutischen Anstalten – ein kriminalpolitisches Lehrstück?	167
GÜNTER BLAU, Frankfurt: Die gemeinnützige Arbeit als Beispiel für einen grundlegenden Wandel des Sanktionenwesens	189

II. Kriminologie und Jugendstrafrecht

LOLITA ANIYAR DE CASTRO, Maracaibo: Grundlagen, Beiträge und mögliche Entwicklungslinien einer Krimino- logie der Befreiung	213
ROBERTO BERGALLI, Barcelona: Fundamentos e impedimentos de una teoría criminológica latino-ameri- cana	225

CARLOS A. TOZZINI, Buenos Aires: Kriminologie: Die unangemessene Kollision von zwei Parallelen	245
WERNER GEISLER, Mannheim: Prognoseentscheidungen – Ein empirisches und entscheidungstheoretisches Problem	253
HANS JOACHIM SCHNEIDER, Münster: Frauenkriminalität und Frauenstrafvollzug	267
ARTHUR KREUZER, Gießen: Cherchez la femme? Beiträge aus Gießener Delinquenzbefragungen zur Diskussion um Frauenkriminalität	291
ROSA DEL OLMO, Caracas: Drugs in Latin America and the world crisis	309
KOICHI MIYAZAWA, Tokio: Viktimisierung im Straßenverkehr in Japan	321
WOLFGANG HEINZ, Konstanz: Was läßt die vereinheitlichte Juristenausbildung von der Kriminologie übrig?	329
HEINZ SCHÖCH, Göttingen: Die gesellschaftliche Organisation der deutschsprachigen Kriminologie – Rückblick und Ausblick	355
KLAUS SESSAR, Hamburg: Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht	373
FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, Göttingen: Zum Funktionswandel des Jugendarrests	393
ELLEN SCHLÜCHTER, Köln: Rückbesinnung auf den Gesetzeszweck im Jugendstrafrecht	409

III. Theorie, Zumessung und Vollzug der Strafe

ARTHUR KAUFMANN, München: Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay	425
REINHARD VON HIPPEL, Marburg: Zur Verortung der Spezialprävention/Sozialtherapie: Maßregel oder Strafvollzug?	433
HEINZ MÜLLER-DIETZ, Saarbrücken: Franz Huber – ein Theoretiker der „Straf“- und „Gefängniskunde“	451
ALBERT KREBS, Oberursel: Denkweisen von „Poenologen“ über die „Einzelhaft“ um die Mitte des XIX. Jahrhunderts	475

MICHAEL WALTER, Köln: Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten „kriminellen Energie“ – Ein Beitrag zur Entfernung pseudo-kriminologischer Begrifflichkeit aus dem Strafrecht	493
JÜRGEN BAUMANN, Tübingen: Strafzumessung und ihre Auswirkung auf den Vollzug	513
KLAUS ROLINSKI, Regensburg: Sanktionsnotstand im konkreten Einzelfall. Zur Beschränkung der Straf- restauesetzung durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu § 67 Abs. 5 StGB	525
ECKHARD HORN, Kiel: „Vertrauensschutz“ contra Aussetzungswiderruf?	545
ENRIQUE BACIGALUPO, Lerida: Die Strafzumessung in der spanischen Strafrechtsreform	557
ANTONIO BERISTAIN, San Sebastian: La libertad religiosa como derecho fundamental de los internos institutio- nes penitenciarias	571
GÜNTHER KAISER, Freiburg: Strafvollzug im internationalen Vergleich	599
KARL-PETER ROTTHAUS, Köln: Aufgaben und Arbeitsweise der Justizvollzugsämter im Lande Nord- rhein-Westfalen	623

IV. Strafrecht

IGOR ANDREJEW, Warschau: Die integrierende Lehre vom Tatbestand	639
WOLFGANG SCHÖNE, Bonn: Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz	649
FRIEDRICH-WILHELM KRAUSE, Würzburg: Notwehr bei Angriffen Schuldloser und bei Bagatelangriffen	673
JOSÉ CEREZO MIR, Zaragoza: Grundlage und Rechtsnatur des Notstands im spanischen Strafgesetz- buch	689
ROLF DIETRICH HERZBERG, Bochum: Der Rücktritt mit Deliktisvorbehalt	709
JAIME MALAMUD GOTI, Buenos Aires: On Punishing And Individual Rights. An Essay on Objective Adminis- trative Offenses	737

JOACHIM HELLMER, Kiel:	
Bemerkungen zum strafrechtlichen Staatsschutz aus der Sicht der Identitätstheorie	747
KLAUS GEPPERT, Berlin:	
Zur strafbaren Kindesentziehung (§ 235 StGB) beim „Kampf um das gemeinsame Kind“. Überlegungen de lege lata und de lege ferenda	759
GÜNTHER JAKOBS, Bonn:	
Nötigung durch Gewalt	791
NIKOLAOS S. FOTAKIS, Athen:	
Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes nach griechischem Recht aus der Sicht des Mediziners	813
MARINO BARBERO SANTOS, Madrid:	
El fenómeno de la droga en España. Aspectos penales	824

V. Strafverfahrensrecht

DIETRICH OEHLER, Köln:	
Zur Entstehung des strafrechtlichen Inquisitionsprozesses	847
HANS JÜRGEN BRUNS, Erlangen:	
Tatverdacht und Schlüssigkeitsprüfung im strafprozessualen Ermittlungsverfahren. Rechtsdogmatische Randbemerkungen zu einem politischen Thema: „Vorverurteilung“ und „Vorfreispruch“	863
DIETHART ZIELINKSI, Hannover:	
Strafantrag – Strafantragsrecht. Zur Frage der Funktion des Strafantrags und seinen Wirksamkeitsvoraussetzungen	875
HEIKE JUNG, Saarbrücken:	
Öffentlichkeit – Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes?	891
KARL PETERS, Münster:	
Fehlerquellen und Rechtsanwendung im Strafprozeß	913
CHRISTOS DEDES, Athen:	
Grundprobleme des Beweisverfahrens	929
DIETER MEURER, Marburg:	
Beweiserhebung und Beweiswürdigung	947
FRITZ LOOS, Göttingen:	
Beschränkung der Verteidigung durch Daueranwesenheit des Sachverständigen zur Schuldfähigkeitsbegutachtung in der Hauptverhandlung? 961	
KARL HEINZ GÖSSEL, Erlangen:	
Überlegungen zur „Zulässigkeit“ im Strafverfahren, insbesondere im Stadium der Wiederaufnahme	977
Verzeichnis der Schriften von Hilde Kaufmann	997

Hilde Kaufmann

Eine Skizze ihres Lebens und ihres wissenschaftlichen Werkes

HELMUT MARQUARDT

Der Tod, der *Hilde Kaufmann* mitten aus ihrer wissenschaftlichen Arbeit riß, kam unerwartet und zu einer Zeit, als alles darauf hindeutete, daß Krankheit und Anfälligkeit – lästige Begleiter der Jahre zuvor – überwunden seien. Energie, Optimismus, Freude auf Jahre der Arbeit und des Forschens, die ihr noch vergönnt sein würden, waren der prägende Eindruck vieler Gespräche und Begegnungen mit Kollegen und Freunden in den letzten Wochen vor ihrem Tod. Ein Gehirnschlag am Abend des 11. Januar 1981 setzte allen Plänen ein jähes Ende.

Der Rückblick auf Leben und Werk *Hilde Kaufmanns* ist schmerzlich, weil er bewußt macht, wieviel sie der Wissenschaft noch hätte geben können. Er erfüllt aber auch mit Dankbarkeit, weil deutlich wird, wie vieles von dem, was sie geschaffen hat, bleiben und fortwirken wird.

Wenn im folgenden noch einmal die Stationen ihres Lebens abgeschrieben und die Spuren verfolgt werden, die sie durch ihr Wirken gezeichnet hat, so geschieht dies in dem Bemühen, das Wesentliche zu erfassen und das Bleibende sichtbar zu machen. Es geschieht auch in dem Bewußtsein der Subjektivität und Unvollkommenheit dieses Bemühens.

I.

Der Versuch, die Persönlichkeit *Hilde Kaufmanns* zu kennzeichnen, stößt zunächst auf die Dominanz von Eigenschaften, die auf den ersten Blick eher widersprüchlich erscheinen: scharfer, analytischer Verstand, kritisch-abwägende Distanz zur Umwelt, Rationalität im Handeln, Klarheit und Festigkeit des Standpunkts, kämpferisch und unbeugsam in der Verfechtung einer als richtig erkannten Position – all dies verband sich mit nicht weniger ausgeprägten Wesenszügen wie Warmherzigkeit, Offenheit, musischer Begabung, gefühlsbetonter Hingabe an Menschen und Sachen, selbstloser Zuwendung, wo Not und Leid Hilfe forderten. Das Klischee, hier sei eben eine Frau in einer typisch männlichen Berufsrolle tätig geworden und habe sich einen Gutteil von deren Attributen angeeignet, ist ihr oft begegnet und hat sie stets zornig

gemacht. Vor allem die ersten Jahre ihres beruflichen Werdegangs waren durch die Erfahrung von Vorurteilen und skeptischer Distanz auf Seiten ihrer Ausbilder und Kollegen geprägt, gaben ihr das Gefühl, sich gerade als Frau durchsetzen und behaupten zu müssen. Man geht nicht fehl – zu oft hat sie davon gesprochen –, wenn man annimmt, daß etwas von dem Kämpferischen ihres Wesens, von der bis an die Grenzen der physischen Belastbarkeit gehenden Zähigkeit ihres Arbeitens in diesen Erfahrungen seinen Grund hat. Aber es wäre falsch, dieser Seite ihrer Persönlichkeit übermäßiges Gewicht beizumessen oder hier eine wesentliche Triebfeder ihrer Arbeit zu sehen. Zu vielfältig waren die Begabungen, zu weit gespannt die Interessen, zu groß das Bedürfnis nach Harmonie, zu bestimmend die Ausrichtung an letztgültigen, das Vergängliche übersteigenden Werten. Es war die spannungsvolle Verbindung jener – nur dem flüchtigen Betrachter als widersprüchlich erscheinenden – Eigenschaften, die die Dynamik der Persönlichkeit *Hilde Kaufmanns* ausmachte und die für Leben und Arbeit fruchtbar wurde.

II.

Die Hinwendung *Hilde Kaufmanns* zur Jurisprudenz und ihre Entscheidung für eine wissenschaftliche Laufbahn folgten nicht einem früh ausgeprägten, durch Elternhaus und Familie geförderten Interesse; es waren spätere Begegnungen, die die berufliche Orientierung bestimmten.

1920 als erstes von 4 Kindern eines Lehrerehepaars im Münsterland geboren, hatte sich schon früh eine ausgeprägte Begabung in den mathematisch-naturwissenschaftlichen Fächern und in der Musik gezeigt. Nach dem 1939 mit Auszeichnung bestandenen Abitur an der renommierten Annette-v. Droste-Hülshoff-Schule in Münster gewannen die musischen Neigungen die Oberhand: Ein Studium der Musik sollte sich anschließen. Der Ausbruch des 2. Weltkriegs verhinderte jedoch zunächst die Aufnahme dieses Studiums. Die Einberufung des Vaters und die Rückkehr der Mutter in den Lehrerberuf banden *Hilde Kaufmann* an die Familie; sie übernahm die Führung des Haushalts und die Betreuung der jüngeren Geschwister.

Erst 1943 konnte sie mit dem Studium beginnen, doch war ihre Wahl inzwischen in eine andere als die ursprünglich ins Auge gefaßte Richtung gegangen: Sie nahm das Studium der Rechtswissenschaften auf. Diese Hinwendung zur Jurisprudenz war bestimmt durch die Begegnung mit ihrem ersten Mann, *Wilhelm Vianden*. Der angehende Jurist und spätere Assessor vermittelte ihr die ersten Einblicke in das Fach, er weckte ihr Interesse und gab den Anstoß zu näherer Beschäftigung mit dem Recht. Denkweise und Methodik des Juristen, die Logik der Regeln, die

Rationalität der Entscheidungen, aber auch das Bemühen um Gerechtigkeit sprachen sie an.

Noch einmal zwangen freilich Kriegsereignisse zur Unterbrechung des Studiums: Das Dritte Reich mobilisierte die letzten Reserven und zwang zum Dienst in der Rüstungsindustrie.

Das Ende des Krieges gab dann endgültig den Weg frei für das Studium, das sie im W. S. 1945/46 in Bonn wieder aufnahm. Es war eine Zeit des Aufbruchs, des Gefühls, davongekommen zu sein, des Erlebnisses einer geistigen Freiheit, die nicht selbstverständlich war, sondern die man als Geschenk und Aufgabe empfand. In dem kleinen Kreis der Kriegsheimkehrer wurde intensiv studiert, zu den wenigen Professoren, die am Wiederaufbau der Universität arbeiteten, bestand enger Kontakt. In Bonn waren es vor allem *Theodor Kipp*, *Walter Schmidt-Rimpler*, *Ernst Friesenbahn* und *Hellmuth von Weber*, die den juristischen Werdegang *Hilde Kaufmanns* in besonderem Maße prägten. Und *Hellmuth von Weber* war es schließlich auch, der die Begabung *Hilde Kaufmanns* erkannte, der sie förderte und an die Wissenschaft heranführte. Nach dem 1948 abgelegten 1. Staatsexamen wurde sie Korrekturassistentin und danach wissenschaftliche Hilfskraft an dem von ihm gegründeten Kriminologischen Seminar. Nach der Promotion und dem 1952 abgelegten 2. Staatsexamen trat sie, weil eine Assistentenstelle nicht zur Verfügung stand, zunächst in den Justizdienst ein, kam für gut ein Jahr als Assessorin zur Staatsanwaltschaft in Bonn und wechselte danach in das Auswärtige Amt, wo sie an der Seite *Hellmuth von Webers* als Hilfsreferentin im „Internationalen Gnadenausschuß für Kriegsverbrecher“ tätig war. Die Arbeit in diesem, aus Vertretern der westlichen Siegermächte und deutschen Mitgliedern zusammengesetzten Ausschuß, dessen Aufgabe darin bestand, die von den Alliierten nach dem Ende des 2. Weltkriegs durchgeführten Militärgerichtsverfahren zu überprüfen und Möglichkeiten einer Begnadigung der dort als Kriegsverbrecher verurteilten Deutschen zu erwägen, hat *Hilde Kaufmann* tief beeindruckt. Sie brachte nicht nur den engen fachlichen und persönlichen Kontakt zu ihrem dem Ausschuß angehörenden Lehrer *von Weber*. In ihr wurde vor allem deutlich, wie leicht Macht korrumpieren und wie nachhaltig Schwäche oder Opportunismus den Menschen in Unrecht verstricken konnten. Sie zeigte aber auch, wie schnell sich in der Hand des Siegers das Recht zum Instrument der Rache verformte und wie dann, wenn die Emotionen abgeklungen sind, die Vernunft zurückkehrt und die Herrschaft des Rechts wieder auflebt – nicht von selbst, sondern weil Menschen sich unerschütterlich und zäh darum bemühen. Die Erfahrung dieser mehr als 3 Jahre dauernden Tätigkeit hat *Hilde Kaufmann* nicht nur in ihrer politischen Einstellung geprägt, sie hat sie vorsichtig und empfindsam gemacht, wenn Herrschaftsansprüche unter Berufung

auf das Recht auftraten; sie war wohl auch eine Quelle dafür, daß sie sich vor allem in den letzten Jahren immer wieder nachhaltig um das Schicksal in Südamerika zu Unrecht verfolgter und in Haft genommener Wissenschaftler sorgte und für deren Freiheit eintrat.

1956 folgte die Rückkehr an die Universität Bonn als wissenschaftliche Assistentin *Hellmuth von Webers* am Kriminologischen Seminar, 1961 dann die Habilitation und die Erteilung der *venia legendi* für „Strafrecht einschließlich Strafprozeßrecht und Kriminologie“. Die Thematik der Habilitationsarbeit – Strafanspruch, Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht¹ – folgte noch ganz der Tradition jener Zeit und wohl auch dem erklärten Anspruch der Bonner Fakultät: Der Vorrang gehörte der Strafrechtsdogmatik, an ihr hatte sich der „Wissenschaftler“ zu beweisen, der Kriminologie gebührte zwar Beachtung, aber doch erst in zweiter Linie. So deutet – blickt man auf die Veröffentlichungen *Hilde Kaufmanns* bis zur Habilitation² – nichts darauf hin, daß sie in der Kriminologie den Schwerpunkt ihrer künftigen wissenschaftlichen Arbeit sehen würde. Nicht, daß ihr die Beschäftigung mit dogmatischen Themen nur lästige Pflicht gewesen wäre – sie hat deren Bedeutung und Gewicht für Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit nicht gering geachtet. Aber die Zielstrebigkeit, mit der sie sich unmittelbar nach der Habilitation kriminologischen Fragestellungen zuwandte und die Ausschließlichkeit, mit der sie ihre gesamte weitere Arbeit auf diese Thematik konzentrierte, läßt doch erkennen, wie virulent diese Neigung bereits war, ehe sie endgültig aus der Zurückhaltung heraustrat.

Freilich ist schon an dieser Stelle zu vermerken, daß *Hilde Kaufmann* das Verhältnis von Kriminologie und Strafrecht stets als ein sehr enges verstand, daß sie wie kaum ein anderer Kriminologe ihrer Generation in der Strafrechtspflege den entscheidenden Bezugspunkt sah, auf den hin kriminologische Forschung auszurichten war – jedenfalls soweit sie in der Kompetenz des Juristen betrieben wurde. Davon wird noch zu reden sein.

Zunächst drängt sich eine andere Frage auf: Was war es, das *Hilde Kaufmanns* Hinwendung zur Kriminologie bestimmte, ihre Neigungen weckte und ihr vielleicht sogar die ganz spezifische Richtung gab, die ihr wissenschaftliches Werk widerspiegelt? Gewiß war es der Einfluß ihres Lehrers *von Weber*; es war auch die Begegnung mit *Max Grünhut*, der

¹ Strafanspruch, Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht, Göttingen 1968.

² Das Verbrechen und Vergehen gegen den Personenstand, Bonn Jur. Diss. 1950 (Maschinenschrift); Der Irrtum über Voraussetzungen, die für § 240 II StGB beachtlich sind, Goldammers Archiv f. Strafrecht 1954, S. 359–364; Verbotsirrtum als Strafausschließungsgrund? NJW 1955, S. 1057–1059.

nach Jahren des Exils in England von 1950 an wieder regelmäßig kriminologische Seminare in Bonn hielt und dessen Einfluß in der starken Ausrichtung *Hilde Kaufmanns* auf Fragen des Vollzugs und der Behandlung von Straftätern erkennbar wird; und sicher war es auch das als Verpflichtung empfundene Bedürfnis, die gerade an der Bonner Fakultät überaus starke kriminologische Tradition fortzusetzen und zu vertiefen, zu deren Begründern neben *von Weber* und *Grünhut* in den 50er Jahren auch *Hans von Hentig* zählte.

Aber bestimmend konnten all diese Einflüsse letztlich doch nur deshalb werden, weil sie auf ein fast leidenschaftliches Interesse am Menschen stießen: Welche Kräfte bestimmten sein Leben und Handeln, formten seinen Charakter? Wovon hing es ab, ob er in der menschlichen Gemeinschaft zurecht kam oder vor deren Anforderungen versagte? Was konnte, was durfte der Staat an Mitteln einsetzen, um die Einhaltung von Normen zu gewährleisten? Es waren diese Fragen, die sie bewegten und die sie von Anfang an in den Mittelpunkt ihres wissenschaftlichen Arbeitens stellte. Für die Strafrechtsdogmatik lagen solche Themen eher am Rande, in der Ausbildung der Juristen hatten sie wenig Gewicht, die Strafrechtspraxis folgte weithin dem Vergeltungsprinzip und fragte wenig nach seiner Legitimation und noch weniger nach seiner Effektivität. Hier die Gewichte zu verschieben, die kriminologischen Erkenntnisse für Strafrechtswissenschaft und Praxis fruchtbar zu machen und zu erweitern, hielt sie für eine vordringliche Aufgabe, es war ein weiteres wesentliches Stimulans für ihre Hinwendung zur Kriminologie.

III.

Schon in ihrer Antrittsvorlesung, dem ersten Beitrag, in dem sie sich mit kriminologischen Fragen befaßt³, deutet *Hilde Kaufmann* programmatisch ihren wissenschaftlichen Standort an und läßt jene Perspektive erkennen, der sie in ihrer kriminologischen Arbeit Priorität einräumen wird. Es geht darum, die Bedingungen kriminellen Handelns mit Blick auf die Bedürfnisse des Strafrechts und der Strafrechtspflege zu erforschen und die daraus gewonnenen Erkenntnisse für die Ausgestaltung und die Handhabung der strafrechtlichen Reaktionen fruchtbar zu machen. Mit dieser Feststellung ist die Position umrissen, von der sie – wie die Themen ihrer nachfolgenden Arbeiten mit großer Deutlichkeit zeigen – nicht mehr abgerückt ist und die sie kurz danach⁴ und zehn Jahre später noch einmal⁵ nachdrücklich präzisiert und bekräftigt hat:

³ Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig? JZ 1962, S. 193–199.

⁴ JZ 1964, S. 696.

⁵ Kriminologie zum Zwecke der Gesellschaftskritik, JZ 1972, S. 78 f.

Nach ihrer Überzeugung kann es „die‘ Kriminologie verstanden als ‚die‘ Wissenschaft ‚vom Verbrecher und konkreten Verbrechen‘ (o. ä.) gar nicht geben“. Diese Erkenntnis führt zu der Notwendigkeit, „eine sachgemäße Aufschlüsselung der Forschung auf die einzelnen Disziplinen mit den ihnen jeweils verfügbaren speziellen Forschungstechniken vorzunehmen“ und zu fragen, „welche Art von Kriminologie nun von einer rechtswissenschaftlichen Disziplin für die Zwecke dieses Fachgebiets benötigt wird“. Die Antwort ist umfassend und bestimmt: Die „juristische Kriminologie“ hat sich auszurichten am Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts, sie erfaßt das Strafprozeßrecht, sie schließt das Nebenstrafrecht ebenso ein wie das Jugendstrafrecht. Oder – in thematische Wendungen gefaßt: „Der kriminologisch interessante Teil des AT besteht in seinem Rechtsfolgensystem. Zu dessen Konstruktion gehört es . . . , die konkrete Gestaltung und Wirkung der einzelnen Rechtsfolgen und ihres Vollzugs zu untersuchen“. Im Besonderen Teil, wo ein erhebliches Defizit an empirischem Grundlagenwissen besteht, bedarf es vor allem einer „exakten Kenntnis der Erscheinungsformen der einzelnen Verbrechen“, und damit einer „Fortführung jener Forschungen, wie sie *Hellmuth von Weber*, *Hans von Hentig*, *Exner*, *Sauer* u. a. m. betrieben haben, immer freilich straff bezogen auf den Besonderen Teil“. Die Notwendigkeit einer empirischen Erforschung des Strafprozesses nennt beispielhaft den Komplex des Wiederaufnahmeverfahrens, die Praxis der Untersuchungshaft und die Vor- und Nachteile der derzeitigen Regelungen. Gegenstand der „juristischen Kriminologie“ ist schließlich die Kriminalpolitik, verstanden als Wissenschaft von den notwendigen Änderungen der Strafrechtspflege. Sie hat speziell die Umgestaltung der Rechtsfolgen oder die Umformung des Besonderen Teils durch Pönalisierung noch nicht erfaßten sozialschädlichen Verhaltens im Blickfeld und bedarf dazu umfassender Aufhellung der relevanten empirischen Befunde⁶.

Die Ausrichtung der Kriminologie auf die Bedürfnisse von Strafrechtswissenschaft und -praxis zieht sich wie ein roter Faden durch das gesamte Schaffen *Hilde Kaufmanns*. Sie ist der Leitgedanke auch bei der Konzeption ihres Hauptwerks, des – leider unvollendet gebliebenen – dreibändig angelegten Lehrbuchs der Kriminologie⁷. Es ist – wie im Vorwort ausdrücklich hervorgehoben⁸ – „von einem streng juristischen Standpunkt aus konzipiert“ und hat „als Zielpunkt die Frage nach dem

⁶ A. a. O., S. 79.

⁷ Kriminologie I. Entstehungszusammenhänge des Verbrechens, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971; Kriminologie III. Strafvollzug und Sozialtherapie, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1977.

⁸ Bd. I, S. 14.

Reaktionssystem gewählt“, denn „die Kenntnis der Entstehungszusammenhänge ist die notwendige Voraussetzung für die Frage der Rechtsfolgen“. Das Wissen um die Wirkungen des Vollzugs, Erkenntnisse über „Behandlungs- und Resozialisierungsmöglichkeiten samt den zugehörigen Problemen der Persönlichkeitsdiagnostik“ werden als weitere wesentliche Voraussetzungen für eine adäquate Ausgestaltung des Rechtsfolgensystems genannt und sind damit ebenfalls thematischer Inhalt einer „juristischen Kriminologie“, die – dies wird spätestens hier deutlich – trotz ihrer begrenzten Zielsetzung die ganze Breite des Faches in sich aufnimmt.

Die so verstandene juristische Kriminologie bleibt auch eine interdisziplinäre Wissenschaft. Denn mit rein juristischen Mitteln sind die angesprochenen Themen nicht zu bearbeiten, sie „erfordern vielmehr jeweils einen bestimmten Ausschnitt einiger bestimmter Wissenschaften vom Menschen, nämlich der Psychologie, Soziologie und Psychiatrie, die mit dem juristischen Denken zu integrieren sind zu interdisziplinären Methoden“⁹.

In der Sache vertritt *Hilde Kaufmann* nach alledem mit ihrem Konzept der „juristischen Kriminologie“ keine extreme Position. Sie setzt sich freilich in einem wesentlichen Punkt von der in der deutschen Kriminologie wohl vorherrschenden Auffassung vom Selbstverständnis des Faches ab: Sie sieht die Kriminologie nicht als eine über den Einzeldisziplinen stehende selbständige Wissenschaft¹⁰, für sie gibt es „nicht ‚die Kriminologie‘, sondern viele methodenbewusste Zugänge zu dem ganzen Bereich der Kriminalität“¹¹. Deshalb soll „jede über die strafrechtsorientierte Kriminologie hinausgehende Beschäftigung mit dem Verbrechen und den Verbrechern als Teil der jeweils kompetenten Disziplinen erkannt werden, damit sie nicht mehr einer undurchführbaren ‚Superdisziplin‘ namens ‚Kriminologie‘ zugemutet werden“¹².

Diese Anbindung der Kriminologie an einzelne „Grund“-Disziplinen bedeutet freilich keine Unterwerfung unter einen autoritären Führungsanspruch, keine Abhängigkeit von vorgefaßten Strukturen, keine Fixierung an eine positivistische Grundhaltung. Sie geht offen und unvoreingenommen – und in Methode und Zielsetzung auch durchaus eigenständig – jenen Fragen nach, die sich aus der Perspektive der jeweiligen Disziplinen für die Aufhellung des Phänomens Verbrechen und Verbre-

⁹ A. a. O., S. 79.

¹⁰ Vgl. dazu *Göppinger*, *Kriminologie*⁴, 1980, S. 7 ff; *Kaiser*, *Kriminologie* 1980, § 1 Rdn. 45, § 4 Rdn. 15; *Eisenberg*, *Kriminologie*² 1985, § 1 Rdn. 15 ff; *Schneider*, *Kriminologie*² 1977, S. 22 ff; *Herren*, *Lehrbuch der Kriminologie* Bd. I, 1979, S. 12; *Mannheim*, *Vergleichende Kriminologie* Bd. I, 1974, S. 19 ff.

¹¹ JZ 1972, S. 81.

¹² JZ 1972, S. 80.

cher stellen. Die Befürchtung, das Konzept einer „juristischen Kriminologie“ diene der Legitimation des geltenden Strafrechts und verfestige die ihm zugrundeliegenden Herrschaftsstrukturen, findet in der Ausprägung, die *Hilde Kaufmann* ihm gegeben hat, keine Stütze. Man mag einem solchen Konzept aus wissenschaftstheoretischen Erwägungen die Gefolgschaft versagen. Seine Ergiebigkeit für die Orientierung kriminologischer Forschung, sein innovatorischer Nutzen für die Konstruktion von (Strafrechts-)Wirklichkeit aber wird sich kaum bestreiten lassen.

IV.

Die Position einer juristischen – oder präziser: einer strafrechtsorientierten – Kriminologie konfrontierte *Hilde Kaufmann* auch sehr früh mit der grundsätzlichen Frage nach dem Verhältnis von Kriminologie und Strafrecht. Sind beide überhaupt in eine fruchtbare Beziehung zu bringen oder erweisen sich die Ausgangspunkte als so gegensätzlich, daß ein Brückenschlag nicht möglich ist? Schon in der Antrittsvorlesung wird die Problematik zwar als Frage, aber doch in aller Schärfe thematisiert. Sie lautet: Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig? Und: Was läßt das Strafrecht von der Kriminologie übrig? Die Antwort folgt für *Hilde Kaufmann* aus der Klärung einer weiteren Frage: der nach dem Menschenbild, von dem die jeweilige Disziplin ausgeht. Diese Frage nach dem Menschenbild des Strafrechts und der Kriminologie ist ein Thema, das *Hilde Kaufmann* auch später immer wieder beschäftigt hat. Es ist Gegenstand einer Reihe unveröffentlichter Vorträge und es ist auch in ihrer letzten Veröffentlichung noch einmal Anlaß des Nachdenkens, wobei die Antwort sogar die Bedeutung einer die fachlichen Grenzen übersteigenden allgemeinen Orientierungshilfe für den Studierenden gewinnt¹³.

Die Formulierung der möglichen Konsequenzen zeigt zugleich den Rang, den die Klärung dieser Frage einnimmt. Wenn die Ergebnisse kriminologischer Forschung zu der Erkenntnis zwingen, daß „der Mensch nur unter dem naturwissenschaftlichen Kausalgesetz steht, ist ein Strafrecht im Vollsinne dieses Wortes, ein klassisches Strafrecht im Sinne des Schuldstrafrechts unvollziehbar“¹⁴, denn es geht aus von der möglichen Selbststeuerung des Menschen.

Die umfassende Analyse kriminologischer Erkenntnisse und Aussagen zur Determiniertheit oder Verantwortlichkeit des Menschen macht deutlich, daß dies nicht so ist. Ihr Ertrag ist die Einsicht, „daß menschliches Handeln und damit auch menschliches Verbrechen nicht die zwangsläufige Folge von Ursachen ist, die in Anlage und Umwelt zu

¹³ MschrKrim. 1980, S. 379 ff, 381 ff.

¹⁴ JZ 1962, S. 193.

finden sind“, sondern, „daß der Mensch ein zur Verantwortung fähiges und zur Verantwortlichkeit aufgerufenes Wesen ist“. Mit dieser Anerkennung der Verantwortlichkeit des Menschen „respektiert die Kriminologie auch die Basis eines echten Strafrechts, nämlich die Schuld“¹⁵. Das Verhältnis von Strafrecht und Kriminologie ist damit nicht das eines unversöhnlichen Gegensatzes, sondern eines sich gegenseitig befruchtenden, wenn auch spannungsgeladenen Nebeneinanders.

Diese harmonisierende Sichtweise verschließt sich nicht der Erkenntnis, daß beide Disziplinen in ihrem Kern durchaus von unterschiedlichen Menschenbildern ausgehen. Aber dies ist – erkennt man nur deren Modellcharakter – durchaus legitim und für die Zuordnung beider Disziplinen zueinander fruchtbar¹⁶. Das Aufdecken von Gesetzmäßigkeiten, die an der Entstehung kriminellen Verhaltens mitwirken, ermöglicht zum einen die Begrenzung und Abstufung der Verantwortungsgröße des einzelnen Menschen, ihre Kenntnis ist aber auch unverzichtbar für den Einsatz der Rechtsfolgen und für die Durchführung individueller Behandlung. – Damit gewinnt das Programm der „juristischen Kriminologie“ *Hilde Kaufmanns* auch aus dieser Perspektive schon sehr früh feste Konturen.

V.

Schon bald nach der Habilitation übernahm *Hilde Kaufmann* mit der Emeritierung *Hellmuth von Webers* die Leitung des Kriminologischen Seminars. Daß sie 4 weitere Jahre an der Bonner Juristischen Fakultät lehrte, zunächst als Dozentin und später als außerplanmäßige Professorin, hatte neben den günstigen fachlichen Voraussetzungen auch einen ganz persönlichen Grund: die Heirat mit Armin Kaufmann und der Aufbau des gemeinsamen Hauses im nahegelegenen Bad Honnef. Nach dem frühen Tod des ersten Mannes, der im Krieg gefallen war, war die Gründung einer Familie die Erfüllung eines tiefgehegten Wunsches. Der Lebensabschnitt, in den die Bonner Jahre fielen, war auch aus diesem Grunde eine ausgesprochen glückliche und erfüllte Zeit. Anfragen nach der Bereitschaft zur Übernahme eines auswärtigen Lehrstuhls stießen daher zunächst auf entschiedenes Zögern. Nur schwer machte *Hilde Kaufmann* sich mit dem Gedanken vertraut, daß sie sich einem Ruf an eine andere Universität nicht auf Dauer würde entziehen können, wenn sie langfristig in einem personell und sachlich angemessenen Rahmen forschen und arbeiten wollte. Als ihr 1966 die Nachfolge auf den Lehrstuhl *Hellmuth Mayers* an der Universität Kiel angetragen wurde,

¹⁵ JZ 1962, S. 196.

¹⁶ MschrKrim. 1980, S. 382.

folgte sie dem Ruf nicht leichten Herzens, aber doch in klarer Entscheidung für die wissenschaftliche Aufgabe, der sie sich verpflichtet fühlte.

Der wissenschaftliche Ertrag der Bonner Jahre waren wichtige Beiträge zu einer Reihe unterschiedlicher Themen, sämtlich eingebettet in den Kontext der „juristischen Kriminologie“:

So die grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem durch *Gramatica* vertretenen radikalen Flügel der *Défense sociale*, die als Reformbewegung vor allem im europäischen Ausland zunehmend Einfluß gewann und in letzter Konsequenz das System eines Schuldstrafrechts in Frage stellen mußte¹⁷. In einer sorgfältigen Analyse der wichtigsten Aussagen deckt *Hilde Kaufmann* die Widersprüche und Friktionen im System *Gramaticas* auf und macht die Schwächen deutlich, die es als Alternative zum Schuldstrafrecht unvollziehbar machen. Sie verweist jedoch nicht weniger nachhaltig auf dogmatisch nicht bewältigte Probleme des geltenden Schuldstrafrechts und seiner praktischen Verwirklichung, vor allem bei der Schuldgrößenbestimmung, die in dieser Analyse erkennbar werden. Sie zwingen zu einer stärkeren Berücksichtigung spezialpräventiver Aspekte bei der Auswahl der Straftat und bei der Bemessung der konkreten Strafe, um auf diese Weise „die nachteiligen Wirkungen etwaiger falscher Schuldgrößenbestimmung aufzufangen“¹⁸.

Einen wesentlichen Schritt in diese Richtung sieht *Hilde Kaufmann* im verstärkten Ausbau ambulanter Behandlungsformen, insbesondere in der Erweiterung der rechtlichen Möglichkeiten und der faktischen Ausgestaltung des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung. Dieser Frage geht sie in einem gesonderten Beitrag nach: In einem Vergleich mit der englischen Aussetzungspraxis führt sie den Nachweis, daß eine derartige Erweiterung ohne Schaden für die Geltungskraft der Strafrechtsordnung möglich und praktikabel ist¹⁹. Der deutsche Gesetzgeber ist dieser Forderung immerhin ein Stück weit gefolgt²⁰; daß das Anliegen nach wie vor aktuell ist, zeigt die Diskussion der Gegenwart²¹.

¹⁷ *Gramaticas* System der Difesa Sociale, in: *H. Welzel* u. a. (Hrsg.), Festschrift f. *Hellmuth v. Weber*, Bonn 1963, S. 418–444.

¹⁸ A. a. O., S. 444.

¹⁹ Soll die Strafaussetzung zur Bewährung auch weiterhin beschränkt bleiben auf Gefängnisstrafen von nicht mehr als 9 Monaten? in: *H. Kaufmann* u. a. (Hrsg.), Erinnerungsgabe für *Max Grünhut*, Marburg 1965, S. 61–91.

²⁰ Strafrechtsreformgesetz vom 25. Juni 1969, BGBl. 1969 I, S. 645.

²¹ *Bietz*, ZRP 1977, S. 62 ff; *Schöch*, ZStW 92 (1980), S. 143 ff (176 ff); *Roxin*, JA 1980, S. 545 ff (550 f); *Feltes*, Strafaussetzung zur Bewährung bei freiheitsentziehenden Strafen von mehr als einem Jahr, Heidelberg 1982, S. 43 ff; *Dünkel*, ZStW 95 (1983), S. 1037 ff (1072 ff); ferner: Gesetzentwurf des Landes NRW, BR-Drucksache 533/82, Gesetzentwurf der Fraktion der SPD, BT-Drucksache 10/1116; Gesetzesbeschluß des Deutschen Bundestages vom 5. 12. 1985, BR-Drucksache 5/86.

Ein monographischer Beitrag schließlich widmet sich Fragen der Jugendkriminalität²². Dem statistisch abgeleiteten Bild eines kontinuierlichen Anstiegs stellt *Hilde Kaufmann* die These gegenüber, es zeige sich darin möglicherweise eine bloße Vorverlagerung krimineller Aktivitäten vom Heranwachsenden in das Jugendalter: Das Gros der Jugendlichen absolviere die kriminelle Phase schneller und intensiver und begehe dafür in den anschließenden Altersstufen weniger Taten. Zumindest im Bereich der einfachen Vermögensdelikte finden sich für diese These zahlreiche Anhaltspunkte, so daß die Annahme eines echten Anstiegs der Jugendkriminalität jedenfalls wissenschaftlich nicht gesichert sei, Aussagen über Verlauf und Entwicklungstendenzen vielmehr weiterer Einzeluntersuchungen bedürften, ehe kriminalpolitische Folgerungen etwa mit dem Ziel einer Verschärfung der Sanktionen gezogen werden können. Auch wenn die These der Ablaufverschiebung in der Literatur mit Zurückhaltung aufgenommen wurde und vertiefte Untersuchungen nicht ausgelöst hat, so zeigen neuere statistische Untersuchungen zur Jugendkriminalität²³, Kohortenstudien²⁴ sowie die breite Erörterung von Diversionsstrategien²⁵ die anhaltende Aktualität der Fragestellung.

Was darüber hinaus beeindruckt an diesen Untersuchungen – das akribische Sammeln von Daten, die wägende Besonnenheit, mit der Interpretationen erfolgen und Schlußfolgerungen gezogen werden –, ist bezeichnend für die Arbeitsweise *Hilde Kaufmanns*. Allen extremen Positionen abhold, allen vorschnellen Festlegungen abgeneigt, kennzeichnet sie sich selbst als einen sog. „konservativen Wissenschaftler“, „weil ich zutiefst davon durchdrungen bin, daß das sorgsame Reflektieren tradierter Wissensbestände in Verbindung mit wohlherwogenen Schritten zur Weiterentwicklung der schnellste Weg zum Fortschritt ist“²⁶. An dieser Grundüberzeugung hat sie unbeirrt festgehalten, niemals dem raschen Erfolg oder der gefälligen Geste Raum gebend. Qualität, nicht Quantität sollte der Ertrag ihrer wissenschaftlichen Arbeit sein.

²² Steigt die Jugendkriminalität wirklich? Bonn 1965.

²³ *Albrecht*, Jugendkriminalität im Zerrbild der Statistik, München 1979; *Kaiser*, Jugendkriminalität, 3. Aufl., Weinheim und Basel 1982, S. 80 ff; *Villmow* und *Stephan*, Jugendkriminalität in einer Gemeinde, Freiburg 1983.

²⁴ *Wolfgang* et al., Delinquency in a birth cohort, The University of Chicago 1972; *Kaiser*, Jugendkriminalität, S. 145 ff; Landeskriminalamt Nordrhein-Westfalen, Jugendkriminalität und Jugendgefährdung, Düsseldorf 1982, S. 132 ff.

²⁵ *Walter*, ZStW 95 (1983), S. 32; *Herrmann*, ZStW 96 (1984), S. 455; *Blau/Franke*, ZStW 96 (1984), S. 485; *Schaffstein*, in: Festschrift f. *Jescheck*, 2. Halbband, Berlin 1985, S. 937.

²⁶ MschrKrim. 1978, S. 266.

Der Wechsel nach Kiel und die Übernahme des ersten Lehrstuhls markieren zugleich den Beginn der Arbeit an *Hilde Kaufmanns* eigentlichem Lebenswerk: ihrer auf 3 Bände angelegten Kriminologie. Die Konzeption war lange gereift, forderte jedoch neben dem umfangreichen, Strafrecht und Strafprozeßrecht einschließenden Lehrprogramm ihre ganze Energie: Die Darstellung der Entstehungszusammenhänge kriminellen Verhaltens – Thematik des ersten Bandes – sollte nicht nur eine Sammlung und kritische Würdigung des Forschungsstandes der deutschen und internationalen Kriminologie beinhalten – schon dies bedeutete eine immense Arbeit. *Hilde Kaufmann* war davon überzeugt, daß sich das Verständnis für die kriminologischen Zusammenhänge nur demjenigen erschließt, der auch mit den wichtigsten Erkenntnissen der sog. Grundlagendisziplinen vertraut ist. Und da der Hauptadressat dieses Lehrbuchs der strafrechtlich orientierte Jurist sein sollte, war es eines ihrer wichtigsten Anliegen, ihm die Grundzüge jener Disziplinen zu vermitteln. Dies bedeutete für sie selbst eine intensive Beschäftigung mit dem Wissensstand und der Methodik der Psychiatrie, der Psychologie und der Soziologie, deren unterschiedlichen Schulen und divergierenden Richtungen. Der Ertrag dieser Arbeit zeigt erneut *Hilde Kaufmanns* ungewöhnliche Fähigkeit, sich in einer dem Juristen fremden Materie zurechtzufinden, komplexe Zusammenhänge durchsichtig zu machen und die wesentlichen Inhalte des jeweiligen Fachs in konzentrierter Form dem Verständnis des interessierten Lesers nahezubringen. Nicht zuletzt dieser, mehr als die Hälfte umfassende Teil gibt dem Lehrbuch seinen hohen Wert und sichert ihm seine bleibende Bedeutung. Wieviel Kraft diese Arbeit gekostet hat, mag man unter anderem daran ermessen, daß ihre Fertigstellung zum Ende hin immer wieder durch Krankheitsperioden unterbrochen werden mußte; *Hilde Kaufmann* überwand sie durch zähes Aufbäumen und mit eisernem Willen.

1970 folgt *Hilde Kaufmann* einem Ruf an die Albertus-Magnus Universität zu Köln. Neue Pläne zu wissenschaftlicher Arbeit finden ihren institutionellen Rahmen in der Gründung der „Kriminologischen Forschungsstelle des Kriminalwissenschaftlichen Instituts“. In interdisziplinärer Besetzung soll vor allem die Sanktions- und Behandlungsforschung aktiviert werden, die in den 60er Jahren in der Bundesrepublik Deutschland weitgehend vernachlässigt wurde. Freilich ging es *Hilde Kaufmann* – ganz in der Konsequenz ihres Konzepts einer juristischen Kriminologie – nicht nur und nicht in erster Linie um Behandlung im „engeren“, medizinischen oder therapeutischen Sinne, sondern ihr Verständnis von Behandlung umfaßte den verfahrensmäßigen Zugriff auf den Straftäter ebenso wie den Vorgang der Rechtsfolgenbestimmung. Die erste monographische Untersuchung der Kölner Forschungsstelle ist deshalb auch dem Thema „Jugendliche Straftäter und ihre Verfahren“

gewidmet²⁷. In ihr werden Wege aufgezeigt und praktisch erprobt, die mit relativ geringem und prozeßökonomisch vertretbarem Aufwand zu einer besseren Diagnostik und darauf aufbauend zu einer wirkungsvollen Rechtsfolgenbestimmung führen. Und einem ähnlichen Anliegen gilt eine weitere Untersuchung, die aus der Forschungsstelle hervorgeht: sie fragt nach Möglichkeiten, wie Richter oder Staatsanwalt in prozeßökonomisch vertretbarer Weise aus der Vielzahl der jugendlichen Täter jene Problemfälle herausfiltern können, die einer näheren Begutachtung zugeführt werden sollten. Die Untersuchung belegt, daß dies mit Hilfe der in statistischen Verfahren entwickelten Prognosetafeln ohne weiteres gelingt. Sie ermöglichen die Erfassung des stärker belasteten Täterkreises, für den dann nach einer klinischen Untersuchung mit Hilfe von Sachverständigen die „richtige“ Rechtsfolge (oder auch: die richtige „Behandlung“) wesentlich präziser bestimmt werden kann²⁸.

Deutlich zeigt sich in diesen Arbeiten das Bemühen, wissenschaftliche Erkenntnisse unmittelbar für die Praxis fruchtbar zu machen, ein Anliegen, das *Hilde Kaufmann* in den Kölner Jahren noch intensiver verfolgte als zuvor: Das reformerische Potential kriminologischen Wissens mußte sich nicht erst auf dem langen Weg von Gesetzesänderungen entfalten; nicht weniger bedeutsam und auch nicht weniger effektiv war es, in die Nischen einzudringen und die Spielräume auszufüllen, die das geltende Recht enthielt. Dazu war die Durchführung von Untersuchungen und die Publikation ihrer Ergebnisse noch nicht genug. *Hilde Kaufmann* hat viel Zeit darauf verwandt, in der unmittelbaren Begegnung mit Staatsanwälten, Richtern und – in den letzten Jahren mit besonderer Energie – in zahllosen Gesprächen und Fortbildungsveranstaltungen mit Bediensteten des Strafvollzugs die gewonnenen Erkenntnisse weiterzugeben und gezielte Impulse für die praktische Arbeit zu vermitteln. Nicht weniger wichtig war ihr dabei, in eigener Anschauung die Bedürfnisse der Praxis kennenzulernen und daraus Anregungen für ihre wissenschaftliche Arbeit zu gewinnen.

Die enge Verflochtenheit von Wissenschaft und Praxis und der hohe Stellenwert, den diese Sichtweise in *Hilde Kaufmanns* Arbeit einnahm, spiegelt auch die Weiterarbeit an ihrem Lehrbuch wider – der letzten, drei Jahre vor ihrem Tod erschienenen monographischen Arbeit und damit wohl der Krönung ihres Lebenswerks. Von der ursprünglichen Konzeption abweichend widmet sich dieser Band nicht den wissenschaftstheoretischen Fragen der Kriminologie, sondern behandelt mit

²⁷ Jugendliche Straftäter und ihre Verfahren, München 1975.

²⁸ Jugendstrafrechtsreform de lege lata? in: *Stratenwerth* u. a. (Hrsg.), Festschrift f. *Hans Welzel*, Berlin 1974, S. 897–915.

Strafvollzug und Sozialtherapie²⁹ ein Teilgebiet der Kriminologie, das die Behandlung des Straffälligen zum Gegenstand hat und sich auch in seiner thematischen Ausrichtung gezielt an den Bedürfnissen der „an der Strafrechtspflege beteiligten Personen“ orientiert, „die kraft ihrer Ausbildung keinen leichten Zugang zu empirischen Disziplinen haben, jedoch spüren, daß ihre Ausbildung ... ein Informationsdefizit ... hinterlassen hat, das sie füllen möchten und müssen“³⁰. Deshalb auch verzichtet sie auf eine umfassende Darstellung aller relevanten Problemfelder des Strafvollzugs, schreibt kein „Lehrbuch des Strafvollzugs“ im traditionellen Sinne, sondern greift Themen auf, die ihr im Blick auf die genannte Zielgruppe als besonders bedeutsam erscheinen: Unter dem Leitgedanken der Realisierung eines auf empirische Erkenntnisse gestützten Behandlungsvollzugs sind dies Fragen der Vollzugsorganisation, der Persönlichkeitsbeurteilung beim Gefangenen und der Ermöglichung therapeutischer Hilfen. Das dazu jeweils vorliegende empirische Wissen macht die Notwendigkeit legislatorischer Reformen deutlich, fordert aber auch von den Akteuren des Vollzugs Einstellungs- und Verhaltensänderungen, die unmittelbare Auswirkungen auf das Vollzugsklima haben und so dem Behandlungsgedanken neue Impulse zu geben vermögen. Diese Akzentuierung des Behandlungsgedankens, der zweifellos im Zentrum des Vollzugskonzepts *Hilde Kaufmanns* steht, bedeutet freilich nicht dessen Verabsolutierung: Er hat weder für alle Straftäter dieselbe Bedeutung noch macht er andere Anstrengungen zur Veränderung von – auch gesamtgesellschaftlichen – Bedingungen des Kriminellwerdens entbehrlich³¹, er ist auch nicht die Konsequenz eines Standpunktes, der eine einseitig persönlichkeitsorientierte Kriminalitätstheorie favorisiert³². Er ist nicht mehr als die nüchterne und pragmatische Folgerung aus der Einsicht, daß das Gros der Insassen unserer Vollzugsanstalten im Verlauf des Sozialisationsprozesses eine so gravierende Fülle von Schädigungen erfahren hat, daß das soziale Zusammenleben auf der Basis der Einhaltung der elementaren Normen der Gesellschaft nicht gelingt. Diesen Probandenkreis hat *Hilde Kaufmann* im Blick und für seine Wiedereingliederung sieht sie nur eine wirkliche Chance: einen Behandlungsvollzug, der anzureichern und weiterzuentwickeln ist durch den verstärkten Einsatz spezifisch therapeutischer Methoden und der für einen gar nicht geringen Teil von Tätern als sozialtherapeutische Institution seine effektivste Gestaltungsform

²⁹ Kriminologie III. Strafvollzug und Sozialtherapie, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1977.

³⁰ S. 11.

³¹ Kriminologie III, S. 69, 159.

³² A. a. O., S. 158 f.

erreicht³³. Klar und entschieden stellte sie sich mit dieser Konzeption auch gegen jene Richtung innerhalb der Vollzugswissenschaft, die eine Abkehr vom Behandlungsgedanken propagiert und die die Forderung nach einem weiteren Ausbau des therapeutischen Potentials als Ausfluß einer imaginären Behandlungsideologie diskreditiert³⁴. Getragen wird das Konzept auch vom Gedanken einer stärkeren Humanisierung des Strafvollzugs. Sie ergibt sich als Postulat eines richtig verstandenen Gerechtigkeitsbegriffs und bildet die unverzichtbare Basis für einen echten Behandlungsvollzug³⁵.

VI.

Das weit über die wissenschaftliche Beschäftigung hinausgehende Engagement für die Probleme des Strafvollzugs führte *Hilde Kaufmann* in den Kölner Jahren auch zu einer Intensivierung ihrer internationalen Kontakte. Vortragsreisen führten sie nach Spanien und Polen, eine besonders tiefe Verbindung entstand zu den Ländern Lateinamerikas. Auf einer Studienreise durch Venezuela Ende der 60er Jahre hatte sie erstmals unmittelbar die großen sozialen Probleme eines Entwicklungslandes kennengelernt und war bei Gefängnisbesuchen auf bedrückende, menschenunwürdige Zustände gestoßen. Es zeugt von ihrem ausgeprägten sozialen Verantwortungsgefühl, aber auch von ihrer tiefen Menschlichkeit, daß sie sich sogleich mit Entschiedenheit an die Seite jener kleinen Gruppe von Wissenschaftlern und Praktikern stellte, die sich mit bescheidenen Mitteln, aber hohem persönlichem Einsatz um Reformen bemühten. Ihrer Unterstützung und Förderung widmete sie in den folgenden Jahren einen wesentlichen Teil ihrer Kraft. Sie unterhielt rege wissenschaftliche Kontakte vor allem zum Centro Internacional de Investigacion Para Las Ciencias Penales in Buenos Aires. Zahlreichen jungen Wissenschaftlern und Doktoranden verhalf sie zu Studienaufenthalten in der Bundesrepublik Deutschland, bevorzugt auch an ihrer Forschungsstelle; sie regte zum Zwecke der Rechtsvergleichung Untersuchungen über Strafvollzug und Strafverfahren in Lateinamerika an und vermittelte den Austausch wissenschaftlicher Werke. In den Jahren 1975 bis 1977 war sie wiederholt zu Vortrags- und Seminarveranstaltungen in

³³ A. a. O., S. 90, 152, 208.

³⁴ Vgl. zur Kritik am Behandlungsgedanken *Peters/Peters*, KrimJ 1970, S. 114; *Hobmeier*, Die Strafvollzugsanstalt als Organisation, in: *Arthur Kaufmann* (Hrsg.), Die Strafvollzugsreform, Karlsruhe 1971, S. 125 ff (127); *Feest*, in: AK StVollzG, Neuwied u. Darmstadt 1980, vor § 2 Rdn. 7 ff; *Schneider*, Behandlung in Freiheit – Alternativen zum Freiheitsentzug in Strafanstalten, in: Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen, Diessenhofen 1979, S. 37 ff (41 ff).

³⁵ S. 90.

Argentinien, Kolumbien, Chile und Venezuela, suchte dabei auch das Gespräch mit staatlichen Stellen, wurde Mitglied des Internationalen Beirats zweiter angesehenen spanischsprachiger Zeitschriften, der „Doctrina Penal“, die sie mit begründete, und der „Nuevo Pensamiento Penal“; sie verfaßte mehrere Aufsätze in spanischer Sprache zu strafrechtlichen und kriminologischen Themen und gab schließlich in dem wohl renommiertesten Verlag Argentiniens mit der „Biblioteca de Ciencias Penales“ eine eigene strafrechtswissenschaftlich-kriminologische Reihe heraus.

Daß Band 3 ihrer „Kriminologie“ in spanischer Übersetzung erscheinen konnte, desgleichen die Untersuchung über „Jugendliche Straftäter und ihre Verfahren“ zeigt die hohe Wertschätzung, die ihrer Arbeit in Lateinamerika zuteil wurde. Wie viel sie darüber hinaus an persönlicher Hilfe geleistet hat, nicht selten durch entschlossenen und mutigen Einsatz in politischer Bedrängnis, ist meist nur den unmittelbar Betroffenen bekannt geworden. Zuneigung und Freundschaft, die sie durch diese Kontakte in reichem Maße erfahren durfte, waren ihr Dank genug.

VII.

Eine erschöpfende Würdigung der Person und des Wirkens *Hilde Kaufmanns* hätte noch viele Nuancen aufzunehmen: ihre Mitarbeit in Gutachtergremien, ihr Einsatz als Vertrauensdozentin des Cusanus-Werkes, ihre Tätigkeit in der Humboldt-Stiftung, ihr Wirken als Dekanin der Juristischen Fakultät zu Köln. Sie hätte vor allem das große Engagement als akademische Lehrerin hervorzuheben, in dem sie mit durchaus leidenschaftlicher Strenge ihre Hörer zu kritischem Denken herausforderte und zu persönlicher Leistungsbereitschaft anspornte. Daß sie dabei stets ein offenes Ohr für die privaten und beruflichen Sorgen ihrer Studenten hatte und daß sie vielen mit Rat und Unterstützung weiterhalf, war ihr selbstverständlich; sie hat davon kein Aufheben gemacht.

Mitarbeiter, Freunde und Kollegen fanden in ihr zu jeder Zeit eine geduldig zuhörende und anregende Gesprächspartnerin und bei vielen Einladungen in ihr stets offenes Haus eine liebenswürdige Gastgeberin. Mit rührender Aufmerksamkeit umsorgte sie ihre zahlreichen Gäste aus dem Ausland, führte sie zu Sehenswürdigkeiten der Stadt und zeigte ihnen, meist selbst am Steuer ihres Autos, die Schönheit der Landschaft ringsum.

In der Musik, im Klavier- und Orgelspiel, in der Beschäftigung mit kunstgeschichtlichen und theologischen Themen fand sie den Ausgleich für ihre Arbeit und gewann daraus auch einen Teil ihrer Kraft. Das tragende Fundament ihres Lebens jedoch war eine tiefe Gläubigkeit. Aus

ihr schöpfte sie Mut und Zuversicht auch in schweren Stunden, sie gab ihrer Arbeit Sinn und sie war wohl auch der letzte Grund für ihre Menschlichkeit und ihre aufopfernde Bereitschaft zur Hingabe an andere.

Hilde Kaufmann war ein Mensch der Tat. Sie hat immer etwas bewegen wollen, nicht durch kühne, aufsehenerregende Entwürfe, sondern durch zähes, geduldiges Arbeiten an den brüchigen Stellen unserer Strafrechtspflege. Der Bezugspunkt all ihrer Arbeit war der Mensch; ihm, dem in der Gesellschaft Gescheiterten sollte Gerechtigkeit widerfahren. Diesem Bemühen galt ihre wissenschaftliche Verpflichtung. Es ist das Vermächtnis ihres Lebens und Wirkens.

I.
Kriminalpolitik
und Strafrechtsreform

Implikationen der Normsetzung und -durchsetzung durch Internationale Organisationen im Bereich kriminologisch relevanten Verhaltens von Staatsführungen und ihren Organen

ULRICH EISENBERG

Im Oktober 1978 mahnte *Hilde Kaufmann*, Strafrechtsvergleichung solle auch Vergleich des Strafunrechts sein; diese wissenschaftliche Disziplin könne bezüglich zahlreicher lateinamerikanischer Länder nicht mehr nur im reinen Erkenntnisinteresse betrieben werden, sie müsse vielmehr die Bekämpfung krasser Unrechtsformen, die sich der Instrumente des Strafrechts bedienen, zum Zweck haben¹. Gleichsam ergänzend wies *sie* im Februar 1979 darauf hin, daß moderne Diktaturen (Straf-)Verteidiger ihrer Funktion berauben oder sie gar physisch umbringen, wenn diese es wagen, sich um Regimegegner und politische Gefangene zu kümmern².

I. Einleitung

1. Problemstellung

Diesen straf- und strafverfahrensrechtlichen Anregungen entspricht es, wenn die vergleichende Kriminologie sich innerhalb ihres Rahmens begrifflich-normativer Anknüpfung mit Fragen der Definition und Kontrolle gegenüber Verhalten von Staatsführungen (und ihren Organen) als mutmaßlichen – und gegebenenfalls terroristischen – Tätergemeinschaften befaßt. Für solche Tätergemeinschaften sind neben sonstigen Merkmalsausprägungen³ insbesondere Formen der in totalitär oder autoritär verfaßten Staaten auch (verfassungs-)rechtlich begründeten Vereinheitlichung der staatlichen Gewalten kennzeichnend, die eine funktionelle

¹ Vgl. den Bericht von *Dörken* ZStW 91 (1979), 835 (839).

² Vgl. den Bericht von *Dörken* ZStW 93 (1981), 309 (311).

³ *Eisenberg*, Kriminologie, 2. Auflage, 1985, § 50 Rdn. 21 ff sowie § 44 Rdn. 13 ff; *ders.*, Kriminologisch bedeutsames Verhalten von Staatsführungen und ihren Organen, MschrKrim. 1980, 217 (226 ff). Zu Funktionen der Tatbegehung s. auch *Hess*, Repressives Verbrechen, KrimJ 76, 1 ff.

und personelle Identität der (mutmaßlichen) Tätergemeinschaften mit den entscheidend an der innerstaatlichen Normsetzung und -durchsetzung Beteiligten bewirken. Dabei erlaubt es die Machtkonzentration den (mutmaßlichen) Tätergemeinschaften, sich zum Zweck der Stabilisierung der Machtpositionen ihrer selbst oder der sie favorisierenden gesellschaftlichen Gruppen des strafrechtlichen Kontroll- und Sanktionensystems dergestalt zu bedienen, daß bestimmte Kategorien der Verletzung z. B. von Individualrechtsgütern als nach nationalem Recht rechtmäßige Ausübung von Funktionen im Rahmen der staatlichen Strafgewalt erscheinen können. Die genannte Funktionsausübung umfaßt zudem einen Tätigkeitsbereich, der durch einen ihm eigenen Mangel an Transparenz und öffentlicher Kontrolle die Entdeckungswahrscheinlichkeit illegaler Praktiken als nachhaltig reduziert ausweist; im übrigen verbleibt hinsichtlich solcher Verhaltensweisen, die allgemein nach nationalem Recht strafrechtlich sanktionsbedrohte Rechtsgutverletzungen darstellen, die Möglichkeit des gesetzlichen Verfolgungsausschlusses zugunsten der Staatsführungen (und ihrer Organe).

Der Umstand, daß auch nach Überwindung derartiger Herrschaftssysteme im nationalen Bereich Zurückhaltung in der Verfolgungs- und Stigmatisierungsbereitschaft zu verzeichnen ist, mag mit der geringen Geeignetheit dieses Verhaltensbereichs für die Funktion strafrechtlicher Erfassung im Sinne einer Stabilisierung der Sozialstruktur zusammenhängen⁴. Soweit die sozialstrukturellen Grundlagen eine solche Veränderung der Formen politischer Machtausübung überdauern, wäre eine erhöhte Bereitschaft zu strafrechtlicher Erfassung und Sanktionierung, die über eine individuelle Schuldzuweisung betreffend einzelne besonders exponierte Träger politischer Macht hinausginge, indem sie eine umfassende Ausschaltung von Rollenträgern des vormaligen Herrschaftssystems intendierte, disfunktional und daher kontraindiziert.

2. Thematische Eingrenzung

In Anbetracht des Umfangs von Rechtsgewährleistungen durch internationale Vereinbarungen (s. teilweise u. II.2.), die mit der Garantie sowohl politischer Bürgerrechte⁵ als auch zunehmend wirtschaftlicher

⁴ S. Eisenberg a. a. O. (Fn. 3), 1985, § 10.

⁵ Einerseits erscheint bei funktioneller Betrachtung der Phänomene und Zusammenhänge staatlich organisierten Terrors die Außerkraftsetzung politischer Bürgerrechte als seine regelmäßige, wenngleich nicht notwendige Bedingung, nicht aber stellt diese als solche i. S. herkömmlichen Verständnisses ein „crimen“ dar. Andererseits mögen Einschränkungen insbesondere des Schutzes des persönlichen Geheimbereichs der Funktionalisierbarkeit (somit zugänglicher) einschlägiger „Erkenntnisse“ zugunsten staatlicher Repression entsprechen, so daß eine gleichsam systematische Verletzung von Normen dieses Bereichs der Thematik zugehören würde, soweit internationale Vereinbarungen die Privatsphäre gegen Eingriffe hoheitlicher Gewalt schützen.

und sozialer Rechte über den Bereich derjenigen elementaren Existenzrechte hinausgreifen, die den Schutz des Strafrechts etwa europäischer Tradition genießen, stellt sich hinsichtlich der aufgezeigten Forschungsfragen freilich das Problem der thematischen Eingrenzung. Dabei läßt das Ausmaß des durch einschlägiges normwidriges Verhalten von Staatsführungen (und ihren Organen) verursachten unmittelbaren Schadens es als vordringlich erscheinen, die Erörterung (einstweilen) auf den Schutz von Leben, körperlicher Unversehrtheit, persönlicher Sicherheit und deren strafverfahrensrechtliche Sicherungen gegenüber Verletzungen durch Staatsführungen (und ihre Organe) zu beschränken. Schon aus Raumgründen kann in diesem Zusammenhang allerdings nicht auf die Ausgestaltung des kriegsvölkerrechtlichen Schutzes der genannten Rechtsgüter eingegangen werden.

3. Einzelne Normensysteme

Das begrifflich-normative Zugangsproblem der einschlägigen kriminologischen Forschung bleibt, ein Normensystem zugrundezulegen, das geeignet ist, die in Rede stehenden Erscheinungsformen kriminologisch relevanten Verhaltens in diesem Bereich zu erfassen. Hierfür bieten sich Normensysteme Internationaler (einschließlich regional-internationaler) Organisationen in Form rechtsverbindlicher Vereinbarungen an, deren formuliertes Normziel der Schutz (auch) höchstpersönlicher Individualrechtsgüter vor kriminologisch relevanten Verletzungshandlungen ist, die von Staatsführungen (und ihren Organen) oder von Dritten begangen und von jenen geduldet werden.

- a) *Als solche kommen auf internationaler Ebene namentlich in Betracht:*
- Der im Jahre 1966 von der Generalversammlung der *Vereinten Nationen* (im folgenden: *VN*) angenommene, am 23. März 1976 in Kraft getretene *Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte*⁶ (im folgenden: „*Pakt*“), einschließlich des *Fakultativprotokolls*, mit dem formell-rechtlich unverbindliche⁷ Rechtsgarantien der im Jahre 1948 durch die *VN* proklamierten *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* (im folgenden: *AEMR*) erstmals in völkerrechtlich verbindliche Form gebracht wurden;

⁶ Abgedruckt in BGBl. 1973 (II), S. 1534 ff.

⁷ Zur Frage der Rechtsverbindlichkeit s. auch *Bitker*, *The United States and International Codification of Human Rights: A Case of Split Personality*, in: *Kaufman Hevener*, *N.* (Hrsg.): *The Dynamics of Human Rights in U. S. Foreign Policy*, 1981, S. 77 ff (84 f), der unter Bezugnahme auf die Schlußakte der Internationalen Menschenrechtskonferenz in Teheran vom 22. April – 13. Mai 1968 sowie die Schlußakte von Helsinki vom 1. August 1975 die *AEMR* dem Völkergewohnheitsrecht zuordnet; s. auch *Hinz*, *M. O.*, *Das Recht der Apartheid – Internationales Unrecht*, DuR 1986, S. 68.

- das am 7. März 1966 zur Unterzeichnung aufgelegte, am 12. März 1969 in Kraft getretene *Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung*⁸ (im folgenden: „*Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention*“);
- das am 30. November 1973 von der Generalversammlung der VN angenommene, am 18. Juli 1976 in Kraft getretene *Übereinkommen zur Abschaffung und Bestrafung des Verbrechens der Apartheid*⁹ (im folgenden: „*Anti-Apartheid-Konvention*“);
- die am 9. Dezember 1948 von der Generalversammlung der VN angenommene, am 12. Januar 1951 in Kraft getretene *Konvention zur Verhütung und Bestrafung des Völkermordes*¹⁰ (im folgenden: „*Anti-Völkermord-Konvention*“);
- die am 10. Dezember 1984 von der Generalversammlung der VN angenommene, jedoch noch nicht in Kraft getretene *Konvention gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe*¹¹ (im folgenden: „*Anti-Folter-Konvention*“).

b) Auf regional-internationaler Ebene bestehen insoweit folgende Kodifikationen:

- die am 22. November 1969 durch die inter-amerikanische Sonderkonferenz der *Organisation Amerikanischer Staaten* (im folgenden: OAS) in San José verabschiedete, am 18. Juli 1978 in Kraft getretene *Amerikanische Menschenrechtskonvention*¹² (im folgenden: *AMRK*);
- die am 4. November 1950 durch den Europarat in Rom verabschiedete, am 3. September 1953 in Kraft getretene *Europäische Menschenrechtskonvention* (im folgenden: *EMRK*)¹³;
- die von den Mitgliedsstaaten der *Organisation für Afrikanische Einheit* (im folgenden: OAU) auf der 18. Gipfelkonferenz der OAU vom

⁸ Abgedruckt in BGBl. 1969 (II), S. 962 ff.

⁹ Abgedruckt bei Brownlie, I. (Hrsg.): *Basic Documents on Human Rights*, 2. Aufl., 1981, S. 164 ff; s. auch u. Fn. 33.

¹⁰ Abgedruckt bei Brownlie a. a. O. (Fn. 8), S. 31 ff.

¹¹ *United Nations A/RES/39/46* vom 17. Dezember 1984; zu den gegenwärtigen Plänen zur Ausarbeitung von „Anti-Folter-Konventionen“ im regional-internationalen Rahmen s. Bartsch, *Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes . . .*, in: NJW 1985, S. 1756, 1759.

¹² Abgedruckt bei Brownlie a. a. O. (Fn. 9), S. 391 ff.

¹³ S. auch den Entwurf einer Europäischen Konvention gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, abgedruckt in: EuGRZ 1984, S. 165 ff; zu den Motiven s. etwa: *Parliamentary Assembly*, 27th ordinary session, Second Part, Vol. V, Doc. 3668, Strasbourg, 1975; *Parliamentary Assembly*, Official Records of Debates, 32nd ordinary session, Third Part, Vol. III, Strasbourg 1981, S. 680 ff; *Parliamentary Assembly*, 35th ordinary session, Second Part, Vol. IV, Doc. 5123, Strasbourg 1983.

24.–28. Juli 1981 gebilligte und zur Unterschrift aufgelegte¹⁴, jedoch noch nicht in Kraft getretene *Afrikanische Charta der Rechte der Menschen und der Völker*¹⁵ (im folgenden: *Afrikanische Charta...*).

Demgegenüber besteht bislang für Asien eine vergleichbare Internationale Organisation nicht¹⁶.

II. Normsetzung

1. Implikationen der Normsetzungsprozesse

Der Prozeß der Normsetzung umfaßt bei formell-verfahrensgemäßer Betrachtung zwei rechtlich einander nachgeordnete, tatsächlich aber ineinander verschränkte Ebenen. Die Ausarbeitung der Kodifikationsentwürfe erfolgt durch die nach der Satzung der jeweiligen Organisation hierfür vorgesehenen Organe, die zuweilen¹⁷ ihre Formulierungsvorschläge bereits in einem frühen Stadium der Vorarbeiten den nationalen Regierungen zur Stellungnahme übermitteln; deren Entschließung obliegt es, nach Annahme des Entwurfes durch das zuständige Organ der Organisation, den Vertrag als verbindlich anzuerkennen¹⁸. Soweit der Eintritt der innerstaatlichen Rechtsverbindlichkeit eines Vertrages (zusätzlich) seine Ratifikation voraussetzt¹⁹, wirkt die nach der jeweiligen nationalen Verfassung für die Gesetzgebung zuständige Körperschaft an der Normsetzung mit (, die allerdings entsprechend den jeweiligen innerstaatlichen Gegebenheiten nicht selten gleichsam mit der staatlichen Exekutive identisch ist).

a) Einfluß der jeweiligen Staatsführungen

Die Ausarbeitung der Kodifikationsentwürfe und die Beschlußfassung über deren Annahme ist – unbeschadet gewisser Unterschiede in

¹⁴ S. hierzu *Bartsch*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes..., in: NJW 1982, S. 478 (479).

¹⁵ Bezeichnung des Entwurfs: *OAU-Dok. CAB/LEG/67/37 Rev. 5*; s. hierzu *Partsch*, Über Menschenrechte, VN 1985, S. 166 (170); *Mbaya*, Menschenrechtskodifikation in Afrika, VN 1984, S. 132.

¹⁶ S. aber zur Gründung einer Gesamtsiatischen Anwaltskammer mit der Zielsetzung der Überwachung der Menschenrechtssituation sowie zu den Bestrebungen im Rahmen der VN hinsichtlich einer entsprechenden regional-internationalen Einrichtung: *Amnesty International* (im folgenden: *AI*), Jahresbericht 1982, S. 233 f.; s. zu der im September 1981 durch den (nicht-staatlichen) Internationalen Islamischen Rat verkündeten „Allgemeinen Islamischen Menschenrechtserklärung“ sowie zu den Bestrebungen der Dritten Islamischen Gipfelkonferenz zur Errichtung eines Islamischen Gerichtshofes und zur Ausarbeitung eines Dokuments über Menschenrechte im Islam: *AI*, a. a. O., S. 401 f.

¹⁷ S. etwa *Landerer*, Capital Punishment as a Human Rights Issue before the United Nations, in: *Révue de droit de l'homme*, 1971, S. 511.

¹⁸ S. Art. 11 der Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969.

¹⁹ S. Art. 14 der Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969.

der Zusammensetzung und Kompetenzverteilung innerhalb der verschiedenen Organisationen – gekennzeichnet durch eine *Prädominanz* der *nationalen Exekutive*²⁰ einerseits und den *Mangel an Repräsentation* und *Mitwirkung* der *Rechtssubjekte*²¹ andererseits. Denn die Kompetenzregelungen der Organisationen ordnen die Aufgabe der Förderung des Menschenrechtsschutzes solchen Organen zu, die entweder mit Vertretern der nationalen Exekutive besetzt sind²² oder deren Zusammensetzung zumindest maßgeblich von den nationalen Regierungen

²⁰ Vgl. dazu *Wolski*, S., Menschenrechtsschutz und Gewaltenteilung, unveröffentl. Manuskript, Berlin 1984, S. 10.

²¹ Dieser Terminus sei hier im Hinblick auf den vor allem unter dem Gesichtspunkt der Staatensouveränität geführten und fortdauernden Streit in der Völkerrechtslehre über die Eigenschaft von Individuen als Subjekte des Völkerrechts (s. etwa *Bartsch*, 25 Jahre Menschenrechtsschutz – eine Bilanz, EuR 79, 105 [108] m. w. N.) im untechnischen Sinne ausschließlich mit dem Inhalt gebraucht, daß die genannten Vereinbarungen jedenfalls den Schutzbereich der Rechtssphäre von Einzelpersonen definieren.

²² Zu diesen zählen nach der satzungsgemäßen Kompetenzverteilung sowohl die Organe der VN als auch das Ministerkomitee als Vertretungsorgan des Europarates.

Gemäß Art. 60 i. V. m. Art. 55 c, 62 Abs. 2 der Charta der VN sind die für die Normsetzung in diesem Bereich zuständigen Organe: Die Generalversammlung des Wirtschafts- und Sozialrats, dessen Mitglieder, die Generalversammlung selbst (Art. 61 Abs. 1 der Charta der VN) sowie die vom WSR eingesetzte Menschenrechtskommission (s. Art. 68 der Charta der VN), die jeweils ausschließlich mit Vertretern der Regierungen der Mitgliedsstaaten der VN besetzt sind (s. auch *Tardu*, M. E., Human Rights – The International Petition System, Bd. I, 1979 [Part I, Section I. A.], S. 3).

Auf europäischer Ebene oblag unbeschadet der Vorarbeiten durch den Europakongress und den internationalen Rechtsausschuß (s. *Partsch*, Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention, ZföR 1953–54, S. 631 [633]) die Ausarbeitung des Entwurfes der EMRK entsprechend der Aufgabenverteilung nach Art. 15 Abs. a) i. V. m. Art. 3 der Satzung des Europarates dem mit den Außenministern der Mitgliedsstaaten oder deren Beauftragten (Art. 14 der Satzung des Europarates) besetzten Ministerkomitee und dem von diesem eingesetzten Ausschuß höherer Regierungsbeamter (s. auch Art. 17 der Satzung des Europarates); vgl. *Partsch*, a. a. O., S. 649, unter Hinweis darauf, daß der Ausschuß der Regierungsvertreter der Konvention „im wesentlichen die Form (gab), in der sie später angenommen wurde“.

Zur Kompetenzverteilung innerhalb der OAU vgl. Art. XII ff, Art. II 1 e), Art. VIII ff der Charta der OAU (abgedruckt bei *Peaslee*, A. J., International Governmental Organizations, Constitutional Documents, Bd. I, 3. Auflage, 1974, S. 1161 ff). Inwieweit eine nach innerstaatlichem Recht etwa gegebene parlamentarische Verantwortlichkeit der Vertreter der jeweiligen Staatsführung geeignet ist, eine wirksame Einflußnahme des Parlaments insbesondere auf das Abstimmungsverhalten der Regierungsvertreter zu gewährleisten, erscheint als wenig geklärt. Der Wirksamkeit von Erklärungen der Staatenvertreter im Rahmen von Entscheidungsprozessen der jeweiligen Organisation jedenfalls stehen derartige Gegebenheiten nicht entgegen (zum Problem der parlamentarischen Kontrolle der Staatenvertreter allgemein s. *Seidl-Hohenveldern*, Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der supranationalen Gemeinschaften, 4. Auflage, 1984, Rdn. 1158 a, 1203 ff).

bestimmt ist²³. Mit einer gewissen Ausnahme hinsichtlich der Interamerikanischen Juristenkommission der OAS²⁴ (Art. 109 der Charta der OAS) sind weder die Organe der (übrigen) Organisationen noch die einzelnen Staatenvertreter zu einer *Zusammenarbeit* mit oder *Konsultation* von nicht-staatlichen Organisationen zum Zweck der Ermittlung der (rechts-)tatsächlichen Grundlagen des Regelungsgegenstandes verpflichtet²⁵. Soweit seitens der Organisationen oder einzelnen Staatenvertreter eine Kooperation mit nicht-staatlichen Organisationen zustande kommt, bedürfen die Auswahlverfahren, nach denen diese Organisatio-

²³ Bezüglich der OAS zählen hierzu (entsprechend der satzungsgemäßen Kompetenzverteilung innerhalb der OAS) deren mit der Ausarbeitung der AMRK beauftragte Organe: Die von der OAS-Konferenz in Mexiko-City im Jahre 1945 mit der Ausarbeitung der AMRK beauftragte Interamerikanische Juristenkommission (Art. 105 ff der Charta der OAS, abgedruckt bei *Peaslee*, a. a. O. [Fn. 22], S. 1182 ff) und die Interamerikanische Menschenrechtskommission (Art. 112 der Charta der OAS); zur Entstehungsgeschichte s. auch *Kutzner*, Die Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22. November 1969, JIR 1971, S. 274. Die Wahl der Mitglieder der Interamerikanischen Menschenrechtskommission erfolgt durch den aus Regierungsvertretern bestehenden Ständigen Rat der OAS (Art. 4 a. der Satzung der Interamerikanischen Menschenrechtskommission [abgedruckt bei *Peaslee*, a. a. O. (Fn. 22), S. 1207 ff] i. V. m. den Art. 51 c., 68 und 78 der Charta der OAS) auf der Grundlage der von den Regierungen der Mitgliedsstaaten erstellten Kandidatenlisten.

Die Wahl der Mitglieder der Interamerikanischen Juristenkommission erfolgt durch die Generalversammlung der OAS (Art. 107 i. V. m. Art. 52 ff der Charta der OAS) auf der Grundlage der von den Mitgliedsstaaten erstellten Kandidatenlisten (Art. 107 der Charta der OAS).

²⁴ Dieser wird zugleich größtmögliche fachliche Autonomie eingeräumt.

²⁵ Lediglich Art. 71 der Charta der VN sieht fakultativ „Abmachungen zwecks Konsultation mit nicht-staatlichen Organisationen“ durch den WSR vor, „die sich mit Angelegenheiten seiner Zuständigkeit“ befassen (s. hierzu auch *Seidl-Hobenveldern*, a. a. O. [Fn. 22], Rdn. 1230 a). – Für die USA wird allerdings berichtet, daß internationale nicht-staatliche Organisationen generell einer direkten Zusammenarbeit mit formell an der Normsetzung Beteiligten aus Furcht, für bestimmte außenpolitische Interessen der jeweiligen Regierung vereinnahmt zu werden, eher abgeneigt seien (s. *Weissbrodt*, The Influence of Interest Groups on the Development of United States Human Rights Policies, in: *Kaufmann Hevener* a. a. O. [Fn. 7] S. 229 [246]). Soweit nationale nicht-staatliche Organisationen hier eine Vermittlerrolle übernehmen, seien sie in der Regel weniger konfliktfähig und effektiv, da sie nur einen geringen Teil der Wählerschaft repräsentierten und es ihnen zuweilen auch an Sachkenntnis fehle (s. *Weissbrodt*, a. a. O., S. 245 f). Die Organe der VN setzen zuweilen ad hoc-Arbeitsgruppen mit bestimmten Ermittlungsaufträgen ein, ohne jedoch hierzu verpflichtet zu sein (s. etwa den Bericht der ad hoc-Arbeitsgruppe zu den Situationen in Südafrika, Namibia, Südrhodesien und den Gebieten unter portugiesischer Verwaltung aus Anlaß der Vorarbeit zur „Anti-Apartheid-Konvention“, in: *UN-Yearbook* 27 [1973], S. 530 f). Zur Zusammenarbeit von Amnesty International mit diesen Arbeitsgruppen s. etwa *AI*, a. a. O. (Fn. 16), S. 20 f sowie S. 233; vgl. auch *AI*, Jahresbericht 1981, S. 29 f.

Zur Zusammenarbeit von Amnesty International mit den Organen regional-internationaler Organisationen s. *AI*, a. a. O. (1982) (Fn. 16), S. 141, 329 f; a. a. O. (1981), S. 31 (32–35).

nen oder einzelne ihrer Berichte bestimmt werden, nicht der Offenlegung bzw. Begründung²⁶. – Die unmittelbar oder mittelbar an der Normsetzung beteiligten potentiellen Normadressaten trifft weder eine Pflicht zur *Wahrheitsermittlung* und *Beweisführung* hinsichtlich der Geeignetheit der geplanten Regelungen gemessen am Normziel, noch obliegt ihnen eine *Begründungspflicht*²⁷. Es besteht z. B. auch keine Verpflichtung, Behauptungen einzelner Staatenvertreter hinsichtlich einer etwaigen *Unverträglichkeit geplanter Regelungen mit kulturellen Normensystemen*²⁸ innerhalb der von ihnen vertretenen Staaten, die einer Implementation vor allem materiell-rechtlicher Einzelregelungen entgegenstehen könnten, auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen; dies erscheint insbesondere deshalb inadäquat, weil sich nicht ausschließen läßt, daß im Falle rechtlicher oder auch nur tatsächlicher Gewaltenvereinheitlichung archaische kulturelle Normensysteme reaktiviert und im Sinne staatlicher Repression (erneut) funktionalisiert werden.

Als maßgebliches Kriterium für die *Auswahl* von *Regelungsproblemen*, die Ausgestaltung *materieller Rechtsgarantien* und der *Kontrollverfahren* erscheint die *Konsensfähigkeit* bezogen auf die Vertreter der Staatsführungen der Mitgliedstaaten der Organisationen, in der sich deren überwiegende, von der inneren rechtlichen Verfaßtheit der Einzelstaaten offenbar unabhängige Interessenkongruenz hinsichtlich der Sta-

²⁶ Bezüglich des US-State Department s. *Weissbrodt*, a. a. O. (Fn. 25), S. 236 f; betreffend die Bundesregierung vgl. etwa BT-Dr. 10/2778, S. 3: „Für ihre eigenen Zwecke nutzt sie (die Bundesregierung, d. Verf.) die ihr jeweils zur Verfügung stehenden Informationsquellen“.

Auch die Regelung des Art. 109 der Charta der OAS enthält keine entsprechenden Auswahlkriterien.

²⁷ So wurde etwa der vom Ministerkomitee des Europarats festgestellte Entwurf der Beratenden Versammlung (zu deren eingeschränkten Kompetenzen im Verhältnis zum Ministerkomitee s. *Seidl-Hohenveldern*, a. a. O. [Fn. 22], Rdn. 1209 f) ohne Begründung oder Erläuterung zugeleitet. Erbetene Erläuterungen wurden unter Hinweis auf die Verschwiegenheitspflicht betreffend die Beratungen des Ministerkomitees verweigert (so *Partsch*, a. a. O. [Fn. 22], S. 651).

Vgl. auch Art. 21 der Satzung des Europarats:

„a. Die Sitzungen des Ministerkomitees finden ... statt

(i) unter Ausschluß der Öffentlichkeit ...

b. Das Komitee bestimmt selbst, welche Mitteilungen über die nicht-öffentlichen Beratungen und über ihre Beschlüsse zu veröffentlichen sind ...“

²⁸ Vgl. zur Problematik schon bei nationaler (Straf-)Gesetzgebung *Sumner*, W. G.; *Folkways. A Study of the Sociological Importance of Usage, Manners, Customs, Mores, and Morals*; New York 1959 (1906); *Ball u. a.*; *Law and Social Change*; *Sumner Reconsidered*; in: *AJS* 67 (1962); *Noll*, P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, 77; *Hassemer*, W.; *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg 1974, 67, 111; *Eisenberg* a. a. O. 1985 (Fn. 3), § 23 Rdn. 4 f.

bilisierung innergesellschaftlicher Machtpositionen widerspiegeln²⁹. Dabei entspricht es der Bereitschaft der Staatenvertreter, Regelungen i. S. eines Minimalkonsenses zu befürworten, daß „deren Interesse an Begründung und Ausgestaltung ihres Tätigkeitsbereiches mit den Interessen der Allgemeinheit um so weniger vereinbar ist, je mehr die Funktionen legaler wie illegaler Ausgestaltung des Tätigkeitsbereiches übereinstimmen“³⁰; im einzelnen mag eine Interessenparallelität in solchen Fällen bestehen, in denen der konzentrierten Durchsetzung ökonomischer Interessen gesellschaftlich privilegierter Gruppen (z. B. westlicher Industrienationen) die repressive Funktionsausübung selbst mittels terroristischer Aktivitäten (z. B. in autoritär verfaßten Staaten der sogenannten Dritten Welt) jedenfalls nicht entgegensteht³¹. – Generell manifestiert sich insoweit zugleich die in der Interessendisparität zwischen den die Norminhalte bestimmenden Normadressaten einerseits und den an der Normsetzung nicht beteiligten Rechtssubjekten andererseits angelegte Möglichkeit verdeckter *Diskrepanzen zwischen formulierten und tatsächlichen Normzielen*.

b) Verhältnis zwischen internationaler und nationaler Ebene

Die für den Eintritt der Rechtsverbindlichkeit entsprechender Vereinbarungen notwendigen Mitwirkungshandlungen auf *nationaler Ebene* eröffnen die Möglichkeit, zum Teil weitreichende *Vorbehalte*³² hinsichtlich bestimmter Einzelregelungen der Vereinbarungen zu erklären.

²⁹ So auch Gössner, Der Menschenrechtsschutz im Rahmen der Vereinten Nationen, in: DuR 1978, S. 267 mit dem Hinweis auf die für den tatsächlich gewährten Menschenrechtsschutz entscheidende Maßgeblichkeit der inneren rechtlichen Verfaßtheit der Einzelstaaten; s. auch Bartsch a. a. O. (Fn. 11), S. 1759 zur Position der Bundesregierung gegenüber den Plänen der Institutionalisierung einer Kontrollkommission im Rahmen der Vorarbeiten zur europäischen „Anti-Folter-Konvention“; s. insbesondere auch die Art. 27 ff der Afrikanischen Charta, in denen in gleichsam generalklauselartiger Form staatsbürgerliche Pflichten u. a. mit Bezug auf die Staatssicherheit (Art. 29 Abs. 3 der Afrikanischen Charta) normiert sind (kritisch auch Mbaya, a. a. O. [Fn. 15]); zur herrschaftsstabilisierenden Funktion einer „Pflichtenakzentuierung („Verpflichtung“) der Freiheitsrechte“ (S. 547) aufgrund wertsystematischer Interpretation allgemein s. Denninger, Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung, JZ 1975, S. 545.

³⁰ Wolski a. a. O. (Fn. 20), S. 8.

³¹ Vgl. auch die Antwort der Bundesregierung (BT-Dr. 10/2948) betr. Rüstungsexporte nach Peru: Bei der Entscheidung über die Erteilung einer Rüstungsexportgenehmigung berücksichtige die Bundesregierung auch „die Gesamtheit ihrer außen- und sicherheitspolitischen Interessen einschließlich ihrer Bündnisinteressen“ (S. 3).

³² S. hierzu auch Gössner, a. a. O. (Fn. 29), S. 266 (268); unzulässig ist die Erklärung von Vorbehalten nur in den Grenzen des Art. 19 (a)–(c) der Wiener Konvention über das Recht der Verträge, insbesondere, wenn der Vorbehalt mit dem Gegenstand und Zweck des Vertrages nicht vereinbar ist. S. auch Kühner, Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZfaöR 1982, S. 58 (75 ff).

Abgesehen davon, daß die Staaten keinem rechtlich begründeten Zwang zum Beitritt einer völkerrechtlichen Vereinbarung unterliegen, scheint zuweilen die Emphase, mit der Vertreter bestimmter Gesellschaftsverfassungen die Ausarbeitung entsprechender Kodifikationen befürworten und vorantreiben, im umgekehrten Verhältnis zu ihrer Bereitschaft zu stehen, diese Vereinbarungen (vorbehaltlos) zu ratifizieren³³. Auch insofern erweisen sich die Möglichkeiten der *Initiierung sozialen Wandels* durch internationale Vereinbarungen im Sinne mittelbarer Einwirkung auf die nationale Gesetzgebung als gering.

2. Einzelne inhaltliche Konzeptionen der Normsetzung

Indem die im Unterschied zur AEMR mit dem Ziel völkerrechtlicher Verbindlichkeit geschaffenen Vereinbarungen die Schutzbereiche einzelner Rechte bestimmen, definieren sie zugleich den Bereich nicht normwidriger Rechtsgutverletzungen. Teilweise nehmen die Vereinbarungen auf Verletzungshandlungen Bezug, die nach nationalem Recht verschiedener Mitgliedsstaaten legal sind, wobei sie diese Beurteilung an verschiedene Voraussetzungen binden. Nicht selten finden insoweit generalklauselartige Formulierungen Anwendung, denen eine Bezugnahme auf das nationale Verfassungs- oder Gesetzesrecht der Beitrittsstaaten inhärent ist.

a) Das Recht auf Leben

In unterschiedlicher Ausprägung enthalten die genannten Vertragswerke die Gewährleistung des Rechts auf Leben³⁴; zum Teil legen sie den Vertragsstaaten die Verpflichtung auf, das Recht auf Leben gesetzlich zu schützen³⁵. Zugleich bestimmen die Vereinbarungen die Voraussetzungen, unter denen Tötungshandlungen nicht normwidrig sind; die Reich-

³³ So haben etwa die USA bislang keine der oben genannten Vereinbarungen der VN ratifiziert (vgl. *Multilateral Treaties*, deposited with the Secretary-General, Status as at 31. Dec. 1984, New York 1985, S. 91 f., 99 f., 124, 148, 157). Zu den innenpolitisch begründeten Widerständen gegen die Ratifizierung der „Anti-Völkermord-Konvention“ s. *Bitker* a. a. O. (Fn. 7), S. 88/89, und zu den vom US-State-Department betreffend den „Pakt“ in Betracht gezogenen Vorbehalten, *ders.*, S. 91 ff. Zu den möglichen Folgen aus einer unabhängig von der Ratifizierung z. B. der „Anti-Apartheid-Konvention“ völkerrechtlich verbindlichen Qualifizierung der Apartheid als internationales Verbrechen s. aber *Hinz*, a. a. O. (Fn. 7).

³⁴ Art. 6 Abs. 1 des „Pakts“, Art. 4 Abs. 1 AMRK, Art. 2 Abs. 1 EMRK, Art. 4 S. 2 der Afrikanischen Charta... s. auch Art. 5 (b) der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“, Art. II a. (i) der „Anti-Apartheid-Konvention“, Art. II (a.) der „Anti-Völkermord-Konvention“; vgl. auch Art. 3 AEMR.

³⁵ Art. 6 Abs. 1 S. 2 des „Pakts“, Art. 4 Abs. 1 S. 2 AMRK; s. hierzu *Finokaliotis*, K., Der Schutz des Rechts auf Leben im Völkerrecht nach dem Zweiten Weltkrieg, 1977, S. 49 ff m. w. Nachw.

weite dieser Voraussetzungen ergibt sich nicht zuletzt gemäß der Ausgestaltung des nationalen Rechts. Während Art. 2 Abs. 2 EMRK eine Enumeration der zum Teil weitreichenden³⁶ Rechtfertigungsgründe enthält, erklären der „Pakt“ (Art. 6 Abs. 1 S. 3), die AMRK (Art. 4 Abs. 1 S. 3) sowie die *Afrikanische Charta* (Art. 4 S. 3) in Form einer Generalklausel die „willkürliche“ Tötung für unvereinbar mit der Rechtsgarantie. In Anbetracht der Unbestimmtheit des Begriffs könnte bezweifelt werden, ob mit dieser Formulierung eine Regelung getroffen worden ist, die von Staatsführungen und ihren Organen begangene oder von diesen geduldete Tötungshandlungen erfaßt³⁷.

Die „*Anti-Apartheid-Konvention*“ (Art. II a [i]) sowie die „*Anti-Völkermord-Konvention*“ (Art. II a) kriminalisieren Tötungshandlungen, die sich zum Zwecke systematischer Unterdrückung gegen Angehörige rassistischer Gruppen oder, in der Absicht, nationale, ethnische, rassistische oder religiöse Gruppen zu vernichten, gegen Angehörige dieser Bevölkerungsgruppen richten. Schwierigkeiten mag hier im Einzelfall der Nachweis einer entsprechenden Systematik der Verfolgung bzw. des Vorhandenseins einer gegen Bevölkerungsgruppen gerichteten Vernichtungsabsicht bereiten.

Keine der ursprünglichen Fassungen der genannten Vertragswerke enthält eine Erklärung zur Abschaffung der Todesstrafe³⁸. Eine Ände-

³⁶ S. hierzu *Amnesty International*, Die Todesstrafe, 1979, S. 33 f.

³⁷ Der Vorschlag, eine Enumeration der Rechtfertigungsgründe in die Regelung aufzunehmen (so etwa ein Antrag der Niederlande [UN, Official Records of the General Assembly, Twelfth Session [1957], Annexes [agenda item 33] – *Doc. A/3764*, S. 10 f]), konnte sich während der Vorarbeiten zum „Pakt“ nicht durchsetzen. Mit der Generalklausel sollte der „Eindruck“ vermieden werden, es komme der Ausnahme größeres Gewicht zu als der Regel (s. UN, Official Records of the General Assembly, Tenth Session [1955], Annexes [agenda item 28] – *Doc. A/2929*, S. 29 f). Andererseits wurde eine Enumeration für „notwendigerweise unvollständig“ gehalten (*Doc. A/2929*, a. a. O.). Dem entspricht es, daß der Sachverständigenausschuß des Europarats in einer vergleichenden Studie (*Sachverständigenbericht* – Probleme, die sich aus der Koexistenz der VN-Pakte über Menschenrechte und der Europäischen Menschenrechtskonvention ergeben, BT-Dr. 7/660, S. 43 ff) die Auffassung vertritt, „die Ausnahmen, die in (Art. 2 Abs. 2 der EMRK, *d. Verf.*) erwähnt werden, seien auch im Text des Pakts enthalten, da keine von ihnen als unberechtigt angesehen werden könnte“ (*Sachverständigenbericht*, a. a. O., S. 52).

³⁸ Die Vereinbarungen gehen vielmehr – zum Teil stillschweigend (Art. 4 der Afrikanischen Charta . . .) – von der Verhängung und Vollstreckung dieser Sanktion nach nationalem Recht aus. Art. 6 Abs. 2–6 des „Pakts“; Art. 4 Abs. 2–6 AMRK; s. aber auch Art. 6 Abs. 6 des „Pakts“ sowie Art. 4 Abs. 3 AMRK. Während nach dem Wortlaut des „Pakts“ die Frage der Zulässigkeit einer Wiedereinführung der Todesstrafe in den Beitrittsländern offen und daher verschiedenen Auslegungen zugänglich ist (dagegen: *AI*, a. a. O. [Fn. 36], S. 20; a. A. *Sachverständigenbericht*, a. a. O. [Fn. 37], S. 42 ff, 53), verbietet die auch insoweit am weitesten gehende Regelung der AMRK die Wiedereinführung der Todesstrafe in Staaten, die sie abgeschafft haben.

zung hat sich inzwischen allein für den europäischen Bereich durch das sechste Zusatzprotokoll zur *EMRK* ergeben³⁹. Der „Pakt“ und die *AMRK* enthalten lediglich bestimmte formelle Sicherheitsklauseln hinsichtlich der Verhängung und Vollstreckung von Todesurteilen⁴⁰. Ob die in beiden Vertragswerken normierte materielle Voraussetzung der besonderen Schwere der einer Verurteilung zugrundeliegenden Tat⁴¹ die Verhängungspraxis bei Todesurteilen tatsächlich zu beeinflussen vermag, mag in Anbetracht des unbestimmten, normativen Charakters dieses Rechtsbegriffs zweifelhaft erscheinen⁴²; zumindest scheint sich gerade hier – im Sinne der oben gemachten Ausführungen (s. II. 1. a) erwartungsgemäß – das Argument einer Gefährdung der Konsensfähigkeit gegenüber der Möglichkeit der Initiierung sozialen Wandels im Bereich des nationalen Rechts durch entsprechende Bestimmungen in den internationalen Vereinbarungen durchgesetzt zu haben.

Obwohl die Frage der Abschaffung der Todesstrafe die Menschenrechtskommission bereits seit den Vorarbeiten der AEMR beschäftigte und sich entsprechende Amendments in diesem Zusammenhang als nicht geeignet erwiesen hatten, wurde dieser Frage während der Vorarbeiten zum „Pakt“ keine grundsätzliche Bedeutung beigemessen. Bereits der erste Entwurfstext, den die Menschenrechtskommission den Regierungen zur Stellungnahme übersandte, enthielt eine entsprechende Ausnahmeregelung. – Ein Amendment Columbiens und Uruguays für die Abschaffung der Todesstrafe wies die Generalversammlung der VN mit 51 zu 9 Stimmen bei 12 Enthaltungen zurück (*UN-Doc. A/3764*, a. a. O. [Fn. 37], S. 10, 13). Zur Begründung wurde vorgebracht, eine Regelung, die die Todesstrafe abschaffe, sei für zahlreiche Staaten nicht ratifizierungsfähig. Im übrigen handle es sich um eine Angelegenheit der nationalen Strafgesetzgebung (*UN-Doc. A/3764*, a. a. O. [Fn. 37], S. 12; vgl. zur Entstehungsgeschichte *Landerer*, a. a. O. [Fn. 17]; wegen empirischen Problemen einer generalpräventiven Wirkung der Todesstrafe s. krit. m. N. *Eisenberg*, a. a. O. [Fn. 3], § 41 Rdn. 5; vgl. speziell auch *AI*, a. a. O. [Fn. 36], S. 26–32 m. N.).

Im Hinblick auf die endgültige Fassung der Regelung des Art. 4 des „Pakts“ (Suspension von Rechtsgarantien im nationalen Notstand; s. im Text II. 2. d), e)) ist schließlich bemerkenswert, daß die Bedeutung verfahrensrechtlicher Sicherungen bei dieser irreversiblen Sanktion bereits während der Vorarbeiten gesehen und erörtert wurde, Vorschläge, diese in die Regelung des Art. 6 aufzunehmen, sich jedoch nicht durchsetzten (s. *Landerer*, a. a. O. [Fn. 17], S. 521 f.).

³⁹ S. hierzu *Bartsch*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes, in: *NJW* 1983, 473, 480. – Art. 2 Abs. 1 S. 2 *EMRK* enthielt ursprünglich lediglich eine generelle Bezugnahme auf das nationale Recht.

⁴⁰ Art. 6 Abs. 2–5 des „Pakts“; Art. 4 Abs. 2–6 *AMRK*; s. *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 39), zu den Bestrebungen auf der Ebene der VN, die Abschaffung der Todesstrafe in einem zweiten Fakultativprotokoll zu regeln.

⁴¹ Zur Bandbreite der je nach den innenpolitischen Verhältnissen der einzelnen Staaten in Betracht kommenden Delikte s. *AI*, a. a. O. (Fn. 36), S. 40 ff.

⁴² So auch *AI*, a. a. O. (Fn. 36), S. 20.

b) Das Recht auf körperliche und geistig-seelische Unversehrtheit

Jedes der oben genannten Vertragswerke schützt das Recht auf körperliche und geistig-seelische Unversehrtheit gegen Folter⁴³ und andere grausame⁴⁴, unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung⁴⁵, gegen Gewalttätigkeit oder Körperverletzung^{45a} oder allgemein gegen die Verursachung von schwerem körperlichem oder seelischem Schaden^{45b}. Die Regelungen enthalten keine Rechtfertigungsgründe. Sie beinhalten aber neben normativen Rechtsbegriffen, die bei der Subsumtion von Verletzungshandlungen restriktiven Interpretationen Raum bieten, zum Teil subjektive Tatbestandsmerkmale, deren Nachweis in der Regel Schwierigkeiten⁴⁶ bereitet.

Art. 1 Abs. 1 der „*Anti-Folter-Konvention*“ definiert den Begriff wie folgt: Folter ist „jede Handlung . . ., durch die einer Person vorsätzlich schwere körperliche oder geistig-seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erzwingen, sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen, sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen oder eine andere auf Diskriminierung gleich welcher Art beruhende Absicht zu verfolgen, sofern solche Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung, mit deren Zustimmung oder mit deren stillschweigendem Einverständnis vorgenommen werden“⁴⁷. Nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 der „*Anti-Folter-Konvention*“ zählen ausdrücklich nicht hierzu „Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässig-

⁴³ Art. 7 des „Pakts“, Art. 5 Abs. 2 S. 1 AMRK, Art. 3 EMRK, Art. 5 S. 2 der Afrikanischen Charta, Art. II (b) „Anti-Apartheid-Konvention“, Art. 1 „Anti-Folter-Konvention“.

⁴⁴ Art. 7 des „Pakts“, Art. 5 Abs. 2 S. 1 AMRK, Art. 5 S. 2 der Afrikanischen Charta, Art. II (b) „Anti-Apartheid-Konvention“.

⁴⁵ Art. 7 des „Pakts“, Art. 5 Abs. 2 S. 1 AMRK, Art. 3 EMRK, Art. 5 S. 2 der Afrikanischen Charta, Art. II (b) „Anti-Apartheid-Konvention“.

^{45a} Art. 5 (b) der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“.

^{45b} Art. II (b) der „Anti-Völkermord-Konvention“.

⁴⁶ S. etwa Schweizerisches Bundesgericht (BGer) EuGRZ 1978, S. 16 zur Abgrenzung zulässiger („Bedürfnisse der Untersuchung“) und unzulässiger („Zwangsmittel“ zur Erlangung eines Geständnisses) Zweckverfolgung bei der Anordnung der strengen Einzelhaft im Rahmen der Untersuchungshaft; vgl. auch *Maier*, I. Wichtiger Schritt zur Abschaffung der Folter, VN 1985, S. 1, mit der Auffassung, daß z. B. „unmotivierte Folterhandlungen“, „die aus purem Sadismus begangen werden“, von der Definition des Art. 1 Abs. 1 der „Anti-Folter-Konvention“ nicht erfaßt seien.

⁴⁷ Deutsche Übersetzung abgedruckt in VN 1985, 31 ff; zum Problem einer „Grauzone“ betreffend die Verursachung solcher Schmerzen oder Leiden, deren Schweregrad den der Folter nicht erreicht, s. *UN*, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Forty-Second Session, agenda item 10 (a), *Doc. E/CN.4/1986/15*, S. 11.

gen Zwangsmaßnahmen ergeben, diesen anhaften oder als deren Nebenwirkung auftreten“⁴⁸. Diese Einschränkung des Rechtsschutzes der Spezialtatbestände der „*Anti-Folter-Konvention*“ gegenüber der allgemeinen Regelung des „*Pakts*“ mag nicht zuletzt auf der geringeren Effizienz des im „*Pakt*“ vorgesehenen Kontrollsystems beruhen.

Eine Korrektur solcher der verfahrensmäßigen Ausgestaltung der Normsetzungsprozesse auf nationaler Ebene innewohnenden Mängel, die die Durchsetzung bestimmter nicht verallgemeinerungsfähiger Interessen ermöglichen, die ihre Partikularität zuweilen mit der bloßen Behauptung einer Identität mit Belangen der Allgemeinheit zu verdecken vermögen, findet demnach nicht statt⁴⁹. Die Konsensfähigkeit derjenigen definitorischen „Konzession an das islamische Strafrecht“⁵⁰ allerdings, derzufolge der gesamte Bereich solcher körperlicher und seelischer Beeinträchtigungen von dem Tatbestand nicht erfaßt ist, die in gesetzmäßiger Ausübung staatlicher Strafgewalt verursacht werden, steht in Einklang mit der Erkenntnis, daß sich Belange der Stabilisierung gesellschaftlicher Machtpositionen, die folgerichtig auch eine Vernichtung der personalen Identität rivalisierender Gegner nicht ausschließen, mittels der Verletzung von Individualrechtsgütern durch Staatsführungen und ihre Organe in legaler Form gerade auch unter Indienstnahme der Instrumente des Strafrechts und des Strafvollzuges durchsetzen.

c) *Das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit*

Während Art. 5 Abs. 1 *EMRK* eine Enumeration der Rechtfertigungsgründe für Rechtsverletzungen enthält, schützen Art. 9 Abs. 1 des „*Pakts*“, Art. 7 Abs. 2, 3 *AMRK*, Art. 6 S. 2, 3 der *Afrikanischen Charta* und Art. II a (ii) der „*Anti-Apartheid-Konvention*“ vor „willkürlicher“ und „ungesetzlicher“ Festnahme oder Haft⁵¹. Gemessen an den Erkennt-

⁴⁸ Vgl. dagegen etwa Art. 1 und 2 des Entwurfs eines „Gesetzes zum Verbot unmenschlicher Haftbedingungen“ der Fraktion *Die Grünen*, BT-Dr. 10/2819. Nach diesem Entwurf ist eine unmenschliche Behandlung „insbesondere die Zufügung von physischen und psychischen Schmerzen, soweit diese nicht aus der haftbedingten Einschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit herrühren“.

⁴⁹ S. auch die Begründung zu dem Entwurf eines „Gesetzes zum Verbot unmenschlicher Haftbedingungen“, BT-Dr. 10/2819, S. 5 f.

⁵⁰ So *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 11), S. 1755.

⁵¹ Die Motive, die zu der Formulierung dieser Generalklausel geführt haben, entsprechen den der generalklauselartigen Einschränkung des Rechts auf Leben zugrundeliegenden Beweggründen (*UN-Doc. A/2929*, a. a. O. [Fn. 37], S. 35; vgl. auch die entsprechende Feststellung im *Sachverständigenbericht*, a. a. O. [Fn. 37], S. 54).

Für den Geltungsbereich der *EMRK* wird berichtet, daß die einfachgesetzlichen Rechtsgrundlagen nach der Sprechpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte einerseits an den inhaltlichen Anforderungen des Willkürverbots insofern gemessen werden, als sie hinreichend bestimmt, die Eingriffe mithin vorhersehbar sein müssen. Andererseits muß es sich nicht um Gesetze im formellen Sinne handeln. Begründet wird

nissen über typische einschlägige Erscheinungsformen⁵² kriminologisch relevanten Verhaltens erscheinen diese Regelungen in mehrfacher Hinsicht als für deren tatbestandliche Erfassung unzulänglich.

α) Im Unterschied zu den Art. 7 Abs. 3 *AMRK*, 5 Abs. 3 *EMRK*⁵³ sieht Art. 9 Abs. 3 des „*Pakts*“ die unverzügliche Vorführung zum Zwecke der gerichtlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung nur für den Fall der Festnahme oder Haft wegen des Vorwurfs einer strafbaren Handlung vor. Ob diese Regelung den Bereich präventiv-polizeilicher Festnahmen erfaßt, ist daher nach ihrem Wortlaut zumindest zweifelhaft⁵⁴. – Ein Benachrichtigungsrecht, mittels dessen eine wesentliche Voraussetzung unter anderem für die Kontrolle der aus zahlreichen Ländern bekannten Praxis der Inhaftierung ohne Legitimation⁵⁵ geschaffen werden könnte, ist in keiner der Vereinbarungen ausdrücklich vorgesehen.

β) Die Regelung des Rechtfertigungsgrundes der Untersuchungshaft in Art. 5 Abs. 1 Buchst. c) *EMRK* bleibt nach ihrem Wortlaut, der als Legitimation für die Haft allein den hinreichenden Tatverdacht genügen läßt, weit hinter den Anforderungen zurück, die verschiedentlich nach nationalem Recht an die Rechtmäßigkeit der Anordnung der Untersuchungshaft gestellt werden⁵⁶.

dies zum einen unter Bezugnahme auf die „common-law“-Tradition des angelsächsischen Rechts, zum anderen unter Hinweis darauf, daß es nicht Aufgabe der Konventionsorgane sei, die Einhaltung des innerstaatlichen Gesetzgebungsverfahrens zu überprüfen (s. hierzu *Trechsel*, Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 *EMRK*) in der Straßburger Rechtsprechung, *EuGRZ* 1980, S. 514, 518, 519 m. w. Nachw.).

⁵² S. *Eisenberg*, 1985 (Fn. 3), § 44 Rdn. 20, 23 f.; *ders.*, 1980 (Fn. 3), S. 222, 224 ff jeweils m. w. N.

⁵³ Art. 6 der Afrikanischen Charta enthält insoweit keine besonderen verfahrensrechtlichen Bestimmungen.

⁵⁴ S. auch die Feststellung im *Sachverständigenbericht*, a. a. O. (Fn. 37), S. 54.

⁵⁵ S. schon Nachw. bei *Eisenberg*, a. a. O. 1980 (Fn. 3), S. 224 f.

⁵⁶ Kritisch auch *Trechsel*, a. a. O. (Fn. 51), S. 524 f unter Hinweis darauf, daß trotz der Häufigkeit der Anordnung von Untersuchungshaft Entscheidungen der Konventionsorgane „eher selten“ seien. Es mögen insoweit die für die Beurteilung der Beschwerdemacht des Verdächtigten maßgeblichen Individual- und Sozialmerkmale, die bereits für die Annahme des Tatverdachts nicht selten bestimmend sind, in ihrer Wirkung gewissermaßen kumulieren (s. auch im Text III. 1. b. γ)) mit der Folge, daß eine Kontrolle der (mutmaßlichen) kriminologischen Relevanz der Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane in einem entscheidenden Abschnitt des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens kaum stattfindet. – Zu den Kriterien für die Überprüfung der Dauer der Untersuchungshaft s. *Vogler*, Die Spruchpraxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Bedeutung für das deutsche Straf- und Strafverfahrensrecht, *ZStW* 82 (1970), S. 758 f, unter Hinweis darauf, daß diese Grundsätze allgemein mit der innerstaatlichen Judikatur (in der Bundesrepublik) übereinstimmen.

γ) Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) *EMRK* normiert als Voraussetzung für solche Freiheitsentziehungen, die im Rahmen der strafrechtlichen Sanktionierung erfolgen, allein das formelle Erfordernis der gerichtlichen Verurteilung. Freiheitsentziehungen unterliegen nach dieser Regelung der Kontrolle weder hinsichtlich des der Verurteilung vorausgehenden Verfahrens – insoweit gelten die Verfahrensgarantien des Art. 6 *EMRK*⁵⁷ – noch bezüglich der Taten, aus deren Anlaß die Strafverfolgung initiiert wurde⁵⁸. Inwieweit die Inhaftierung von Personen etwa wegen der (gewaltlosen) Äußerung ihrer politischen Überzeugung von der Rechtsgarantie des Art. 5 Abs. 1 S. 1 *EMRK* erfaßt ist und gegebenenfalls der Kontrolle durch die Konventionsorgane zugeführt werden kann, erscheint nicht zuletzt auch im Hinblick auf die extensive Fassung der Einschränkungsvorbehalte der insoweit speziellen Rechtsgarantien fraglich.

Im Unterschied zu Art. 5 *EMRK* enthalten Art. 10 des „*Pakts*“ sowie Art. 5 Abs. 2 S. 2, Abs. 3–6 *AMRK* Mindestgrundsätze zum Vollzug des Freiheitsentzuges, insbesondere den Grundsatz der Trennung Beschuldigter von Verurteilten sowie Jugendlicher von Erwachsenen⁵⁹, die den „*Pakt*“ betreffend anläßlich der Ratifizierung oder des Beitritts zum Teil nicht unerheblichen Vorbehalten der Einzelstaaten unterlagen⁶⁰. – Auch beinhalten die genannten Bestimmungen des „*Pakts*“ und der *AMRK* über das Gebot der Achtung der Menschenwürde hinaus⁶¹ eine Aufgabenbestimmung hinsichtlich des Strafvollzuges dahingehend, daß dieser eine „Behandlung der Gefangenen“ einschließe, „die vornehmlich auf

⁵⁷ S. hierzu aber im Text II. 2. d. und e. Art. 6 *EMRK* findet auch im übrigen jedoch keine Anwendung im Haftprüfungsverfahren (Art. 5 Abs. 4 *EMRK*) sowie im Verfahren über die bedingte Strafaussetzung (s. die Nachw. bei *Vogler*, a. a. O. [Fn. 56], S. 764 f).

⁵⁸ S. *Trechsel*, a. a. O. (Fn. 51), S. 521, der darauf hinweist, daß auch hinsichtlich der übrigen Rechtfertigungsgründe mit Ausnahme des Art. 5 Abs. 1 Buchst. e) (Inhaftierung wegen Geisteskrankheit, Alkoholismus pp.) weder eine Überprüfung der formellen und materiellen Voraussetzungen der Freiheitsentziehung durch die Konventionsorgane in Betracht kommt, noch in den genannten Fällen eine gerichtliche Haftkontrolle nach Art. 5 Abs. 4 *EMRK* für erforderlich gehalten wird, wenn bereits die Anordnung der Inhaftierung durch ein Gericht verfügt wurde (s. *Trechsel*, a. a. O., S. 529).

⁵⁹ Vgl. die nach ihrem Wortlaut in den Einzelheiten nicht deckungsgleichen Art. 10 Abs. 2 b. des „*Pakts*“ und Art. 5 Abs. 5 *AMRK*: Während die erstgenannte Regelung vor allem den Beschleunigungsgrundsatz hervorhebt, verlangt letztere ausdrücklich die Einrichtung besonderer Jugendgerichte.

⁶⁰ Vgl. *Multilateral Treaties*, a. a. O. (Fn. 33), S. 124 ff (z. B. Australien, S. 125; Österreich, S. 126; Belgien, S. 126; Dänemark, S. 127; Finnland, S. 127; Island, S. 129; Luxemburg, S. 130; Niederlande, S. 130; Neuseeland, S. 131; Norwegen, S. 131; Schweden, S. 132; Trinidad und Tobago, S. 132; Großbritannien, S. 133).

⁶¹ S. Art. 10 Abs. 1 des „*Pakts*“, Art. 5 Abs. 2 S. 2 *AMRK*.

ihre Besserung und gesellschaftliche Wiedereingliederung“ hinzielt⁶². Die Unbestimmtheit dieser Formulierung, die die Berücksichtigung sonstiger Strafzwecke geradezu voraussetzt, veranlaßt die Annahme, daß dieser wohl historisch begründete Unterschied zur *EMRK*⁶³ de facto kaum Auswirkungen im Sinne einer Beschränkung total-institutioneller Machtausübung haben wird. Einerseits vermögen sich Belange der „Re-Sozialisierung“, soweit sie tendenziell eine Veränderung der Vollzugssituation im Sinne einer Angleichung an die Lebensverhältnisse der Außengesellschaft erfordern, in der Regel gegenüber den übrigen Strafzwecken kaum durchzusetzen. Andererseits vermag die Behauptung einer Geeignetheit der genannten Bestimmungen für eine Stärkung der Rechtsposition der Gefangenen kaum zu überzeugen in Anbetracht der Begriffe der „Besserung“ und „Wiedereingliederung in die Gesellschaft“, deren Konkretisierung in der Regel nach Wert- und Interesseninhalten solcher gesellschaftlicher Gruppen erfolgt, deren Belange zumindest nicht in Widerspruch zu denen der (mutmaßlichen) Tätergemeinschaften stehen.

d) Verfahrensrechte und sonstige formelle Rechtsgarantien

Art. 14, 15 des „Pakts“, Art. 8, 9 *AMRK* sowie Art. 6, 7 *EMRK*⁶⁴ enthalten zahlreiche formelle verfahrensrechtliche Garantien, die für ein rechtsstaatlichen Grundsätzen genügendes Strafverfahren unerlässlich sind⁶⁵; insbesondere normieren sie Mindestbedingungen für die Strafverteidigung.

⁶² So die Formulierung in Art. 10 Abs. 3 des „Pakts“; s. auch Art. 5 Abs. 6 *AMRK*: „Punishment consisting of deprivation of liberty shall have as an essential aim the reform and social readaptation of the prisoners“.

⁶³ S. zum europäischen Bereich *Kaiser*, *Zweckstrafrecht und Menschenrechte*, SJZ 1984, S. 329; s. aber auch *Trechsel*, a. a. O. (Fn. 51), S. 527: „... Außer in Extremfällen... würden die Straßburger Instanzen sich kaum die Kompetenz anmaßen, in einem derart kontroversen Gebiet eine Verletzung der Menschenrechte festzustellen...“ Dieser zurückhaltenden Position entspricht es, daß zwar die Prügelstrafe als Verletzung des Art. 3 *EMRK* beurteilt wird (s. *EuGRZ* 1977, 486), bei der Frage der Konventionsverletzung durch den Vollzug strenger Einzelhaft aber in bestimmten Fällen Sicherheitsbelange Vorrang genießen, soweit die Haft nicht eine totale Sinnesisolation bewirkt („Isolierhaft“), die *nachweislich* schwere Beeinträchtigungen der physischen und psychischen Konstitution zur Folge hat (s. *EKMR* *EuGRZ* 1981, S. 91 einerseits, *EKMR* *EuGRZ* 1978, S. 314 andererseits; zum Begriff der „Isolierhaft“ s. *EKMR* *EuGRZ* 1976, S. 22; 1975, S. 455; 1974, S. 107).

⁶⁴ S. auch Art. 7 der Afrikanischen Charta...

⁶⁵ Die genannten Bestimmungen enthalten folgende rechtsstaatliche Gewährleistungen: Die Garantie des *gesetzlichen Richters*, die *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit* der *Gerichte* (Art. 14 Abs. 1 S. 2 des „Pakts“, Art. 8 Abs. 1 *AMRK*, Art. 6 Abs. 1 *EMRK*, Art. 7 Abs. 1 d) der Afrikanischen Charta...), die *Öffentlichkeit* der Verhandlung (Art. 14 Abs. 1 des „Pakts“, Art. 8 Abs. 5 *AMRK*, Art. 6 Abs. 1 *EMRK* s. hierzu *Vogler*, a. a. O.

e) *Notstandsrecht*

Mit Ausnahme des Rückwirkungsverbots⁶⁶ ist keine der formellen und verfahrensrechtlichen Garantien „notstandsfest“⁶⁷; entsprechendes gilt für das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit. In Anbetracht dieses Umstandes, demzufolge die grundlegenden rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien gerade dann außer Kraft gesetzt werden können, wenn im besonderen Maße Rechtsgutverletzungen durch Staatsführungen und ihre Organe infolge (auch formeller) Machtkonzentration zu besorgen sind, erscheint die Effektivität der nach den Vereinbarungen von einer Suspensionsmöglichkeit ausgenommenen materiellen Rechtsgarantien in hohem Maße gefährdet. Dies gilt unter dem Gesichtspunkt der reduzierten Entdeckungswahrscheinlichkeit illegaler Praktiken, insbesondere im anstaltsinternen Bereich, die von Staatsführungen und ihren Organen veranlaßt oder zumindest geduldet werden, vor allem auch hinsichtlich der im Notstandsfalle ermöglichten Einschränkung oder Aufhebung

[Fn. 56], S. 771 ff), die *Unschuldsvermutung* (Art. 14 Abs. 2 des „Pakts“, Art. 8 Abs. 2 AMRK, Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 7 Abs. 1 b) der Afrikanischen Charta . . .), verschiedene Ausprägungen des Rechts auf *rechtliches Gehör* sowie des Grundsatzes der *Waffengleichheit* im Strafprozeß, die *freie Verteidigerwahl* (zur Spruchpraxis der Europäischen Menschenrechtskommission, nach der es sich hierbei nicht um ein absolutes Recht handle, sondern der Verteidigerausschluß im Ermessen des Staates stehe, s. *Vogler*, a. a. O. [Fn. 56], S. 777) sowie erforderlichenfalls die *Beordnung eines Pflichtverteidigers* (Art. 14 Abs. 3 a, b, d–g, des „Pakts“, Art. 8 Abs. 2 a–g AMRK, Art. 6 Abs. 3 EMRK, der allerdings voraussetzt, daß die Beordnung „im Interesse der Rechtspflege“ erforderlich sei; vgl. *Vogler*, a. a. O. [Fn. 56], S. 777 m. w. Nachw.; s. auch Art. 7 Abs. 1 c) der Afrikanischen Charta . . .), das *Appellationsrecht* (Art. 14 Abs. 5 des „Pakts“, s. hierzu den Vorbehalt der Bundesrepublik, in: *Multilateral Treaties*, a. a. O. [Fn. 33], S. 129; Art. 8 Abs. 2 h AMRK), das *Verbot der Doppelbestrafung* (Art. 14 Abs. 7 des „Pakts“; Art. 8 Abs. 4 AMRK), das *Beschleunigungsprinzip* (Art. 14 Abs. 3 c) des „Pakts“; Art. 6 Abs. 1 AMRK, Art. 5 Abs. 3 EMRK; kritisch zur restriktiven Anwendung dieses Grundsatzes durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte *Treichsel*, a. a. O. [Fn. 52], S. 523; s. auch Art. 7 Abs. 1 d) der Afrikanischen Charta) und schließlich das *Rückwirkungsverbot* (Art. 15 des „Pakts“, Art. 9 AMRK, Art. 7 EMRK, Art. 7 Abs. 2 der Afrikanischen Charta . . .). Art. 2 Abs. 3 des „Pakts“, Art. 25 AMRK, Art. 13 EMRK (s. auch Art. 7 Abs. 1 a) sowie Art. 26 der Afrikanischen Charta . . .) verpflichten die Beitrittsländer, effektiven innerstaatlichen Rechtsschutz hinsichtlich der in den Konventionen garantierten Rechte zu gewährleisten.

⁶⁶ S. Art. 15 des „Pakts“, Art. 9 AMRK, Art. 7 EMRK.

⁶⁷ Art. 4 Abs. 2 des „Pakts“ (s. hierzu *UN-Doc. A/2929*, a. a. O. [Fn. 37], S. 23 f, aus dem hervorgeht, daß im Rahmen der Vorarbeiten zu dieser Regelung weitere Vorschläge, die eine Einbeziehung auch der Verfahrensgarantien zum Gegenstand hatten, durchaus zur Diskussion standen), Art. 27 Abs. 2 AMRK, Art. 15 EMRK.

Die Afrikanische Charta . . . enthält keine ausdrückliche Regelung zur Suspension von Rechtsgarantien im Falle des nationalen Notstandes (s. hierzu *Mbaya*, a. a. O. [Fn. 15], S. 135).

jener Verteidigerrechte, deren ungehinderte Ausübung hier jedenfalls ein Minimum an öffentlicher Kontrolle gewährleisten könnte⁶⁸.

III. Normdurchsetzung

1. Kontrolle von Normverletzungen

In der Regel verpflichten die Vereinbarungen⁶⁹ die Beitrittsstaaten zu innerstaatlichem Schutz der in der jeweiligen Kodifikation anerkannten Rechtsgüter „durch geeignete Maßnahmen“ seitens der *nationalen Gesetzgebung und Rechtsprechung*. In Anbetracht des für die (mutmaßlichen) Tätergemeinschaften charakteristischen Merkmals der formellen oder (nur) faktischen Konzentration der Ressourcen politischer Macht kommt der Übernahme dieser Verpflichtung gemessen am Ziel effektiven Rechtsgüterschutzes allenfalls der Wert einer Deklaration des guten Willens zu⁷⁰. Neben der Möglichkeit der Anerkennung einer in Aussicht

⁶⁸ Es könnte daher zweifelhaft sein, ob diese Problematik hinreichend dadurch erfaßt wird, daß in rein formeller Betrachtung lediglich die (zeitweilige) Außerkraftsetzung einschlägiger Verfahrensrechte zu einer Bedrohung elementarer Existenzrechte ins Verhältnis gesetzt wird (s. etwa BVerfGE 49, 24 [55 ff, 59]; vgl. zur Problematik aber auch *Amelung*, Nochmals: § 34 StGB als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm? NJW 1978, 623 f). Vgl. *UN-Doc. E/CN.4/1986/15*, a. a. O. (Fn. 47), S. 3, 26 f, demzufolge die vollständige „Kontaktsperre“ im Notstandsfall allgemein Rahmenbedingung der Anwendung von Folterpraktiken sei.

⁶⁹ S. Art. 2 des „Pakts“, Art. 2 AMRK, Art. 2 der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“, Art. IV der „Anti-Apartheid-Konvention“, Art. V der „Anti-Völkermord-Konvention“. S. auch Art. 2, Art. 4 und 5 der „Anti-Folter-Konvention“, nach denen die Staaten auch die Verpflichtung zu strafrechtlichen Maßnahmen trifft. Vgl. auch Art. 1 EMRK; Art. 1 der Afrikanischen Charta.

⁷⁰ Gleichwohl wird die Durchsetzung der Rechtsgarantien überwiegend primär als Aufgabe der Vertragsstaaten angesehen (s. etwa die Nachw. bei *Nowak*, Die Durchsetzung des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, EuGRZ 1980, S. 532 [541]). Soweit zur Begründung dieser Auffassung auf den Grundsatz der Staatensouveränität verwiesen wird, erscheint dieser wegen der für die (mutmaßlichen) Tätergemeinschaften typischen Merkmalsausprägungen ambivalent, da er neben seinem (unter außenpolitischen Gesichtspunkten eher freiheitlichen) anti-interventionistischen Gehalt innenpolitisch eine die repressive Funktionsausübung unterstützende Wirkung haben kann. Allerdings wird in der neueren (sozialistischen) Literatur (*Graefrath/Mohr*, Völkerrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit für internationale Verbrechen, in: Staat und Recht, 1986, S. 29 ff) unter Bezugnahme auf die sogenannten „Nürnberger Prinzipien“ differenziert zwischen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Personen und der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit von Staaten. Während die internationale strafrechtliche Verantwortlichkeit von Personen für von ihnen in ihrer Funktion als Organe der Staatsführung begangene internationale Verbrechen nicht mit einer „Berufung auf staatliche Souveränität und daraus fließender Immunität abgewendet werden kann“ (*Graefrath/Mohr*, a. a. O., S. 31; s. auch *UN-Doc. E/CN.4/1986/15*, a. a. O. [Fn. 47], S. 9 m. w. N.), könnten – ebenso wie bei völkerrechtlichen Delikten, die nicht als internationale Verbrechen definiert sind – Rechtsfolgen wegen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates nur unter Berücksichti-

gestellten *internationalen Strafgerichtsbarkeit* für spezielle international kriminalisierte Formen kriminologisch relevanten Verhaltens von Staatsführungen⁷¹, deren Ineffektivität ihre Grundlage unter anderem im Fehlen einer Rechtspflicht der Mitgliedsstaaten der Organisation zu vorbehaltlosem Beitritt⁷² zu völkerrechtlichen Vereinbarungen hat, sehen die Vereinbarungen überwiegend lediglich ein *dreigliedriges Mitteilungssystem* vor⁷³. Auch im Bereich der Normdurchsetzung erscheint die Herstellung von *Konsensfähigkeit*⁷⁴ der Kontroll- und Spruchpraxis⁷⁵ der jeweiligen Konventionsorgane als zentrales und von gleichsam blockübergreifender Übereinstimmung getragenes Anliegen der Vertreter der Staatsführungen, dem die Ausgestaltung des Kontroll- und Sanktionierungsinstrumentariums z. T. Rechnung zu tragen scheint.

a) Ausgestaltung des Kontrollsystems

α) Hinsichtlich der durch die Vereinbarungen institutionalisierten *Kontrollorgane* ist das Kontrollsystem auf der *regional-internationalen*

gung der Staatensouveränität verhängt werden (zur Anwendung des nationalen Selbstbestimmungsrechts auf koloniale Situationen s. *Hinz*, a. a. O. [Fn. 7], S. 75 ff).

⁷¹ S. Art. VI der „Anti-Völkermord-Konvention“, Art. V der „Anti-Apartheid-Konvention“; s. hierzu auch *Gössner*, a. a. O. (Fn. 29), S. 269.

Die früheren Bestrebungen, zur Implementation der im „Pakt“ garantierten Rechte einen Internationalen Gerichtshof für Menschenrechte zu institutionalisieren, vermochten sich wegen ihres den hergebrachten völkerrechtlichen Grundsätzen der Souveränität und Unabhängigkeit der Staaten widersprechenden Gehalts nicht durchzusetzen (vgl. *UN-Doc. A/2929*, a. a. O. [Fn. 37], S. 3).

⁷² Zu den Vorbehalten Algeriens, Burmas, Marokkos, der Philippinen und Venezuelas gegenüber der in der „Anti-Völkermord-Konvention“ vorgesehenen internationalen Strafgerichtsbarkeit s. *Multilateral Treaties*, a. a. O. (Fn. 33), S. 92, 94, 95.

⁷³ Eine Sonderstellung nimmt insoweit die „Anti-Folter-Konvention“ ein, die das Mitteilungssystem verbindet mit der Einführung des Weltrechtsprinzips allerdings nur betreffend Folterhandlungen (s. Art. 4 ff der „Anti-Folter-Konvention“; krit. *Marx, R.*, Die Konvention der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, ZRP 1986, S. 81, 82, 83; s. auch Fn. 47) sowie in Anlehnung an das Verfahren nach Resolution 1503 des WSR bei Vorliegen zuverlässiger Informationen über systematische Folterungen die Möglichkeit vertraulicher Untersuchungen vorsieht (Art. 20 der „Anti-Folter-Konvention“). Allerdings regelt Art. 28 der Konvention zugleich ausdrücklich die Zulässigkeit von Vorbehalten speziell zu dieser Bestimmung (s. hierzu auch *Maier, I.*, a. a. O. [Fn. 46], S. 2).

⁷⁴ S. im Text II. 1. a.

⁷⁵ S. etwa *UN-Doc. A/6546* (General Assembly / Twenty-first session / agenda item 62, Report of the Third Committee), S. 53: „...It was fully recognized, ..., that a proper balance should be struck between the requirement of a minimum effectiveness of implementation procedure, on the one hand, and the need for securing the widest possible acceptance of the Covenant by Member States, on the other hand...“; s. auch *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 21), S. 115, unter Hinweis darauf, daß die Durchsetzbarkeit der Rechtserkenntnisse der Konventionsorgane „allzu starke Abweichungen von dem kollektiv akzeptierten Standard und Rechtsschöpfungen“ ausschließe. S. auch Fn. 92.

Ebene⁷⁶ – mit Ausnahme des afrikanischen Bereichs⁷⁷ – im Unterschied zu den VN⁷⁸ justizförmig ausgestaltet.

Soweit die Vereinbarungen die *personelle Zusammensetzung*⁷⁹ der Kontrollorgane regeln, beteiligen sie die (mutmaßlichen) Tätergemeinschaften unmittelbar⁸⁰ oder mittelbar⁸¹ an den hierfür vorgesehenen

⁷⁶ Auf *regional-internationaler* Ebene ist neben den *Menschenrechtskommissionen* (Art. 20 ff EMRK, Art. 34 ff AMRK; s. auch Art. 30 ff der Afrikanischen Charta...), jeweils ein *Gerichtshof für Menschenrechte* (Art. 38 ff EMRK, Art. 52 ff AMRK) institutionalisiert. Zu der Besonderheit des *Ministerkomitees* als Entscheidungsgremium s. im Text III. 1. a. β).

⁷⁷ S. *Mbaya*, a. a. O. (Fn. 15), S. 134, 135, der auf die offizielle Begründung hinweist, die Regelung eines kontradiktorischen Verfahrens widerspräche der „traditionellen afrikanischen Neigung zu Konsens und Vermittlung“.

⁷⁸ Auf der Ebene der VN obliegt die Prüfung der nach dem Mitteilungssystem eingehenden Berichte und Beschwerden den jeweils in den Vereinbarungen vorgesehenen *Ausschüssen* (Art. 28 ff des „Pakts“; s. auch die Präambel des Fakultativprotokolls (Ausschuß für Menschenrechte); Art. 17 ff der „Anti-Folter-Konvention“ (Anti-Folter-Kommission); Art. 8 ff der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“; Art. IX der „Anti-Apartheid-Konvention“).

⁷⁹ S. auch die kritische Stellungnahme von *Maier*, I., a. a. O. (Fn. 46), S. 5 betreffend die diesbezüglichen Unklarheiten in dem Entwurf einer Europäischen „Anti-Folter-Konvention“, in der insbesondere das Fehlen eines Ablehnungsrechts gegenüber den Mitgliedern der zu institutionalisierenden Kontroll-Kommission beklagt wird. Vgl. (andere-seits) die Befangenheitsregelung des Art. 55 AMRK; s. demgegenüber Art. 43 EMRK, der bei vergleichbarer Sachlage die Kammermitgliedschaft des Richters, der Staatsangehöriger der beteiligten Partei ist, „von Amts wegen“ vorsieht.

⁸⁰ Die Wahl der 18 Mitglieder des Ausschusses für Menschenrechte erfolgt durch die Versammlung der Vertragsstaaten (Art. 30 Abs. 4 des „Pakts“) aufgrund einer von den Vertragsstaaten erstellten Kandidatenliste (Art. 29 Abs. 1 des „Pakts“). Die Regelungen der „Anti-Folter-Konvention“ und der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“ entsprechen denen des „Pakts“. – Eine Sonderstellung nimmt der in der „Anti-Apartheid-Konvention“ vorgesehene Ausschuß ein, der regelmäßig aus drei Mitgliedern der VN-Menschenrechtskommission bestehen soll; s. Art. IX der Konvention.

Die Wahl der Mitglieder der Interamerikanischen Menschenrechtskommission ebenso wie die der Mitglieder des Interamerikanischen Gerichtshofs erfolgt durch die Generalversammlung der OAS auf der Grundlage der von den Regierungen (Art. 36 Abs. 1 AMRK) bzw. den Mitgliedsstaaten (Art. 53 AMRK) erstellten Kandidatenlisten. Zur Inkompatibilitätsregelung des Art. 71 AMRK s. *Kokott*, Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte und seine bisherige Praxis, ZfaöR 1984, S. 806 (809 f).

Die Wahl der Mitglieder der Afrikanischen Menschenrechtskommission soll erfolgen durch die Versammlung der Staats- und Regierungschefs aufgrund einer von den Vertragsstaaten erstellten Kandidatenliste (Art. 33 der Afrikanischen Charta...); s. hierzu *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 39), S. 473; zu ihren Kompetenzen s. *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 14), S. 479 f); vgl. auch *Bartsch*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes, in: NJW 1981, S. 489 zum Scheitern der Einigungsbemühungen hinsichtlich einer Inkompatibilitätsregelung betreffend die Mitgliedschaft in der Kommission und der Innehabung eines Regierungsamtes.

Die Wahl der Mitglieder der Europäischen Menschenrechtskommission erfolgt durch das Ministerkomitee aufgrund einer vom Büro der Beratenden Versammlung erstellten Kandidatenliste (Art. 21 EMRK).

Wahlvorgängen. – Wenngleich die Mitglieder der Kontrollorgane in der Regel nicht als Staatenvertreter, sondern in persönlicher Eigenschaft tätig sind⁸², ist aufgrund der Ausgestaltung der Wahlvorgänge nicht auszuschließen, daß sie im Rahmen ihrer Tätigkeit, bei der ihnen entsprechend den Konzeptionen der Rechtsgrundlagen weite Beurteilungsspielräume eingeräumt sind, jedenfalls nicht regelmäßig solche Interessen vertreten, die denen der ihre Auswahl (mit-)bestimmenden Staatsführungen entgegenstehen. Soweit dieser Fall dennoch eintritt, scheint von den betreffenden Staatsführungen ausgeübter politischer Druck nicht ohne Einfluß auf die Kontrolltätigkeit zu sein⁸³.

β) Die *Aufgaben und Befugnisse* der aufgrund der Kodifikationen der VN institutionalisierten Ausschüsse bestehen vorwiegend in der *Schlichtung bzw. Vermittlung* zwischen den Beteiligten sowie der Erteilung von *Empfehlungen* und der Erstattung von *Berichten*⁸⁴ sowohl nach Abschluß der Prüfung einzelner Angelegenheiten⁸⁵ als auch zum Schluß jedes Geschäftsjahres⁸⁶.

Demgegenüber sind auf *regional-internationaler Ebene* die Kompetenzregelungen insofern weitergehend, als dem jeweiligen Gerichtshof die Befugnis übertragen ist, gegebenenfalls *formell eine Konventionsverletzung festzustellen*⁸⁷. Für das Verfahren vor diesem sind ausschließlich

⁸¹ Die Wahl der Mitglieder des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte erfolgt durch die Beratende Versammlung aufgrund einer von den Mitgliedsstaaten des Europarates erstellten Kandidatenliste (Art. 39 EMRK).

⁸² Art. 28 Abs. 3 des „Pakts“; die Regelungen der „Anti-Folter-Konvention“ und der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“ entsprechen denen des „Pakts“. Zur Stellung der Mitglieder des Kontrollausschusses der „Anti-Apartheid-Konvention“ s. Art. IX der Konvention.

Art. 23 EMRK, Art. 36 Abs. 1 AMRK; s. auch Art. 31 Abs. 2, 38 der Afrikanischen Charta... (s. auch *Bartsch*, a. a. O. 1981 [Fn. 80], S. 489).

⁸³ S. *Bartsch*, a. a. O. 1981 (Fn. 80), S. 493, zu den auf die Austrittsdrohungen Argentiniens, Chiles, Uruguays, Paraguays und Boliviens erfolgten Änderungen der Gerichtspraxis der Interamerikanischen Menschenrechtskommission; s. auch im Text III. 2. a.

⁸⁴ Art. 45 des „Pakts“, Art. 6 des Fakultativprotokolls, Art. 24 der „Anti-Folter-Konvention“, Art. 14 Abs. 8 der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“ (Jahresberichte). Auch legt der Ausschuß für Menschenrechte seine Befugnis, nach Abschluß einzelner Angelegenheiten „allgemeine Bemerkungen“ (Art. 40 Abs. 4 des „Pakts“) bzw. „seine Auffassungen“ (Art. 5 Abs. 4 des Fakultativprotokolls) zu übermitteln, weit aus, und zwar im Sinne einer Berichtskompetenz.

⁸⁵ Dies ist nach dem Wortlaut der Vereinbarungen nur zum Teil der Fall.

⁸⁶ Art. 41 Abs. 1 e)–h), 40 Abs. 4, 42, 47, 45 des „Pakts“; die Regelungen der „Anti-Folter-Konvention“ und der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“ entsprechen denen des „Pakts“. Art. 1, 5, 6 des Fakultativprotokolls.

⁸⁷ Art. 50 ff EMRK, Art. 63 AMRK.

die *Beitrittsstaaten* und die *Kontrollkommissionen aktivlegitimiert*⁸⁸; daher kommt den Kommissionen insoweit die Funktion von Vorprüfungsausschüssen zu⁸⁹, die insbesondere „mißbräuchliche“⁹⁰, „offensichtlich unbegründete“⁹¹ sowie solche Eingaben als unzulässig zurückweisen, die bereits Gegenstand eines anderen internationalen Kontrollverfahrens waren bzw. sind⁹² oder hinsichtlich deren der innerstaatliche Rechtsweg nicht ausgeschöpft worden ist⁹³. Die Zuständigkeit des jeweiligen Gerichtshofs setzt allerdings zusätzlich die Erklärung der Staatsführung voraus, daß diese dessen *Gerichtbarkeit anerkenne*⁹⁴.

Im Geltungsbereich der *EMRK* besteht zudem die Möglichkeit der Zwischenschaltung des ausschließlich aus Vertretern der nationalen Exekutive bestehenden *Ministerkomitees*⁹⁵ als Kontrollorgan, das in den

⁸⁸ Art. 48 *EMRK*, Art. 61 Abs. 1 *AMRK*. S. aber zur Verbesserung der Position des Individualbeschwerdeführers als Verfahrensbeteiligtem durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 11), S. 1751 (1760). Zur Frage der Parteifähigkeit von Individuen vor dem Interamerikanischen Gerichtshof, s. *Kokott*, a. a. O. (Fn. 80), S. 812 f.

⁸⁹ Art. 47 i. V. m. Art. 32 *EMRK*, Art. 61 Abs. 2 i. V. m. Art. 48 ff *AMRK*. Betreffend den Geltungsbereich der *EMRK* vgl. *Murswiek*, Die Individualbeschwerde vor den Organen der Europäischen Menschenrechtskonvention – Zulässigkeitsvoraussetzungen, in: *JuS* 1986, S. 8.

Zu der Funktion des Vorverfahrens und der Frage der Wirksamkeit einer Verzichtserklärung des betreffenden Staates im Falle einer „Selbstanklage“ (s. *IAGMR* EuGRZ 1984, S. 189) s. *Kokott*, a. a. O. (Fn. 80), S. 813 ff.

⁹⁰ Art. 27 Abs. 2 *EMRK*, Art. 47 Buchst. b), c) *AMRK*.

⁹¹ Art. 27 Abs. 2 *EMRK*, Art. 47 Buchst. c) *AMRK*.

⁹² Art. 27 Abs. 1 Buchst. b) *EMRK*; Art. 46 Abs. 1 Buchst. c) *AMRK*; kritisch zu der mit dem Argument der Verfahrenskonkurrenz begründeten Zurückhaltung auch westlicher Staaten gegenüber der Anerkennung der Individualbeschwerde auf der Ebene der VN: *Nowak*, a. a. O. (Fn. 70), S. 534, 544, der insbesondere darauf hinweist, daß sich das Problem der Zweigleisigkeit der Verfahren durch die Erklärung von Vorbehalten erledigen ließe. S. auch im Text III. 1. b) γ) αα).

⁹³ Art. 26 *EMRK*, Art. 46 Abs. 1 a) *AMRK*; s. aber die Ausnahmeregelung des Art. 46 Abs. 2 *AMRK*, die in der *EMRK* keine Entsprechung findet.

⁹⁴ Art. 46 *EMRK*, Art. 62 *AMRK*; Art. 62 Abs. 2 *AMRK* läßt diese Erklärung ausdrücklich auch nur für spezielle Fälle zu. Diese Möglichkeit mag nicht zuletzt Legitimationsbelangen der Staatsführungen insofern entgegenkommen, als sie es diesen gestattet, auf der Grundlage von Erwägungen politischer Opportunität nur solche Fälle der Kontrolle durch den Gerichtshof zugänglich zu machen, in denen eine Bestätigung ihrer Praxis zu erwarten ist.

Im Geltungsbereich der *EMRK* stand die Regelung des Art. 46 bislang vor allem in Angelegenheiten der Staatenbeschwerde einer Befassung des Gerichtshofs entgegen (s. auch *Lindemann*, Die Zulässigkeitsentscheidung der Europäischen Menschenrechtskommission im Fall der Staatenbeschwerde Frankreichs, Norwegens, Dänemarks, Schwedens und der Niederlande gegen die Türkei vom 6. Dezember 1983, *ZföR* 1984, 346, 349).

⁹⁵ S. hierzu *Bartsch*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes... *NJW* 1980, S. 494: Das Komitee sei „als politisches Organ ein Fremdkörper in dem

von der Kommission angenommen, von dieser oder dem betreffenden Staat jedoch nicht dem Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegten Fällen mit Zwei-Drittel-Mehrheit über das Vorliegen einer Konventionsverletzung entscheidet.

Ob die bezeichnete justizförmige Ausgestaltung der Verfahren insbesondere bei Individualbeschwerden für den Beschwerdeführer „günstiger“⁹⁶ ist, erscheint in Anbetracht dieser Fülle von Zugangsschranken zweifelhaft⁹⁷. Vielmehr mögen sich diese als zusätzlich legitimationsfördernd auswirken, soweit sie ihre Grundlage in solchen Umständen haben, die die Entdeckungswahrscheinlichkeit illegaler Praktiken der (mutmaßlichen) Tätergemeinschaften im Rahmen der ihnen eigenen Funktionsausübung auch im innerstaatlichen Bereich reduziert erscheinen lassen.

Gemeinsam ist den Regelungen der Kontrollverfahren, daß, soweit den Organen *Befugnisse zu eigenen Ermittlungen* eingeräumt sind, sie diese *vertraulich*⁹⁸ führen, wobei sie jeweils auf die *Mitwirkung des betreffenden Staates* angewiesen sind⁹⁹. Mit Ausnahme der (i. e. S.) rechtsprechenden Institutionen tagen die Kontrollorgane grundsätzlich

gerichts förmig angelegten Verfahren der MRK...; denn es verhandelt nach Art einer Geheimjustiz in nichtöffentlicher Sitzung, in der weder Beschwerdeführer noch Kommission vertreten sind, und es gehorcht bei seinen Entscheidungen, die nicht begründet werden, notwendigerweise den Gesetzen der politischen Opportunität“. S. auch bereits *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 21), S. 119, unter Hinweis auf die Entscheidung des Komitees im sogenannten Huber-Fall (EuGRZ 1975, S. 371), in dem das Komitee eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK durch ein mehr als zwölf Jahre dauerndes Strafverfahren nicht hat feststellen können. Zu den Widerständen einiger Regierungen gegen derzeitige Reformpläne des Inhalts, Kommission und Gerichtshof – unter Ausschaltung des Ministerkomitees – durch eine einzige Institution mit obligatorischer Zuständigkeit zu ersetzen s. *Bartsch*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes ..., in: NJW 1986, 1379 (1386).

Zur Vorlagepraxis der Europäischen Menschenrechtskommission s. *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 21), S. 120.

⁹⁶ So etwa *Maier*, I., a. a. O. (Fn. 46) S. 4.

⁹⁷ S. im Text III. 1. b) γ) αα).

⁹⁸ S. etwa Art. 48 Abs. 2 AMRK, Art. 20 Abs. 2, 3 der „Anti-Folter-Konvention“; s. hierzu *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 11), S. 1756; s. auch Art. 59 Abs. 1 der Afrikanischen Charta...

⁹⁹ Zu der zumindest zurückhaltenden Position der Bundesregierung gegenüber Plänen, auf europäischer Ebene im Rahmen eines entsprechenden Übereinkommens einer Kontrollkommission die Kompetenz zu unangemeldeten Gefangenenbesuchen einzuräumen s. *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 11), S. 1759 m. w. Nachw.; s. auch BT-Dr. 10/2778, a. a. O. (Fn. 26), S. 2. Die Regelung dieser Befugnisse ist inzwischen Gegenstand des Entwurfs eines Fakultativprotokolls zur „Anti-Folter-Konvention“; ablehnend: *Maier*, I., a. a. O. (Fn. 46), S. 4 ff.

in *nicht-öffentlicher* Sitzung¹⁰⁰. Die jeweils unterschiedlichen Regelungen der *Veröffentlichungsbefugnisse*¹⁰¹ der Kommissionen im Falle des Scheiterns des Versuchs der gütlichen Beilegung stimmen ferner darin überein, daß vorab fakultativ die Möglichkeit besteht, den betreffenden Staatsführungen nochmals unter Fristsetzung Empfehlungen zu erteilen.

b) Mitteilungen und Beschwerden betreffend Normverletzungen

α) Das Berichtssystem, nach dem die Staatsführungen der Beitrittsländer über die von ihnen getroffenen Maßnahmen zur Verwirklichung der in den Vereinbarungen anerkannten Rechte Mitteilung machen (*Staatenberichte*)¹⁰², ist allgemein dem Einwand des interesegeleiteten *Reduktion kriminologisch relevanter Realität* ausgesetzt. Soweit – wie in der Regel – die Berichte schriftlich abgefaßt sind¹⁰³, bestehen hinsichtlich ihrer Realitätsadäquanz gemäß allgemeinen Erkenntnissen über behördliche Wirksamkeitsbelange¹⁰⁴ Bedenken dahingehend, daß sie als (regierungs-) behördliche Stellungnahmen unter Umständen selektiv lediglich die ohnehin völkerrechtlich legitimierbaren Vorgänge ausweisen. – Dieses Problem scheint nur bedingt dadurch lösbar, daß in Form allgemeiner

¹⁰⁰ Art. 41 Abs. 1 d) des „Pakts“, Art. 5 Abs. 3 des Fakultativprotokolls, Art. 33 EMRK. Die Regelungen der „Anti-Folter-Konvention“ und der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“ entsprechen denen des „Pakts“. Die AMRK enthält keine entsprechende ausdrückliche Regelung.

Es mögen diese Bestimmungen den Geheimhaltungsinteressen der (mutmaßlichen) Tätergemeinschaften eher Rechnung tragen als dem Interesse an wirksamer öffentlicher Kontrolle, der nicht zuletzt auch generalpräventive Wirkung zukommen könnte.

¹⁰¹ Vorgesehen ist z. B. im Falle der Staatenbeschwerde vorab jeweils eine Konsultation der betreffenden Staatenvertreter (s. *Bartsch*, a. a. O. [Fn. 95], S. 491).

Auf europäischer Ebene liegt in den Fällen in denen der Gerichtshof nicht befaßt wird, aufgrund der Art. 31, 32 EMRK die Entscheidung über die Veröffentlichung, die zudem nur bei Feststellung einer Konventionsverletzung in Betracht kommt, ausschließlich bei dem Ministerkomitee.

Für den Bereich der OAU soll nach Art. 59 Abs. 2 der Afrikanischen Charta... der Veröffentlichung die Entscheidung der Versammlung der Staats- und Regierungschefs vorgelagert sein.

¹⁰² Art. 40 des „Pakts“. Die Regelungen der „Anti-Folter-Konvention“ und der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“ entsprechen denen des „Pakts“. S. auch Art. VII der „Anti-Apartheid-Konvention“, Art. 43 AMRK. Die EMRK enthält keine entsprechende Bestimmung.

¹⁰³ S. aber zu der Möglichkeit der Veranstaltung von (öffentlichen) Hearings *Bartsch*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes... NJW 1978, S. 451, NJW 1979, S. 451; zu den Widerständen gegen deren Ausgestaltung im Sinne eines „Kreuzverhörs“ *Nowak*, a. a. O. (Fn. 70), S. 536 m. w. Nachw.

Die Berichtspflicht scheint zuweilen dazu geführt zu haben, daß die Staaten ihr lediglich formell genügt, materiell aber kaum über praktische Durchführungsmaßnahmen berichtet haben (s. *Gössner*, a. a. O. [Fn. 29], S. 275; s. auch *Partsch*, a. a. O. 1985 [Fn. 15], S. 168).

¹⁰⁴ S. *Eisenberg*, a. a. O. 1985 (Fn. 3), § 40.

Richtlinien bestimmte inhaltliche Anforderungen an die Staatenberichte gestellt werden¹⁰⁵. Die Tatsache, daß sich die Staatenberichte zudem fast ausschließlich auf *rechtliche Informationen* beschränken¹⁰⁶ (und insofern der inhaltlichen Konzeption der materiellen Rechtsgarantien entsprechen, die das Problem der innerstaatlichen Legalität repressiven Staatsunrechts kaum erfassen), kommt dem Interesse der (mutmaßlichen) Tätergemeinschaften an der Legitimation ihrer Tätigkeit vor den internationalen Organen entgegen¹⁰⁷.

β) Die Zulässigkeit der *Staatenbeschwerde* ist in der Regel¹⁰⁸ an eine besondere Unterwerfungserklärung aller Beteiligten, also auch des beschwerdeführenden Staates, gebunden. Diese Möglichkeit der Einleitung eines Kontrollverfahrens hat bislang auf der Ebene der VN keinerlei praktische Relevanz erlangt¹⁰⁹. Dies entspricht der Annahme, daß das *Beschwerdeverhalten von Staatsführungen* maßgeblich von deren Interesse an der *Wahrung eigener politischer und wirtschaftlicher Belange* bestimmt sei¹¹⁰. Symbiotische bilaterale Beziehungen etwa, die sich nicht selten gerade auf eine Koppelung autoritärer Innenpolitik mit aggressiver Außenpolitik bei dem (potentiellen) Beschwerdegegner stützen, werden daher in der Regel verhindern, daß Staatsführungen entsprechend der dieser Beschwerdemöglichkeit zugrundeliegenden Konzeption¹¹¹ als Sachwalter des Interesses an der Erhaltung eines internationalen *ordre public* auftreten. – Entsprechendes gilt allgemein unter der Annahme einer prinzipiellen Interessenübereinstimmung von Staatsführungen hinsichtlich der funktionsgerechten Ausgestaltung ihres Tätigkeitsbereichs, der der Anspruch auf Völkerrechtskonformität im Grundsatz eher widersprechen mag¹¹².

¹⁰⁵ S. UN (General Assembly / Official Records / Suppl. No. 40) Doc. A/34/40, S. 5 ff; vgl. auch Nowak, a. a. O. (Fn. 70), S. 536.

¹⁰⁶ S. Nowak, a. a. O. (Fn. 70), S. 536.

¹⁰⁷ Anhaltspunkte für das Gewicht dieser Belange und die Begründungszusammenhänge der Widerstände gegen die Zulässigkeit der direkten Befragung der Regierungsvertreter bei Erörterung etwaiger Zusatzberichte sowie die Verwertung anderer Informationsquellen, wie etwa der Berichte nicht-staatlicher Organisationen, die Aufschluß über die faktische Menschenrechtssituation in den betreffenden Staaten geben könnten, vermitteln die Nachw. bei Nowak, a. a. O. (Fn. 70), S. 536.

¹⁰⁸ Art. 41 Abs. 2 des „Pakts“, Art. 21 Abs. 1 der „Anti-Folter-Konvention“, Art. 45 Abs. 1, 2 AMRK.

Art. 24 EMRK, Art. 11 der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“ sowie die Art. 47 ff der Afrikanischen Charta ... enthalten keine entsprechenden Bestimmungen.

¹⁰⁹ S. Bartsch, a. a. O. (Fn. 11), S. 1753.

¹¹⁰ Vgl. z. B. zur Position der Bundesregierung zu der Frage, ob sie sich den Beschwerden gegen die Türkei anschließe, BT-Dr. 9/1870, S. 2; s. auch Lindemann, Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1982, ZföR 1984, S. 495 (506).

¹¹¹ S. hierzu Bartsch, a. a. O. (Fn. 21), S. 118.

¹¹² S. auch im Text II. 1. a.

Auch für den Geltungsbereich der *EMRK* wird berichtet, daß von dieser Beschwerdemöglichkeit nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wird¹¹³. – Allgemein wird die Wirksamkeit derartiger Verfahren im *regional-internationalen* Bereich zusätzlich dadurch in Frage gestellt, daß gewisse, mit dem hier vorgesehenen justizförmigen Verfahren verbundene, (auch generalpräventive) Wirkungen dann nicht erzielt werden können, wenn sich nicht auch der Beschwerdegegner der Gerichtsbarkeit des jeweiligen Gerichtshofs unterworfen hat¹¹⁴.

γ) Auch bei *Individualbeschwerden* ist in der Regel¹¹⁵ Zulässigkeitsvoraussetzung eine besondere Unterwerfungserklärung des betreffenden Staates.

Die Effektivität dieser Beschwerdemöglichkeit ist im hohen Maße abhängig von den jeweils unterschiedlichen Regelungen der *Zulassungsverfahren* sowie insbesondere der im wesentlichen der Spruchpraxis der Kontrollorgane überlassenen Ausgestaltung der *Darlegungs- und Beweisregeln*, die das *Beschwerdeverhalten von Einzelpersonen* in diesem Bereich unter den Gesichtspunkten der Einschätzung politischer Resonanz sowie der Beurteilung der Erfolgsaussichten maßgeblich beeinflussen könnten. Gemäß allgemeinen Bedingungen auch sonstigen privaten Anzeigeverhaltens kommt zusätzlich entscheidende Bedeutung der Möglichkeit der *Bewertung* eines durch die Staatsführung veranlaßten Vorgangs *als Rechtsverletzung* zu. Hier könnten sich tatsächlich bestehende Unterschiede zwischen internationalen und kulturellen Normensystemen ebenso auswirken wie die Tatsache, daß kriminologisch bedeutsame Handlungen von Staatsführungen nach innerstaatlichem Recht zu erheblichen Anteilen legal sind. Zudem mag insbesondere in nicht-totalitär verfaßten Staaten eine *Differenzierung zwischen individuellem Fehlverhalten von Amtsträgern und systematischem Vorgehen der Staatsführung und ihrer Organe* Schwierigkeiten bereiten. Hinzu kommt, daß bestimmte Bevölkerungsgruppen *Rechtsverletzungen* durch die Staatsführung und ihre Organe unter Umständen als *erwartungsgemäß* beurteilen, wobei diese als solche zwar wahrgenommen werden, die

¹¹³ *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 21), S. 118; zum Umfang der Darlegungslast für die Zulässigkeit der Staatenbeschwerde s. *Lindemann*, a. a. O. (Fn. 94), S. 346, unter Hinweis darauf, daß ein prima-facie-Beweis der Konventionsverletzung nicht erforderlich ist, jedoch insbesondere bei Behauptung einer konventionsverletzenden Verwaltungspraxis für die Nichtanwendung des Art. 26 EMRK ein substantiierter Sachvortrag vorausgesetzt wird.

¹¹⁴ S. im Text III. 1. a. β).

¹¹⁵ Art. 1 des Fakultativprotokolls, Art. 22 Abs. 1 der „Anti-Folter-Konvention“, Art. 14 der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“, Art. 25 EMRK.

Art. 44 AMRK sowie Art. 55 ff der Afrikanischen Charta ... enthalten keine entsprechende Bestimmung.

Betroffenen aber nicht den Beschwerdeweg beschreiten. – Von geringerer Bedeutung könnten diese Aspekte im *regional-internationalen* Bereich sein, soweit dort auch nicht-staatliche Organisationen für entsprechende Beschwerden aktiv legitimiert sind¹¹⁶.

αα) Auf der Ebene der VN hat bislang lediglich das im *Fakultativprotokoll* vorgesehene Individualbeschwerdeverfahren Bedeutung erlangt. Im Unterschied zu den entsprechenden Verfahrensregeln im *regional-internationalen* Bereich, namentlich den Regelungen der EMRK, sind die *Zulässigkeitsvoraussetzungen* vergleichsweise beschwerdeförderlich gefaßt¹¹⁷.

Insbesondere hinsichtlich des Erfordernisses der *Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges*¹¹⁸ als Zugangsschranke, deren Überwindung eine erhebliche *Beschwerdemacht* des Einzelnen voraussetzt¹¹⁹, sieht das *Fakultativprotokoll* im Gegensatz zur EMRK eine Ausnahme für den Fall vor, „daß das Verfahren unbegründet in die Länge gezogen wird“ (Art. 5 Abs. 2 Buchst. c)¹²⁰. Ein anderer wesentlicher Unterschied der Regelungen des *Fakultativprotokolls* zu denen im *regional-internationalen* Bereich besteht darin, daß die Möglichkeit einer *Zurückweisung* der Beschwerden als *offensichtlich unbegründet*¹²¹ nicht besteht, an der insbesondere nach der Spruchpraxis der Europäischen Menschenrechtskommission eine weitere Befassung (auch des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte) vergleichsweise häufig scheitert¹²². Letzteres erscheint deshalb unbefriedigend, weil sich die Beschwerdeführer aufgrund der für den einschlägigen Verhaltensbereich charakteristischen Merkmale, deren Nachweis durch die Eigenart der Tatbestandsformulierungen zudem kaum erleichtert wird, nicht selten in (*Darlegungs- und*

¹¹⁶ S. Art. 44 AMRK, Art. 25 EMRK; s. auch die Art. 55 ff der Afrikanischen Charta... Vgl. auch *AI*, 1981, a. a. O. (Fn. 25) S. 143.

¹¹⁷ So auch *Nowak*, a. a. O. (Fn. 70), S. 538 ff (s. auch Fn. 92).

¹¹⁸ Art. 5 Abs. 2 b) des Fakultativprotokolls, Art. 22 Abs. 5 d) der „Anti-Folter-Konvention“, Art. 14 Abs. 7 a) der „Anti-Rassendiskriminierungs-Konvention“, Art. 26 EMRK, Art. 46 Abs. 1 a) AMRK.

¹¹⁹ Vgl. *Trechsel*, a. a. O. (Fn. 51), S. 526, unter Hinweis darauf, daß die Bestimmung des Art. 5 Abs. 1 Buchst. d) EMRK (Inhaftierung Minderjähriger „zum Zwecke überwachter Erziehung“, „zwecks Vorführung vor die zuständige Behörde“) in der Praxis der Kommission wegen der geringen Beschwerdemacht der Betroffenen ohne Bedeutung geblieben ist.

Ungeklärt und umstritten ist die Frage, ob der Beschwerdeführer noch zum Zeitpunkt der Einleitung des Beschwerdeverfahrens der Herrschaftsgewalt des Beschwerdegegners unterliegen muß (s. *Gössner*, a. a. O. [Fn. 29], S. 276; zur Spruchpraxis des VN-Menschenrechtsausschusses s. *Nowak*, a. a. O. [Fn. 70], S. 539).

¹²⁰ Eine entsprechende Bestimmung enthält Art. 46 Abs. 2 Buchst. c) AMRK.

¹²¹ S. Art. 27 Abs. 2 EMRK, Art. 47 Buchst. c) AMRK.

¹²² *Nowak*, a. a. O. (Fn. 70), S. 540; s. auch im Text III. 1. a. β).

Beweisnot befinden werden, die unter Umständen erst im Verlauf eines kontradiktorischen Verfahrens behoben werden könnte.

ββ) Bezüglich der *Darlegungs- und Beweislastregeln* geht die Spruchpraxis des Menschenrechts-Ausschusses der VN dahin, die Tatsachenbehauptungen des Beschwerdeführers als erwiesen anzusehen, wenn nicht die betreffende Staatsführung die Behauptungen substantiiert und unter (sacherheblichem) Beweisantritt bestreitet¹²³.

Weitgehend ungeklärt sind jedoch die Beweisregeln im übrigen.

Betreffend den Umfang der Überprüfung von Sachentscheidungen der nationalen Behörden wird für den *europäischen* Bereich berichtet, daß die Rechtmäßigkeit des prozessualen Vorgehens der innerstaatlichen Institutionen nur in sehr eingeschränktem Maße der Kontrolle unterliege¹²⁴. Die Prüfung, ob – auf der Grundlage nicht substantiiert bestrittener *Akteninhalte* des entsprechenden (Straf-)Verfahrens – das Vorgehen der Behörden *prima facie* als gerechtfertigt erscheint¹²⁵, ist als für den Rechtsgüterschutz unzulänglich anzusehen. Dies gilt schon deshalb, weil schriftlich fixierte Begründungszusammenhänge behördlicher Entscheidungen gemäß den Formen der Ausgestaltung behördeninterner Effektivitätsbelange „auf den ersten Blick“ jedenfalls als „nicht unvernünftig“ sich darstellen¹²⁶. Vielmehr läßt eine derartige Spruchpraxis besorgen, daß sie – indem sie einer (u. U. gerade hinsichtlich illegaler Bestandteile) reduzierten Aktenrealität folgt – den Legitimationsbelangen der (mutmaßlichen) Tätergemeinschaften in einer Weise Rechnung trägt, die diesen die ungehinderte Funktionsausübung einschließlich potentiell illegaler Praktiken zusätzlich absichert.

2. Sanktionierung von Normverletzungen

a) Sanktionsbefugnisse der von den Organisationen eingesetzten Organe

Inwieweit die *informelle Sanktionierung* durch die Veröffentlichung von Berichten seitens der Kontrollkommissionen (s. o. III. 1. a.) von Einfluß auf die Normeinhaltung der betreffenden Staaten ist, erscheint als wenig geklärt. Der Sanktionscharakter als solcher ist aber jedenfalls dann in Frage gestellt, wenn die entsprechenden Berichte lediglich allgemeine, nicht namentliche Feststellungen enthalten bzw. die (mut-

¹²³ Nowak, a. a. O. (Fn. 70), m. w. Nachw.

¹²⁴ S. etwa Trechsel, a. a. O. (Fn. 51), S. 520 f m. w. Nachw.

¹²⁵ S. Trechsel, a. a. O. (Fn. 51), S. 525 zur Spruchpraxis der Europäischen Menschenrechtskommission zum „hinreichenden Tatverdacht“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Buchst. c) EMRK.

¹²⁶ Zu Problematik und Funktion von Aktenrealität s. Eisenberg, a. a. O. 1985 (Fn. 3), § 13 Rdn. 16, § 40 Rdn. 3.

maßlichen) Tätergemeinschaften an der Erstellung der Berichte maßgeblich beteiligt sind¹²⁷.

Was die Gerichte anbelangt, die gemäß Vereinbarungen regional-internationaler Organisationen institutionalisiert sind (s. o. III. 1. a.), so sind die ihnen zustehenden *formellen Sanktionsbefugnisse* darauf beschränkt, daß der betreffende Staat mit der die Normverletzung feststellenden Verurteilung aufgefordert wird, Abhilfe zu schaffen und gegebenenfalls Entschädigung zu leisten¹²⁸. Die Effektivität dieser Urteile für die Normeinhaltung der betreffenden Staatsführung dürfte schon deshalb begrenzt sein, weil sie *keine kassatorische Wirkung* haben¹²⁹.

Maßgeblich für die Frage der Normeinhaltung könnte vielmehr das Ergebnis einer Abwägung der damit für die Staatsführung (tatsächlich oder mutmaßlich) verbundenen innenpolitischen Nachteile gegenüber den mit einer Fortsetzung normwidrigen Verhaltens (tatsächlich oder mutmaßlich) verbundenen Beeinträchtigungen der diplomatischen Beziehungen zu den übrigen Mitgliedsstaaten sein, das auch von der Einschätzung der (geringen) Kontrollintensität beeinflusst sein dürfte.

b) Sanktionsmöglichkeit durch die Organisation selbst

Für den Fall beharrlicher Verletzungen der Grundsätze der Organisationen sehen die Satzungen zum Teil fakultativ die Möglichkeit des *Ausschlusses* von Mitgliedsstaaten vor¹³⁰. Die Wirkung dieser Sanktion ist insofern ambivalent, als mit dem Ausschluß aus der Organisation zugleich (auch formell) jede Möglichkeit künftiger Kontrolle der betreffenden Staatsführung entfällt.

¹²⁷ S. *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 80), S. 493 f. (Fn. 14), S. 484 zur Einflußnahme einiger Mitgliedstaaten der OAS auf die Fassung der Jahresberichte der Interamerikanischen Menschenrechtskommission; s. auch Fn. 83.

Demgegenüber besteht die ausführliche Berichtspraxis des VN-Menschenrechts-Ausschusses fort. Die Fassung der Sachentscheidungen nähert sich feststellenden Urteilen an, ohne daß diese allerdings – im Unterschied zu den Entscheidungen des jeweils im regional-internationalen Bereich institutionalisierten Gerichtshofs – vollstreckbar wären (s. im einzelnen *Bartsch*, a. a. O. [Fn. 11], S. 1755).

¹²⁸ Zur Vollstreckung s. Art. 68 AMRK, Art. 54 EMRK; gemäß der zuletzt genannten Bestimmung obliegt die Überwachung der Durchführung dem Ministerkomitee (s. auch Fn. 95).

¹²⁹ S. hierzu *Vogler*, a. a. O. (Fn. 56), S. 779, der die Auffassung vertritt, daß die völkerrechtliche Pflicht, das konventionswidrige Recht aufzuheben, auch die Verpflichtung umfasse, für zurückliegende Urteile einen Wiederaufnahmegrund zu schaffen.

¹³⁰ S. Art. 8 der Satzung des Europarats; Art. 6 der Charta der VN. S. auch *Bartsch*, a. a. O. (Fn. 11), S. 1752, betreffend den mehrfach geforderten Ausschluß der Türkei aus dem Europarat.

Kriminalprävention und Sozialkritik im Werk Cesare Beccarias „Über Verbrechen und Strafen“ (1764)

GERHARD DEIMLING

I. Beccarias Empfehlungen zur Verbrechensvorbeugung

Nicht nur für die Kriminalpolitik ist es ein Gemeinplatz, daß Vorbeugen besser sei als Heilen: es gibt heute kaum noch einen Politikbereich, der auf präventive Maßnahmen und Empfehlungen glaubt verzichten zu können. Kriminalpolitisch gilt die Prävention seit langem als Alternative zur staatlichen Strafe, wie ein Blick in einschlägige internationale Bibliographien lehrt. So einleuchtend der Gedanke auch sein mag, daß Vorbeugen besser sei als Strafen, so ist doch eine besonnene Zurückhaltung gegenüber meist undifferenzierten und wissenschaftlich unbegründeten Empfehlungen angebracht.

Hilde Kaufmann stellte im Rahmen einer Tagung der Aktion Jugendschutz im Herbst 1973 die skeptische Frage, ob ein Ersatz der sogenannten Repression durch die Prophylaxe möglich sei oder ob nicht in Wirklichkeit unsere soziale Ordnung eines wohldurchdachten Zusammenspiels von Prophylaxe und Repression bedürfe¹. Obwohl die wissenschaftliche Diskussion über Kriminalprävention ein ehrwürdiges Alter erreicht hat, steht eine Geschichte ihrer Empfehlungen und Maßnahmen, ihrer Erfolge und Mißerfolge sowie der sozialpolitisch-humanitären Ideen noch aus. Ebenso wie die Erforschung der Geschichte der staatlichen Strafe die Reform des Strafvollzugs mittelbar stark beeinflusst hat, könnte auch eine Geschichte der Kriminalprävention einen Beitrag zur Versachlichung der zum Teil euphorisch geführten Diskussion über Vorbeugungsstrategien leisten und zu einer realistischeren Einschätzung prophylaktischer Möglichkeiten führen.

Cesare Beccaria (1738–1794) ist einer der ersten Theoretiker, der sich mit Fragen der Verbrechensvorbeugung befaßt und umfassende Vorschläge zur Eindämmung und Verhinderung des Verbrechens gemacht hat. Bekannt wurde er allerdings weniger durch seine Empfehlungen zur

¹ *Hilde Kaufmann*, Repression oder Vorbeugung? In: *Hilde Kaufmann* (Hrsg.), *Die Kriminalität Jugendlicher und wir. Repression oder Vorbeugung durch Erziehung*, 1974, S. 15.

Kriminalprävention als vielmehr durch seine Kritik des damals in ganz Europa herrschenden Justizwesens, insbesondere der Gesetzgebung, des Gerichtsverfahrens, der Untersuchungshaft, der geheimen Anklagen, der Folter und der Todesstrafe. Seine erst am Ende seines Buches² geäußerten Ideen zur Verbrechensvorbeugung sind als politische Forderungen eines aufgeklärten Denkers an die Adresse eines aufgeklärten Souveräns zu verstehen, die als Summe seiner Justiz-, Staats- und Kulturkritik gelten können.

1. Vorbeugung ist der Hauptzweck einer „guten Gesetzgebung“. „Besser ist es, den Verbrechen vorzubeugen als sie zu bestrafen“ (Alff 148). Mit diesem Satz leitet *Beccaria* sein Präventionsprogramm im 41. Kapitel seines Werks „Über Verbrechen und Strafen“ ein, nachdem schon zuvor im 31. Kapitel im Zusammenhang mit der Erörterung des Kindermordes dessen Verhütung angesprochen worden war: „Die beste Weise der Verhütung bestünde bei diesem Verbrechen in einem wirksamen Schutz der Schwäche vor der Tyrannei, welche die Laster übertreibt, die sich nicht mit dem Mantel der Tugend decken lassen“ (Alff 128). Er hält die damals übliche strafrechtliche Reaktion auf dieses Verbrechen solange für ungerecht und nicht erforderlich, solange „nicht das Gesetz das unter den gegebenen Verhältnissen einer Nation bestmögliche Mittel angewandt hat, um dem Verbrechen vorzubeugen“ (Alff 129).

Beccaria verbindet seine Vorstellungen über Verbrechensvorbeugung und Strafe mit einer Theorie des Staates und der Gesellschaft, die auf der Fiktion des Gesellschaftsvertrags beruht. Für ihn sind Gesetze „die Bedingungen, unter denen unabhängige und isolierte Menschen sich in Gesellschaft zusammenfanden, Menschen, die es müde waren, in einem ständigen Zustand des Krieges zu leben und eine infolge der Ungewißheit ihrer Bewahrung unnütz gewordene Freiheit zu genießen. Sie opferten davon einen Teil, um des Restes in Sicherheit und Ruhe sich zu erfreuen. Die Summe aller dieser Teile von Freiheit, welche für das Wohl eines jeden geopfert wurden, macht die Souveränität einer Nation

² Die folgenden *Beccaria*-Zitate sind der von *Wilhelm Alff* aus dem Italienischen übersetzten und herausgegebenen Ausgabe „Verbrechen und Strafen“, erschienen im Insel-Verlag Frankfurt a. M. 1966, entnommen (zitiert: Alff). Zum Textvergleich wurden außer der von *Marcello Maestro* in der Reihe Feltrinelli Economica StA Milano 1977, herausgegebenen italienischen Fassung, die von *Philip Jacob Flathe* ebenfalls aus dem Italienischen übersetzte und von *Karl Ferdinand Hommel* 1778 (zit.: Hommel) sowie die aus dem Italienischen übersetzte und mit Anmerkungen *Denis Diderots* versehene zweibändige Ausgabe von *Johann Adam Bergk*, 1798 (zit.: Bergk) benutzt. Hilfreich ist auch das von *Karl Esselborn* nach der 1812 in Mailand erschienenen Folio-Ausgabe übersetzte und 1905 in Leipzig herausgegebene Werk *Beccarias* (zit.: Esselborn). Auf weitere deutschsprachige Übersetzungen braucht im Rahmen dieser Abhandlungen wegen der relativ wenigen sinnverändernden Textabweichungen nicht eingegangen zu werden.

aus, und der Herrscher ist ihr gesetzmäßiger Wahrer und Verwalter“ (Alff 51). Das im vorvertraglichen Zustand der Gesellschaft herrschende Gesetz der Selbsthilfe und der Macht des Stärkeren sowie die aus diesem Zustand hervorgehenden Verbrechen und Strafen müssen deshalb auch qualitativ von denen verschieden sein, die in einer Gesellschaft auftreten können, in der die Gesetze „Verträge freier Menschen“ sind (Alff 48).

Der Gedanke, daß sich in der Art der Verbrechen und Strafen der gesellschaftliche und politische Zustand einer Nation widerspiegeln, wurde bereits von *Montesquieu* (1689–1755) in seinem Werk „De l'Esprit des Lois“ (1748) ausgesprochen. Im neunten Kapitel des sechsten Buches heißt es: „Härte der Strafen ist der despotischen Regierung, deren Prinzip der Terror ist, eher gemäß als der Monarchie und der Republik, deren Triebkraft Ehre bzw. Tugend ist“³. *Montesquieu* war es auch, der den Vorbeugungsgedanken unmittelbar mit der Gesetzgebung „maßvoller Staaten“ in Verbindung brachte: „In diesen Staaten läßt es sich ein guter Gesetzgeber nicht so sehr angelegen sein, Verbrechen zu bestrafen als vielmehr ihnen zuvorzukommen. Er wird sich mehr für die Schaffung von Sitten einsetzen als für die Verhängung von Todesstrafen“⁴.

Wenn es bei *Beccaria* weiter heißt, daß es der Zweck einer jeden guten Gesetzgebung sei, „die Menschen zum größtmöglichen Glück oder zum geringstmöglichen Unglück zu führen“ (Alff 148 f) – in der „Einleitung“ heißt es: „Das größte Glück verteilt auf die größte Zahl von Menschen“ (Alff 48) – dann muß noch eines anderen Schriftstellers gedacht werden, dem *Beccaria* diese für die Soziallehre der Aufklärungszeit bedeutsame Formel verdankt, nämlich *Francis Hutcheson* (1694–1746). Von ihm stammt die leicht einprägbare Formulierung „vom größten Glück für die größte Zahl“. So wie bei *Beccaria* taucht sie in vielen anderen zeitgenössischen Schriften der europäischen Philosophie und Nationalökonomie auf und erfährt im Verlaufe nur weniger Jahrzehnte manche eigentümlichen Abwandlungen, die sowohl Ausdruck einer unverkennbaren Resignation angesichts des Ausbleibens der erhofften Verbesserungen als auch eines wiedergewonnenen realistischeren Denkens sind.

Verbrechensvorbeugung ist für *Beccaria* ein zweckrationales Mittel in der Hand des aufgeklärten Gesetzgebers innerhalb eines von Despotismus freien Staates freier Bürger zur Verwirklichung des größtmöglichen Glücks für die größtmögliche Zahl. Nur ein auf Gewaltenteilung beruhender republikanischer Rechtsstaat, den sich die Aufklärer erhofften, kann es sich leisten, der Kriminalprävention den Vorzug vor der Verbre-

³ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 1974, S. 172.

⁴ *Montesquieu*, a. a. O. S. 172. Über die Auseinandersetzung *Beccarias* mit *Montesquieu* siehe *Esselborn*, S. 5 ff.

chensbekämpfung durch Repression zu geben – sofern sich alle Bürger an den von ihnen geschlossenen Vertrag halten.

Verbrechensvorbeugung ist auf einen gerechteren und menschenwürdigeren Zustand der Gesellschaft in der Zukunft ausgerichtet. Deshalb muß der Gesetzgeber nach Möglichkeit alle Umstände voraussehen, die die Erreichung des erwünschten Zustandes behindern oder zunichte machen könnten. Das kann er jedoch nur, wenn er bereit ist, aus den Erfahrungen der Vergangenheit zu lernen. Die „gute Gesetzgebung“ ist für *Beccaria* deshalb eine hohe Kunst, die darauf beruht, die geeigneten Mittel zur Erreichung des erwünschten Zustandes zu kennen und anzuwenden. Diese Kunst ist Staatskunst des „moralischen Politikers“, der im Sinne *Kants* die sittliche Aufgabe wahrnimmt, „den ewigen Frieden, den man nicht bloß als physisches Gut, sondern als einen aus Pflichtanerkennung hervorgehenden Zustand wünscht, herbeizuführen“⁵. *Beccaria* hat – ausgehend von *Montesquieu* – mehr als dreißig Jahre vor *Kant* die Verbrechensvorbeugung als eine zentrale Aufgabe der Politik im allgemeinen und der Kriminalpolitik im besonderen definiert.

2. Verbrechensvorbeugung setzt weltanschauliche Toleranz voraus. Der „gesetzgebenden Klugheit“ des Souveräns entspricht es, nicht alles zu verbieten und mit Strafe zu bedrohen, was Anlaß zu einem Verbrechen sein könnte, denn „es ist unmöglich, die unruhvolle Tätigkeit der Menschen in eine geometrische Ordnung bar der Unregelmäßigkeiten und Verwirrung zu bringen“ (*Alff* 149). *Karl Ferdinand Hommel* (1722–1781) greift diesen Gedanken *Beccarias* zustimmend in seinem Kommentar auf: „Das ist der Fehler unserer Policey Ordnungen, welche den Menschen zu Maschinen machen wollen, die zu gesetzter Zeit schlafen, bethen, essen und trinken sollen, wie man es in Schulen mit den Kindern macht“ (*Hommel* 217). *Beccarias* Forderungen nach weitgehender Entkriminalisierung bestimmter strafbarer Handlungen gründen auf seiner religionskritischen Unterscheidung der Einflußsphären von Kirche und Staat, von staatlichem Gesetz und religiösen Verhaltensvorschriften sowie von „Staatsverbrechen“ und „Religionsvergehen“. *Voltaire* liefert in seinem Kommentar zu *Beccaria* von 1766 die historischen Belege für die unheilvollen Folgen der Vermischung von Staat und Kirche: er klagt die Kirche an, sich der staatlichen Macht zu bedienen, um ihre moralischen Überzeugungen durchzusetzen, und er klagt den Staat an, ungerechte und grausame Strafen für Vergehen zu verhängen, die nicht seiner Jurisdiktion unterstehen. *Beccarias* Forderung, „Religionsvergehen“ aus dem Strafrecht zu eliminieren, fällt in eine Zeit, in

⁵ *Immanuel Kant*, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, in: *Kant Werke*, hrsg. von *Wilhelm Weischedel*, Bd. 9, 1968, S. 239.

der überall in Europa – wenn auch mit unterschiedlicher Intensität und Geschwindigkeit – ein Auseinanderbrechen von geistlicher und weltlicher Macht und ein Auseinanderdriften der Legitimationsgrundlagen geistlicher und weltlicher Herrschaft zu beobachten sind. Das Schisma der in Gesellschaft und Kirche geltenden Moralen wird manifest; die Empörung über die von *Voltaire* vor der Weltöffentlichkeit angeprangerten Bluturteile speist sich aus dem längst zum Anachronismus gewordenen Verhältnis von Staat und Kirche. Verbrechensvorbeugung im Sinne *Beccarias* setzt somit die Entkonfessionalisierung und Entideologisierung des staatlichen Strafrechts und die weltanschauliche Neutralität des Gesetzgebers voraus. Viele Handlungen, die bisher auf Grund kirchlichen Rechts vom Staat unter Strafe gestellt waren, sind für *Beccaria* „indifferente Handlungen“, die nur „für schlechte Gesetze Verbrechen heißen“ (Alff 149). Alle Theokratien und totalitären Staaten mit einer quasireligiösen Ideologie neigen dazu, ihre Untertanen einem Recht zu unterwerfen, das ihnen keine Handlungsalternativen außer den vorgeschriebenen bietet. *Rousseau* hatte zwei Jahre vor *Beccaria* im „Emile“ geschrieben: „Wenn es einen so erbärmlichen Staat in der Welt gibt, in dem niemand leben kann, ohne verwerflich zu handeln, und in dem die Bürger notwendigerweise Schurken werden müssen, dann soll man doch nicht den Übeltäter hängen, sondern den, der ihn zwang, es zu werden“⁶. Der sächsische Hofrat *Hommel* begrüßt mit protestantischer Unbefangenheit und mit unverkennbarem Sarkasmus die Forderungen *Beccarias* in seiner „Vorrede über Verbrechen und Strafen“: „Gottes Gerichte und menschliche Gerichte sind heterogene Dinge, und so schwerlich, wie Wasser und Oel, miteinander zu vermischen, weil ihre Bestandtheile und ihre Quellen verschiedentlich. Die Quelle, woraus menschliche Strafgesetze fließen, ist einzig und allein die Gröse des Unheils, welches ein Verbrechen dem Nächsten oder der ganzen Republik verursacht. Wer dieses nicht wohl unterscheidet, der errichtet ein Lehrgebäude, ähnlich dem, welches Horaz verlachtet:

Fürwahr ein artig Bild! Es steht ein Menschenkopf
 Auf eines Pferdes Hals: den dicken Vogelkropf
 Bedeckt ein bunder Schmuck von farbigem Gefieder;
 Hernach erblicket man verschiedner Thiere Glieder.
 Von oben zeigt ein Weib ihr schönes Angesicht
 Von unten wirds ein Fisch. Ihr Freunde lacht doch nicht!⁷

3. Der Wille des „guten Gesetzgebers“ als Repräsentanten der vertraglich miteinander verbundenen Bürger äußert sich in einfachen und klaren

⁶ *Jean-Jacques Rousseau*, Emil oder Über die Erziehung, in neuer deutscher Fassung besorgt von *Josef Esterhues*, zweite Auflage, 1962, S. 208.

⁷ *Hommel*, S. XXI f.; siehe auch *J. A. Bergks* Kommentar Bd. 1, S. 312.

Gesetzen. Nach *Beccarias* Ansicht hat der gute Gesetzgeber die Pflicht, die Bürger des Staates anzuhalten, sich aktiv für die allgemeine Anerkennung des Gesetzes einzusetzen. Dadurch identifizieren sie sich leichter mit „ihrem“ Staat und geben ihrer gegenseitigen Verbundenheit durch Steigerung des Verbindlichkeitsgrades ihrer Rechtsordnung Ausdruck. Die Gesetze sind um so verbindlicher, je mehr sie jedem einzelnen Bürger wegen ihrer Einfachheit und Klarheit als gerecht erscheinen. Sie besitzen eigene Würde und Legitimität; ihre Verletzung muß jedem Bürger als Frevel gelten. Indem der Einzelne erkennt, daß es moralisch wertvoll ist, rechtlich korrekt zu handeln, wächst seine Bereitschaft, die Gesetze nicht nur zu respektieren, sondern auch zu verteidigen. Die Verteidigung der Gesetze durch die Bürger ist für *Beccaria* ein wirksames Prophylaktikum gegen deren latente Neigung, Verbrechen zu begehen. An die Adresse des Souveräns gerichtet fordert er daher: „Ihr wollt den Verbrechen vorbeugen? Dann sorget dafür, daß die Gesetze klar und einfach sind, die ganze Macht der Nation sich auf ihre Verteidigung konzentriert und kein Teil auf ihre Zerstörung verwendet wird“ (*Alff* 149 f).

4. Der „gute Gesetzgeber“ beugt den Verbrechen vor, indem er dafür sorgt, daß die Gesetze keine Kollektive (Stände, Klassen), sondern das menschliche Individuum begünstigen. Es entspricht *Beccarias* Auffassung vom Gesellschaftsvertrag, daß das menschliche Individuum auch nach dem partiellen Freiheitsverzicht im „pactum sociale“ ein eigenständiges Rechtssubjekt bleibt. Seine Rechte stützen sich nicht auf seine Zugehörigkeit zu einem der privilegierten Stände, sondern auf seinen persönlichen Entschluß, dem Kampf aller gegen alle zu entsagen und mit den anderen Vertragspartnern in Frieden und Eintracht zusammenzuleben. In der freiwilligen Anerkennung der Gesetze durch das Individuum findet der Selbstrespekt des Rechtssubjekts seinen angemessenen Ausdruck. Die zwingende Macht des Gesetzes beruht darum nicht auf der Macht eines einzelnen Potentaten oder einer privilegierten Klasse, sondern auf der selbst gewollten Bindung an den Gesellschaftsvertrag. *Beccaria* glaubt, daß der Mensch, der sich dem Gesetz verpflichtet weiß, unvernünftig handeln würde, wenn er es bräche: er gehorcht also nicht aus Furcht vor Menschen, sondern aufgrund der Einsicht in die Notwendigkeit einer von ihm selbst mitgestalteten sozialen Lebensordnung. *Beccaria* appelliert deshalb an den Gesetzgeber: „Sorget dafür, daß die Menschen die Gesetze, und sie allein, fürchten. Die Furcht vor dem Gesetz ist heilsam, doch verhängnisvoll und trüchig von Verbrechen ist die Furcht von Mensch zu Mensch. Geknechtete Menschen sind genußsüchtiger, ausschweifender, grausamer denn freie Menschen“ (*Alff* 150). Damit dieser Appell bei den Individuen Gehör findet, muß der Souverän

allerdings gewisse Vorkehrungen treffen, die *Beccaria* an anderer Stelle (s. u.) erläutert.

5. Unberechenbarkeit und Unzuverlässigkeit der Gesetze verursachen je nach Staatsverfassung und geographisch-klimatischer Lage der Nation unterschiedliche Wirkungen in bezug auf Art und Häufigkeit der Verbrechen. Wie sehr *Beccaria* auch an dieser Stelle unter dem Einfluß *Montesquiens* steht, wird deutlich, wenn man zum Vergleich das 14. Buch „Vom Geist der Gesetze“ heranzieht. *Montesquieu* formuliert seinen Grundgedanken wie folgt: „Wenn wirklich die Geisteshaltung und die Leidenschaften des Herzens unter andersartigem Klima äußerst unterschiedlich sind, müssen die Gesetze sowohl dem Unterschied dieser Leidenschaften als auch dem Unterschied dieser Haltungen entsprechen“⁸. Die folgenden Bemerkungen *Beccarias* sind nur unter der Voraussetzung der Kenntnis der für die Sozialphilosophie des 18. und 19. Jahrhunderts folgenreichen Gedanken *Montesquiens* verständlich. *Adolphe Quételet* (1796–1854) hat diesen Gedanken in seiner „*Physique sociale*“ (1835) ebenso wie einige Moralstatistiker des 19. Jahrhunderts aufgegriffen und das Klima hypothetisch als einen variablen Faktor in die kriminalätiologische Forschung aufgenommen. Erst *Emile Durkheim* (1858–1917) hat später im „*Suicide*“ (1897) die wissenschaftliche Unhaltbarkeit dieser für lange Zeit populären Auffassung – zumindest in Bezug auf den Selbstmord – nachgewiesen⁹. Für *Beccaria* jedenfalls stand außer Frage, daß unklare und unzuverlässige Gesetze je nach Klima und Nationalcharakter in der einen Nation Trägheit und Dummheit, in einer anderen Ränke, Intrigen, Verrat und Heuchelei begünstigen. Nur eine „kühne und starke Nation“ vermag die Unzuverlässigkeit der Gesetze zu beseitigen, muß aber „zunächst viele Schwankungen von der Freiheit zur Knechtschaft und von der Knechtschaft zur Freiheit“ in Kauf nehmen (*Alff* 150). *Beccaria* schien mit *Montesquieu* darin überein zu stimmen, daß auch außersoziale Faktoren die Chancen der Kriminalprävention beeinflussen können.

6. Die Verbreitung von Aufklärung und Freiheit ist ein wirksames Mittel der Verbrechensvorbeugung. Aufklärung bedeutet für *Beccaria* in der philosophischen Tradition *Francis Bacons* (1561–1626)¹⁰ und in Übereinstimmung mit den französischen Enzyklopädisten in erster

⁸ *Montesquieu*, a. a. O. S. 255.

⁹ *Emile Durkheim*, *Der Selbstmord*. Mit einer Einleitung von *Klaus Dörner* und einem Nachwort von *René König*, 1973, S. 100–123.

¹⁰ Das seinem Buch vorangestellte Motto stammt von *Francis Bacon* und lautet übersetzt: „Gerade bei den schwierigsten Unternehmungen darf man nicht erwarten, daß einer zugleich säe und ernte, sondern es bedarf der Vorbereitung, damit sie allmählich heranreifen“.

Linie Vermittlung von empirischem Wissen über naturwissenschaftliche, politische, soziale und wirtschaftliche Zusammenhänge. Aufklärung, wie er sie versteht, ist politische Bildung, die zum Feldzug gegen die „verleumderische Unwissenheit“, gegen Betrug, Aberglauben und illegitime Herrschaft antritt. Je mehr sich das Wissen ausbreitet, desto mehr verschwinden nach *Beccarias* Ansicht die gesellschaftlichen Übel, und das Gute gewinnt Oberhand. Für ihn besteht ein direkter Kausalzusammenhang zwischen Wissen und Moral: nur der Unwissende ist anfällig für Verführung und Blendwerk, der Wissende dagegen handelt sittlich gut aus Einsicht in die wirklichen Zusammenhänge des sozialen und politischen Lebens. Zu diesem Wissen gehört auch die Kenntnis der Rechtsordnung und das Vermögen, zwischen dem vom Despoten gewaltsam oktroyierten Unrecht und dem durch den Gesellschaftsvertrag geschaffenen Recht zu unterscheiden. Aufklärung durch Wissen befreit von der „ihrer Vernunftgründe entkleideten Autorität“ (*Alff* 151) und hilft zu einer eigenverantwortlichen Lebensführung. Sie fördert die Kritikfähigkeit und Mündigkeit des Individuums und dient damit unmittelbar der Vorbeugung von Unfreiheit als dem eigentlichen Nährboden aller Verbrechen.

7. Verbrechensvorbeugung ist nur möglich, wenn sich die Wissenschaften frei entfalten können. Gute Gesetze haben den Zweck, die Wissenschaften zu fördern und dadurch die Zahl der aufgeklärten und freien Menschen zu vermehren. *Beccaria* sieht sich aus einem im Text nicht näher angegebenen Grunde offensichtlich zu einer Apologie der Wissenschaften genötigt, wenn er schreibt: „Es ist nicht wahr, daß die Wissenschaften stets für die Menschheit schädlich gewesen sind, und wenn sie es waren, so war es ein für die Menschen unvermeidbares Übel“ (*Alff* 151). Lange vor *Auguste Comtes* (1798–1857) Drei-Stadien-Gesetz entwickelte er zum Zwecke der Verteidigung der Wissenschaft eine rudimentäre geschichtsphilosophisch-wissenssoziologische Phasentheorie wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritts: dieser beginnt nach einem lang andauernden Urzustand der Ungeselligkeit der Menschen in dem Augenblick, in dem „Wohltäter der Menschen“ andere Menschen „zum Staunen zu bringen wagten und die gefügige Unwissenheit zu den Altären führten“ (*Alff* 152). Erst die durch Staunen und Wißbegier entfachten Leidenschaften machten aus wilden Völkern Nationen, das Streben nach Wissen war das einigende Band der Menschen. Wissenschaft und Gesellschaft entstanden zum gleichen Zeitpunkt; erst durch Wissenschaft kam die Gesellschaft zu ihrem Bewußtsein¹¹. Das erste

¹¹ Die Furcht *Beccarias* vor der Zensur veranlaßte ihn vermutlich zu folgender Bemerkung: „Ich spreche nicht von jenem durch Gott erwählten Volke, für das die außergewöhnlichsten Wunder und die offensichtlichsten Gnaden die Stelle menschlicher Politik einnahmen“ (*Alff* 152).

Stadium der Wissenschafts- und Gesellschaftsentwicklung war allerdings – verglichen mit dem fiktiven Urzustand – durch Fanatismus, Verblendung und Irrtum der Menschen gekennzeichnet. Alle Übel dieser Epoche waren aber auf dem Wege der Menschheit von der „Finsternis der Unwissenheit zum Lichte der Philosophie und von der Tyrannei zur Freiheit“ (*Alff* 153) unvermeidlich. „Die zweite Epoche besteht in dem schwierigen und furchtbaren Übergang von den Irrtümern zur Wahrheit, von der Finsternis, deren man sich nicht bewußt ist, zum Lichte“ (*Alff* 152). „Furchtbar“ war dieser Übergang, weil die Erkenntnis lieb gewordener Irrtümer sowohl für die Mächtigen als auch für die Schwachen schmerzlich war. Während dieser drangvollen Periode der beginnenden Aufklärung setzt die „Entzauberung der Welt durch Wissenschaft“ (*Max Weber*) ein: wenn auch – wie *Beccaria* meint – die neuen Erkenntnisse manche Beschwerden bereiten mögen, so sind sie doch nicht schädlich, sondern dem Gemeinwesen wie dem Individuum außerordentlich nützlich. „Der aufgeklärte Mensch (ist) das kostbarste Geschenk, das der Nation und sich selber ein Fürst machen kann, der ihn zum Verwalter und Hüter der unverletzlichen Gesetze bestellt“ (*Alff* 153). Die Förderung der Wissenschaften durch den Souverän wird darum zu einem indirekt wirkenden Mittel der Verbrechensvorbeugung, weil sich der durch die Wissenschaften aufgeklärte Mensch nach der Wahrheit sehnt und sie nicht fürchtet; weil er frei ist vom Diktat vermeintlicher Bedürfnisse, asketische Selbstzucht übt und die eigene Nation als „eine Familie brüderlicher Menschen“ betrachtet, zwischen denen der vertikale soziale Abstand um so geringer wird, „je größer die Masse der Menschheit ist, die ihm vor Augen steht“ (*Alff* 154).

Hommel hatte *Beccarias* Apologie der Wissenschaften zum Anlaß genommen, einen eigenen Beitrag zur Entmythologisierung der Religionen zu leisten, auf deren Konto nach seiner Ansicht in der Vergangenheit viele Grausamkeiten und Ungerechtigkeiten gehen. Er geht in seiner Religionskritik allerdings über *Beccaria* hinaus und erkennt, daß der Mensch „wegen der ihm beywohnenden Furcht ein abergläubisches Thier ist“ (*Hommel* 220) und die vielen Religionen nichts anderes als veränderliche Derivationen des konstanten Residuums menschlicher Furcht sind. Er empfiehlt daher, sich dieser „Schwachheit“ des Menschen mittels einer List zu bedienen, um die Tugend zu fördern und den Menschen zur Rechtschaffenheit zu führen. *Johann Adam Bergk* (1769–1834) pflichtet in seinen Anmerkungen (*Bergk* 316 f) ebenfalls *Beccaria* bei, unterstreicht aber besonders den Nutzen der Wissenschaft, demgegenüber die geringeren Übel, die die Aufklärung mit sich bringt, bedeutungslos sind.

8. Die Reform der Gerichtsverfassung ist ein weiteres unverzichtbares

Mittel der Verbrechensvorbeugung. *Beccarias* Empfehlungen zur Reorganisation des „zum Vollzug der Gesetze berufenen Kollegiums“ (*Alff* 154) sind allerdings sehr unpräzise. Erst sein jüngerer Zeitgenosse *Gaetano Filangieri* (1752–1788) hat in seinem „System der Gesetzgebung“ (1784 ff) die Neuordnung des Gerichtsverfahrens ausführlich dargelegt und begründet. Er erkannte – ähnlich wie *Beccaria* – als Haupthindernis für eine durchgreifende Reform die „feudale Gerichtsbarkeit“, die einer Verbesserung des Strafverfahrens im Wege steht. *Beccaria* beschränkt sich lediglich auf die Forderung, die Zahl der Mitglieder eines Richterkollegiums zu erhöhen, weil nach seiner Ansicht die größere Zahl der an einem Verfahren beteiligten Richter die Gefahr der „Anmaßung gegenüber dem Gesetz“ verringert und „weil Bestechung schwieriger ist bei Mitgliedern, die sich gegenseitig beobachten“ (*Alff* 154). Außerdem vermag nach seiner Ansicht die Furcht des Bürgers vor dem „Gepränge und Pomp“ des Souveräns und seiner Gerichtsbehörden die Ehrfurcht des Bürgers vor dem Gesetz nicht zu befördern.

9. Die „Belohnung der Tugend“ ist für *Beccaria* ein zu selten angewandtes Mittel zur Vorbeugung gegen das Verbrechen. Er vertrat offensichtlich wie viele seiner Zeitgenossen eine deterministische Auffassung vom menschlichen Willen, wonach menschliches Handeln nicht nur durch negative, sondern auch durch positive Sanktionen gelenkt werden kann. Tugendhaftes Handeln geschieht dann aber nicht um innerer Pflicht des Handelnden, sondern um der in Aussicht gestellten Belohnung willen. Die „von der wohlthätigen Hand des Fürsten verliehenen Preise“ sind für *Beccaria* jedoch wirkungsvolle Anreize von höchster kriminalpräventiver Relevanz. Man hat später versucht, diesen Ansatz *Beccarias* – allerdings ohne sich auf ihn zu berufen – in der Kriminalpädagogik, in der Verhaltenstherapie und in der psychologischen Verhaltensforschung zu nutzen. *Elizabeth Fry* wandte Belohnungen als pädagogisches Mittel im Frauenstrafvollzug im New Gate Prison in London an; bekannt ist auch das „Markensystem“ des Engländers *Alexander Maconochie* (1787–1860), der es bei Deportierten auf einer Sträflingsinsel Tasmaniens erfolgreich anwandte¹².

Der von der *Kant'schen* Pflichtethik beeinflusste *Johann Adam Bergk* äußerte sich als erster kritisch zu *Beccarias* Vorschlag: „Die Tugend darf nie belohnt werden, wenn sie nicht ihren eigenthümlichen Charakter und ihre innere Würde verlieren soll. Ihr Charakter ist Uneigennützigkeit und ihre Würde ist ohne allen Preis. Tugendhafte Handlungen sind eine Gewissenspflicht und warum soll das bezahlt werden, was die Pflicht des Menschen an und für sich fördert? Man erzeige der Tugend

¹² Siehe hierzu: *John Vincent Barry, Alexander Maconochie*, Melbourne 1958.

nur die gehörige Achtung (die innere kann ihr kein Sterblicher verweigern) und trete tugendhafte Männer nicht zu Staub, dann wird schon die Tugend triumphieren“ (*Bergk* 322). *Hommel* dagegen stimmt *Beccaria* ohne Einschränkung zu und führt als Beleg für die Richtigkeit seiner Auffassung ein allerdings weit hergeholtes Beispiel¹³ für die Belohnung der Keuschheit an, die nachhaltigere Wirkungen hervorgebracht habe als die infamierenden „Hurenstrafen“ seiner Zeit. Bedauernd bemerkt er jedoch: „Belohnungen würden mehr ausrichten, aber sie kosten Geld“ (*Hommel* 230).

10. Das sicherste, aber zugleich auch schwierigste Mittel der Verbrechensvorbeugung ist nach *Beccarias* Ansicht schließlich die Vervollkommnung der Erziehung. Ebenso wie innerhalb eines Staates zwischen der Art der Strafen und der Art der Regierung eine nahe Verwandtschaft besteht, so besteht eine solche auch zwischen der Erziehung und der „Natur der Regierung“ (*Alff* 155). Die wechselseitige Abhängigkeit von Politik und Erziehung, von Politik und Strafrechtspflege sowie von Strafrechtspflege und Erziehung liegt für *Beccaria* auf der Hand. Er steht auch hinsichtlich seiner hohen Einschätzung des erzieherischen Einflusses auf den gesellschaftlichen und staatlichen Zustand in der geistesgeschichtlichen Tradition *Montesquieus*, der im IV. Buch „Vom Geist der Gesetze“¹⁴ die unterschiedlichen Erziehungsprinzipien behandelt, die der Despotie, der Monarchie und der Republik zugrundeliegen. Eine despotische Regierung kommt – um sich selbst zu erhalten – nicht umhin, zu blindem Gehorsam zu erziehen: sie muß die Unwissenheit der Gehorchenden erhalten und weiß ihre Untertanen nur mittels Terrors zu bändigen. Die Monarchie legt Wert auf die Erziehung des „honnête homme“, dem Galanterie, Ränke und List, Augendienerei, Höflichkeit, Hochmut und Erlesenheit des Geschmacks als Zeichen seiner Anpassung an die höfischen Sitten dienen. Der Entzug der Ehre als dem höchsten Wert ist ihre spezifische Sanktion; der Verlust der Ehre wird mehr gefürchtet als der Verlust des Lebens. Die Republik schließlich erzieht ihre Bürger zur „politischen Tugend“, sie fordert die „Liebe zu den Gesetzen und zum Vaterland“¹⁵ und verhängt im äußersten Fall, wenn präventive Mittel nicht mehr ausreichen, nur solche Strafen, die auf Gesetzen beruhen und dem Schweregrad des Verbrechens entsprechen. Strafen dieser Art sind für *Beccaria* „politische Hemmungen“

¹³ Es bezieht sich auf das Rosenfest des französischen Bischofs *Medardus von Noyon* (gestorben vor 561), auf dem alljährlich ein Mädchen mit tadellosem Lebenswandel geehrt und mit einer ansehnlichen Aussteuer bedacht wurde.

¹⁴ *Montesquieu*, a. a. O., S. 130–137.

¹⁵ *Montesquieu*, a. a. O., S. 136.

(Alff 61), die die zerstörerischen Kräfte des Menschen zügeln und in eine Richtung lenken sollen, die der Gesellschaft nützlich ist.

Beccaria führt diesen Gedanken *Montesquieus* über die wechselseitige Bedingtheit und Abhängigkeit von Politik und Erziehung in seinem Werk – wohl aus Furcht vor der Zensur- und vor Repressalien¹⁶ – nicht weiter aus, sondern begnügt sich mit Andeutungen, die keinen Zweifel daran lassen, welcher Regierungsform und welcher Art von Erziehung er den Vorzug gibt. Ungenannt bleibt auch der Name des „großen Mannes“, „welcher die Menschheit aufklärt, die ihn verfolgt“¹⁷. Zweifellos hatte *Beccaria* *Jean Jacques Rousseau* im Sinn, dessen Werk „*Emile, ou de l'éducation*“ (1762) unmittelbar nach seinem Erscheinen vom Obersten Gerichtshof in Frankreich und vom Erzbischof von Paris sowie am 6. Oktober 1763 in Rom verurteilt und auf den Index librorum prohibitorum gesetzt worden war. *Beccaria* erhoffte sich von der Verbreitung und Anwendung der *Rousseau*'schen Pädagogik eine kriminalpräventive Wirkung auf die heranwachsende Jugend, indem sie sie „auf dem leichten Wege des Gefühls zur Tugend zu ermuntern und auf dem nicht zu verfehlenden Wege der Einsicht in die Notwendigkeit und die unangenehmen Folgen vom Bösen abzulenken“ vermag (Alff 156).

Das Hauptmittel der von *Beccaria* so gepriesenen „wahrhaft nützlichen Erziehung“ ist der Unterricht, wie ihn *Rousseau* am Beispiel der Erziehung und des Unterrichts Emils vorstellt: der Heranwachsende soll eigene Erfahrungen im Umgang mit der Welt machen und keinen anderen Lehrer als die Natur in ihrer unverfälschten Ursprünglichkeit haben¹⁸. Er soll „die Wissenschaft nicht lernen, sondern selbst finden“¹⁹. Bei seinen Auseinandersetzungen mit der Wirklichkeit muß er sich von seinen Sinnen leiten lassen; „kein anderes Buch als die Welt und kein anderer Unterricht als der durch die Tatsachen“²⁰ kann ihn wirklich bilden: „Die Sachen! Die Sachen! Ich kann es nicht genug wiederholen, daß wir den Worten zu viel Bedeutung beimessen. Mit unserer schwatzhaften Erziehungsmethode erziehen wir nur Schwätzer“²¹. Der neue

¹⁶ *Esselborn* zitiert (S.20) einen Brief *Beccarias* an seinen französischen Übersetzer *Morellet*, der ihm die „Dunkelheit des Ausdrucks“ an einigen Stellen seines Werks vorgehalten hatte. Er gibt darin zu verstehen, welches seine persönlichen Gründe waren, die es ihm angeraten erscheinen ließen, vorsichtig zu sein: „Ich habe die Wahrheit verteidigen wollen, ohne ihr Märtyrer zu werden.“

¹⁷ Alff 155. In den ersten deutschsprachigen Übersetzungen sowohl aus dem Italienischen als auch aus dem Französischen fehlt der Hinweis auf den Verfasser des „*Emile*“; erst in der Ausgabe *Berges* von 1798 kommt der Name *Jean-Jacques Rousseau* vor (*Bergk* 323).

¹⁸ *Jean-Jacques Rousseau*, *Emil oder über die Erziehung*, a. a. O., S. 144.

¹⁹ *Rousseau*, a. a. O., S. 175.

²⁰ *Rousseau*, a. a. O., S. 175.

²¹ *Rousseau*, a. a. O., S. 190.

Mensch, wie ihn *Rousseau* und *Beccaria* als tugendhaften Bürger einer künftigen republikanischen Gesellschaft sehen, hat sich von den Irrtümern und Vorurteilen der Überlieferung befreit: „Er ist nicht durch die Menschen, sondern durch die Natur gebildet“²², er hat die „Nachahmungen durch die Urbilder sowohl der moralischen als auch der Naturerscheinungen“²³ (*Alff* 155) ersetzt. Er handelt aus Freiheit in Übereinstimmung mit den Gesetzen und bedarf zu seiner rechtlich korrekten Lebensführung nicht mehr der Strafdrohung des Staates. *Beccaria* plädiert in kriminalpräventiver Absicht für eine Art „Curriculum-Reform“: „Der Unterricht hat weniger in einer unfruchtbaren Menge von Gegenständen zu bestehen als in der Auswahl und Genauigkeit derselben“ (*Alff* 155). Seine Empfehlungen zur Verbrechensprophylaxe durch Erziehung und Unterricht zielen primär auf das Erlernen antikrimineller Verhaltensmuster (*E. H. Sutherland*) durch den unbescholtenen Bürger ab. Sie können jedoch sekundär auch als Maxime der „Erziehung des Rechtsbrechers“ durch organisierten Gefängnisunterricht als Mittel der Rückfallprophylaxe verstanden werden²³.

II. Beccarias Auffassungen vom Wesen des Verbrechens

Die Empfehlungen *Beccarias* zur Kriminalprävention beruhen freilich nicht auf einer expliziten Verbrechenstheorie; Ansätze zu einer empirisch-methodischen Erforschung der Verbrechensursachen sind in seinem Werk noch nicht erkennbar. Ihm geht es in erster Linie um die Beseitigung der grausamen Strafen, der Folter und der Strafwillkür der Gerichte. Seine Klassifikation der Verbrechen (*Alff* 65 ff) orientiert sich deshalb nicht an den individuellen Motiven des Straftäters, nicht an dessen psychischen und sozialen Merkmalen und differenziert nicht nach dessen Alter und Geschlecht; die Art der Delikte und die Rückfallhäufigkeit bestimmter Delinquenten spielen noch keine Rolle. Seinen kriminalanthropologischen Vorstellungen liegt das abstrakte Bild des alters- und geschlechtslosen, mit Sinnlichkeit und Vernunft ausgestatteten menschlichen Wesens zugrunde. Seine Einteilung der Verbrechen und Strafen richtet sich ausschließlich nach dem Maßstab des Schadens, der der Gesellschaft durch ein Verbrechen zugefügt wird (*Alff* 65). Das größte Verbrechen stellt für ihn der Anschlag „auf die Sicherheit und Freiheit der Bürger“ dar (*Alff* 68). Ein solches Verbrechen begeht, wer durch sein Handeln den Gesellschaftsvertrag und damit die Legitimationsbasis des Staates außer Kraft zu setzen versucht. Für diesen beson-

²² *Rousseau*, a. a. O., S. 284.

²³ Siehe hierzu: *Thomas Würtenberger, Cesare Beccaria (1738–1794) und sein Buch „Verbrechen und Strafen“ (1764) in: Zeitschrift für Strafvollzug, 1964, S. 127–134.*

deren Fall hält *Beccaria* auch die Todesstrafe als den „rechten und einzigen Zügel“ für zulässig, „um die anderen von der Begehung des Verbrechens abzuhalten“ (*Alff* 111). Im übrigen jedoch soll der Bürger wissen, „daß er alles tun kann, was dem Gesetz nicht entgegen ist, ohne eine andere Mißhelligkeit zu befürchten als die aus der Handlung selber möglicherweise hervorgehende; dieses Wissen ist der politische Lehrsatz, auf den die Völker sich stützen und der von den höchsten Behörden unter untadeliger Wahrung des Gesetzes verkündigt werden sollte: ein unantastbarer Lehrsatz, ohne den es keine legitime Gesellschaft geben kann“ (*Alff* 67)²⁴.

Beccarias Vorstellungen über Verbrechen und Strafen beruhen ebenso wie seine Auffassungen zur Verbrechensvorbeugung auf seiner politischen Philosophie von Staat und Gesellschaft und sind daher nur mittelbar von kriminologischer Relevanz. Seine erst in Ansätzen erkennbare Verbrechenstheorie ist faktisch eine verschlüsselte Kritik der Macht- und Herrschaftsverhältnisse seiner Zeit. Sein weitreichendes Programm der politischen und gesellschaftlichen Reform erscheint aus Gründen der Umgehung der Zensur im weniger anstößigen Gewand der „menschenfreundlichen“ Verbrechensvorbeugung, gegen das auch seine schärfsten Kritiker keine Argumente vorzubringen wissen. Dabei hat er nicht den Straftäter, sondern den Inhaber der staatlichen Macht, nicht das vor Straffälligkeit zu bewahrende Individuum, sondern den zur Verwirklichung des „größten Glücks für die größte Zahl“ verantwortlichen Gesetzgeber im Visier. Verbrechen sind ein im Prinzip vermeidbares Unglück sowohl für den Täter als auch für das Opfer und für die Allgemeinheit. *Beccaria* sieht die Ursachen für dieses Unglück erstens in einer schlechten, d. h. unvernünftigen, unaufgeklärten Gesetzgebung, die die Zahl der mit Strafe bedrohten Handlungen vermehrt, anstatt sie zu vermindern, die widersprüchliche, unklare und unzuverlässige Gesetze produziert, die die unveräußerlichen Rechte des Individuums mißachtet und die Furcht zwischen den Menschen steigert. Eine weitere Ursache dieses Unglücks ist die korrupte Rechtsprechung, die Unkontrollierbarkeit der Gerichtsverfahren, das Denunziantentum bei geheimen Anklagen und die Käuflichkeit der Richter. Die dritte Quelle des Unglücks ist schließlich das völlige Fehlen oder die unentschuld bare Vernachlässigung der Aufklärung aller Bürger durch Erziehung, Unterricht und Wissenschaft. Der Staat, dessen Souverän die Quellen des Verbrechens nicht verstopft, ist daher selbst Urheber des Verbrechens; man kann niemanden als ihn selbst für dieses Unglück verantwortlich

²⁴ *Beccaria* folgt auch hier der Auffassung *Rousseaus*, daß eine Strafe immer als „natürliche Folge böser Handlungen“ empfunden werden muß. Siehe hierzu *Rousseau*, a. a. O., S. 90.

machen. Eine erfolgreiche Verbrechensprophylaxe erfordert deshalb auf der Grundlage seiner kriminalätiologischen Einsichten die radikale Veränderung der politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse und die Umwandlung der Despotie in eine Republik. Von *Beccarias* Werk, fünfundzwanzig Jahre vor dem Sturm auf die Bastille veröffentlicht, gingen zweifellos starke Impulse zur Förderung sozialkritischer Doktrinen bis in die Gegenwart aus: radikale Gesellschaftsveränderung ist seitdem ein in immer neuen Variationen favorisiertes Programm der Kriminalprävention, dessen Realisierungsversuche der systematischen und kritischen Erforschung bis heute noch nicht unterzogen worden sind.

III. Repression oder Vorbeugung – Eine Alternative?

Beccarias Vorschläge zur Kriminalprävention bleiben trotz der Abstraktheit ihrer Formulierungen und trotz des geringen Praxisbezugs ein wichtiges Dokument der gesellschafts- und kriminalpolitischen Neuorientierungen jener Epoche des politischen und sozialen Umbruchs und Wertwandels im ausgehenden 18. Jahrhundert. Der appellative Charakter seiner Schrift, die feierliche Sprache und die „rhapsodische“ Gedankenführung haben seine Zeitgenossen und viele Nachgeborenen bis in unsere Gegenwart in einen unwiderstehlichen Bann geschlagen, obwohl es auch nicht an einzelnen kritischen Stimmen gefehlt hat, die gerade vor der ambivalenten Wirkung seiner rhetorisch-effektvollen, apodiktischen Erklärungen gewarnt haben²⁵. *Beccaria* war wie viele seiner philosophischen Zeitgenossen vom alles durchdringenden Geist der Aufklärung geprägt. Er erhob im Namen der Ideale der Menschlichkeit, der Freiheit und der Toleranz seine Stimme gegen die Unmenschlichkeit und Barbarei der staatlichen Strafen. Von ihm gingen zahlreiche Anregungen zum Entwurf einer rationalen Kriminalpolitik im Sinne einer durchgreifenden Rechts-, Sozial- und Kulturreform in ganz Europa aus. Schon zu seinen Lebzeiten wurde sein Werk von *Hommel* mit einem gewissen Recht als „unsterblich“ bezeichnet. Seine kriminalpräventiven Forderungen sind als das eigentliche Ergebnis einer kritischen Analyse der gesamten Strafrechtspflege seiner Zeit anzusehen. Die staatliche Strafe hatte für ihn in einem zukünftigen republikanischen

²⁵ Schon in der ersten deutschen Rezension seines 1764 in „Monaco“ (Livorno) anonym erschienenen Werks wird auf diesen Sachverhalt hingewiesen: „Der Verfasser ist ein scharfsinniger Mann, der den Vortrag und die Sprache in seiner Macht hat“ (Göttingische Anzeigen von gelehrten Sachen, viertes Stück, 9. Januar 1766, S. 22). Ein anderer Rezensent hebt 16 Jahre später ebenfalls die „feyerliche Sprache“ und den „feyerlichen Periodengang“ des „rhapsodischen Werkchens“ hervor (*Johann Heinrich Christian von Selchow*, Juristische Bibliothek, Göttingen 1780, S. 633 f).

Staat nur noch als allerletztes Mittel eine Berechtigung, das sich eines Tages von selbst überflüssig macht. Er hat mit seiner Abhandlung eine der großen, zu immer neuen Spekulationen anregenden Utopien entworfen, deren Realisierung aber trotz immer neuer Anläufe bis heute noch aussteht und vermutlich immer wieder an der „ärgerlichen Tatsache“ scheitern wird, daß der Mensch nicht nur ein vernunftgeleitetes Wesen ist, das sich aus Einsicht in die Notwendigkeit selbst den geltenden Gesetzen der Vernunft unterwirft.

In einer Laienpredigt „Über das Gesetz“ hat *Hilde Kaufmann* eine ganz andere Dimension des Rechts aufgezeigt, die *Beccaria* nicht oder nicht mehr erkennen konnte, weil ihm durch das menschenverachtende Handeln der damaligen Amtskirche im absolutistischen Staat der Blick dafür verstellt war: „Erst die Liebe macht den eigentlichen Kern der Gesetze aus, so sehr, daß nach manchen Stellen des Neuen Testaments das Gesetz als überflüssig erscheint, nicht, weil es außer Kraft gesetzt wäre, sondern weil es durch die Liebe in einer viel tieferen, volleren Weise erfüllt werden soll und weil man auf die einzelnen gesetzlichen Formulierungen verzichten könnte. Das aber ist der Sinn des paulinischen Satzes, daß alle Gesetze zusammengefaßt seien in dem einen Gebot der Liebe“²⁶.

Die Reform des Strafvollzugs ist in den vergangenen Jahrhunderten manche verschlungenen und dunklen Wege gegangen: zweifellos haben unbestechliche Beobachter und Analytiker des bestehenden Strafsystems vom Schläge *Beccarias* einen entscheidenden Anteil an der Humanisierung des Strafrechts und an der schrittweisen Substitution der Strafe durch präventive Maßnahmen im Vorfeld der Kriminalität gehabt, aber die unmittelbare Hilfe für den Rechtsbrecher in seiner konkreten Notlage ging stets von solchen Menschen aus, die das christliche Liebesgebot allen anderen Gesetzen überordneten und sich anschickten, die „Utopie der Liebe“ unter Einsatz ihres eigenen Lebens zu verwirklichen. So verhielt es sich bei *Bischof Ridley*, als er 1551 nach einer Predigt in Westminster bei *Edward VI.* von England für eine Milderung der grausamen Bestrafung von Straftätern und für deren Erziehung in *Bridewell* eintrat²⁷, als sich *Friedrich von Spee* als Seelsorger der zum Tode Verurteilten mit seiner *Cautio Criminalis* von 1631 gegen Hexenwahn und Hexenprozesse wandte, als *John Howard* die englischen und kon-

²⁶ *Hilde Kaufmann*, Predigten eines Laien, 1974, S. 86.

²⁷ *Grafton's Chronicle; Or, History of England to which is added his table of the Bailiffs, Sheriffs and Mayors, of the City of London. From the year 1189, to 1558, inclusive.* In two volumes, Vol. 1-2, London 1809, S. 529 ff.

tinentaluropäischen Gefängnisse, Kerker und Pesthäuser aufsuchte, als *Elizabeth Fry* 1814 begann, gemeinsam mit anderen Frauen das Los der weiblichen Gefangenen im Londoner Gefängnis New Gate zu lindern, als *Theodor Fliedner* 1825 seine erste Predigt im Düsseldorfer Arresthaus hielt und in den folgenden Jahren gemeinsam mit Gleichgesinnten die erste Gefängnisgesellschaft in Deutschland gründete. Unter dem christlichen Liebesgebot standen auch *Johann Hinrich Wichern* und *Mathilda Wrede*, von der die folgenden Sätze überliefert sind, die sie auf dem Petersburger Gefängniskongreß im Juni 1890 im Rahmen einer Diskussion über „unverbesserliche Verbrecher“ gesprochen hat: „Meine Herren! Es gibt ein Mittel, das jeden Rechtsbrecher, auch den sogenannten unverbesserlichen, moralisch ändern kann. Das ist die Kraft Gottes. Die Gesetze und die Gefängnisssysteme können nicht das Herz eines einzigen Strffälligen verändern, aber Gott kann es. Ich bin überzeugt, daß man sich intensiver und vor allem anderen mit der Seele der Gefangenen und ihrem geistlichen Leben befassen sollte“²⁸.

Die Reform der Strafrechtspflege und die Versuche zur Verbrechensvorbeugung mit sozialpolitischen Mitteln beruht seit mehr als 400 Jahren auf diesen beiden Traditionslinien der wissenschaftlichen Erforschung und kritischen Durchdringung der empirischen Wirklichkeit von Verbrechen und Strafen einerseits und des unmittelbaren karitativen Samariterdienstes an denen, die verschuldet oder unverschuldet in eine akute Notlage geraten sind. Beide konkurrierenden Linien ergänzen sich, keine von beiden kann die jeweils andere ersetzen, ohne die Erreichung der gesteckten Ziele zu verfehlen. Nur selten vereinigen sich beide Linien in einer Person. Wo sie sich aber jemals miteinander verbanden, da folgte aus dem Denken das Tun, und das Tun führte wieder zurück zur kritischen, wissenschaftlichen Reflexion. *Hilde Kaufmann* war es vergönnt, Lehre und Leben so miteinander zu verbinden, daß Wissenschaft und christlicher Glaube, ein kritisch-analytischer Geist und tiefe Frömmigkeit zu einer untrennbaren Einheit verschmolzen. Diese seltene Konstellation erlaubte ihr die völlige Hingabe an die Wissenschaft, ohne dabei den Nächsten mit all seinen Fehlern und Unzulänglichkeiten als Gottes Geschöpf aus den Augen zu verlieren und sich ganz dem Glauben zu öffnen, ohne aufzuhören, mit den Mitteln der Wissenschaft die Wahrheit zu suchen. So behielt sie ihren nüchternen, weltzugewandten Optimismus und ihre grundsätzliche Skepsis gegenüber allen innerweltlichen Heilslehren, auch wenn sie im Gewande der Wissenschaft auftraten.

²⁸ Zitiert nach: *Albert Krebs*, *Freiheitsentzug. Entwicklung von Praxis und Theorie seit der Aufklärung*. Herausgegeben von *Heinz Müller-Dietz*, 1978, S. 172.

In bezug auf die im Verlaufe der beiden letzten Jahrhunderte seit *Beccaria* immer wieder auftauchende Frage, ob eine gute Verbrechensvorbeugung nicht die Verhängung und den Vollzug der Strafe überflüssig machen könnte, hat sie in ihrem eingangs erwähnten Vortrag von 1973 ausgeführt: „Ein einfaches Ersetzen der Repression durch eine Prophylaxe (...) stellt eine jener Utopien dar, die niemals gelingen werden, solange Menschen bleiben, was sie sind, nämlich Wesen, die u. a. auch die Tendenz haben, Normen zu brechen“²⁹.

²⁹ *Hilde Kaufmann*, a. a. O., S. 29.

Kriminalpolitik und Strafrecht

JUAN BUSTOS RAMIREZ

I.

Die ganze Entwicklung des Problems der Strafe und die Diskussion darüber wird innerhalb der Lehre zwischen zwei extremen Positionen erörtert: dem Utilitarismus der Straftheorien, d. h. der General- und Spezialprävention, und der mangelnden Zweckmäßigkeit, also den sogenannten absoluten Theorien. Die einen sind nur an der Effektivität interessiert, die anderen allein an der Gerechtigkeit. Eine kriminalpolitische Definition hat aber notwendigerweise die Spannung zu berücksichtigen, die zwischen diesen beiden Extremen liegt. Es wäre jedoch verkehrt, eine eklektische Position einzunehmen, denn wenn auch die positiven Aspekte bestimmter Theorien aufgegriffen würden, so würden doch auch die negativen Aspekte miteinbezogen, was letztendlich zu der Errichtung eines in sich selbst widersprüchlichen Systems führen würde¹. Auch der Versuch, einer bestimmten Position (positive Generalprävention, demokratische Spezialprävention) Grenzen zu setzen, scheint keine Lösung zu sein, denn dadurch würden die negativen Auswirkungen nur eingeschränkt, aber nicht beseitigt; deshalb verletzen die General- wie die Spezialprävention immer das Prinzip der Verantwortlichkeit für die begangene Tat².

Eine kritische Revision der Straftheorien hat daher notwendigerweise die Überwindung derselben anzustreben. Ausgangspunkt einer solchen Revision muß die Untersuchung sein, was die Strafe innerhalb des Sozialsystems war und ist, und dabei ist jegliche ideologische Verschleierung auszuschließen. Aus dieser Sicht dienten sowohl die absoluten wie die relativen Theorien der Verschleierung; erstere verwandelten die Realität der Strafe in eine Metapher (berühmtes Beispiel dafür ist die Auffassung Hegels, daß die Strafe die Negation der Negation des Rechts sei), letztere lenkten die Realität der Strafe auf die Grundlage

¹ Siehe *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973, S. 11.

² Siehe *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1983, S. 17 ff; *Barbero Santos*, La reforma penal española en la transición a la democracia, in: Revue Internationale de Droit Pénal, 1977, S. 61 ff.

einer abstrakt rationalen Absichtserklärung durch den Gesetzgeber (Abschreckung, Sicherung des Rechtsbewußtseins, Resozialisierung, Umerziehung).

Innerhalb des Sozialsystems war und ist die Strafe eine Selbstbestätigung des Staates³. Mit der Strafe hat der Staat seine Existenz selbst und seine Macht bestätigt. Deshalb hatte – und hat – die Strafe einen symbolischen Charakter, sie genügte sich selbst, denn durch sie drückt der Staat seine Existenz aus. Daher also der symbolische Charakter, der jenseits jeglicher Überlegung von Effektivität und Zweckmäßigkeit liegt. Der Staat ist jedoch kein abstraktes Wesen, er existiert tatsächlich, und deshalb bedeutet diese Selbstbestätigung die Selbstbestätigung *eines bestimmten Systems*. Und heute ist dies eben die Selbstbestätigung eines bestimmten demokratischen Systems. Wegen ihres symbolischen Charakters hat die Strafe nun aber einen punktuellen Charakter, das heißt, durch sie wird das System durch die Hervorhebung der Kernpunkte, die das demokratische System gestalten, selbstbestätigt. Deshalb erfüllt die Strafe durch die Selbstbestätigung des Systems notwendigerweise eine Schutzfunktion dieser Angelpunkte des Systems, und dabei handelt es sich um nichts anderes als um die Rechtsgüter. Aus der Realität der Strafe, der Selbstbestätigung, entsteht in einem demokratischen System eine Funktion, nämlich der Rechtsgüterschutz.

Somit werden also in einem demokratischen System die Rechtsgüter zur Basis der Begründung und Legitimation der Strafe, aber eben dadurch zur *conditio sine qua non* der Strafe. Eine kriminalpolitische Definition der Strafe basiert also auf einer Definition der Rechtsgüter⁴. Die Rechtsgüter bilden, wie gesagt, die Grundlage des (demokratischen) Sozialsystems, aus eben diesem Grund können sie nur eine Sozialbeziehung sein, da die sozialen Beziehungen grundlegend für die Sozialordnung sind. Die Rechtsordnung greift einzig und allein eine bestimmte Sozialbeziehung in konkreter und symbolischer Form auf (Leben, Gesundheit des Individuums, Ehre, Freiheit). Als soziale Beziehung schließt das Rechtsgut eine bestimmte Position der Menschen untereinander mit ein und dient als Vermittler zu anderen Körperschaften oder Objekten, die unter diesen existieren. Das heißt, es ist ein Kommunikations- und Partizipationsprozeß⁵. Gerade darum hat es immer einen dialektischen Charakter. Wir können also schließlich sagen, daß das Rechtsgut eine konkrete normative Synthese einer bestimmten dialektischen Sozialbeziehung ist⁶.

³ Siehe *Bustos Ramírez*, *Manual de Derecho Penal español*, Barcelona, 1984, S. 39 f.

⁴ Siehe *Bustos Ramírez*, a. a. O., S. 39.

⁵ Siehe *Callies*, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a. M., 1974, S. 143.

⁶ Siehe *Bustos Ramírez*, a. a. O., S. 63.

Mit anderen Worten, ein demokratisches Strafrechtssystem erscheint in seiner Legitimationsbasis, welche die Rechtsgüter sind, offen, da diese wegen ihres kommunikativen, partizipativen und dialektischen Charakters relativ sind und sich in ständiger Entwicklung befinden. Die Strafe (die Selbstbestätigung des Systems) ist keine abgeschlossene, axiomatische Realität, kein autoritäres Fiat, sondern gerade das Gegenteil, da nämlich seine Legitimationsgrundlage und Begrenzung die Rechtsgüter sind. Das Rechtsgut ist somit eine kritische Kategorie des Systems selbst. Es ist ein Bestandteil des Systems, wirkt aber auch über dieses hinaus, es ist immer final, und seinen Zweck gilt es immer anzustreben, was einer offenen Gesellschaft eigen ist, in der durch die Partizipation ihrer Mitglieder bei allen kulturellen, sozialen, ökonomischen und politischen Prozessen die Gestaltung des Systems vollzogen wird. Daher führt die Verschleierung dieser Realität, die durch die absoluten und relativen Theorien entsteht, immer zu der Gestaltung einer autoritären Konzeption des Sozialsystems oder ist immer Grundlage derselben; sie erhebt den Anspruch, dieses zu schließen oder das demokratische System nicht in ein materielles System (der Freiheit und materiellen Gleichheit) zu verwandeln, sondern in ein rein formales (in dem die Freiheit und Gleichheit der Menschen axiomatisch angenommen werden). Das so begriffene Rechtsgut wird zur Begründung und materiellen Grenze des Unrechts. Deshalb hat die Bestimmung des Unrechts vom Rechtsgut aus zu erfolgen. Aber die Realität der Strafe erschöpft sich nicht in der Selbstbestätigung des Staates, da die Strafe existiert, um verhängt zu werden. Der Begriff der Strafe beinhaltet, daß diese anzuwenden ist. Verbrechen und Strafe sind untrennbare Realitäten des Systems; das Verbrechen existiert in dem Maße, in dem es die Selbstbestätigung des Staates gibt und in dem sich das System in bestimmten sozialen Beziehungen, den Rechtsgütern, anerkennt. Das System bestimmt, was Verbrechen und Strafe sind, deshalb sind Verbrechen und Strafe immer ein Problem politischer Definition. Die Kriminalpolitik durchzieht das gesamte Strafrechtssystem.

Die Strafe erschöpft sich in ihrer Realität dadurch, daß sie einem Individuum auferlegt wird⁷. Strafe bedeutet also Bestimmung, Individualisierung und Selektion eines Menschen. Das heißt, durch die Strafe wird nicht nur eine bestimmte soziale Beziehung konkretisiert, sondern Strafe bedeutet auch die Selektion eines bestimmten Individuums. Aber so, wie ein demokratisches Strafrechtssystem begrifflich das Rechtsgut als Begründung und materielle Grenze der Selbstbestätigung voraussetzt, so hat die Verhängung der Strafe eine Begründung und materielle Grenze, und das ist die Anerkennung des Menschen als Person, d. h. der

⁷ Siehe *Bustos Ramírez*, a. a. O., S. 40; *Roxin*, a. a. O., S. 17 ff., 24 ff.

Menschenwürde, der Anerkennung des Menschen als eines sozial Handelnden. Man hat anzuerkennen, daß der Mensch die Grundlage des Sozialsystems und der sozialen Beziehungen ist, ohne den es das Sozialsystem gar nicht gibt. Aus eben diesem Grund ist die Verhängung der Strafe, wenn die Menschenwürde anerkannt wird, notwendigerweise an einen Zweck gebunden. Es geht nicht bloß um die Verhängung an sich, sondern es handelt sich um eine finale Verhängung, und dieser Zweck kann nicht jenseits des Menschen liegen, anderenfalls würde dies bedeuten, ihn nicht anzuerkennen. Die absoluten und relativen Theorien erkennen im Gegensatz dazu die Menschenwürde nicht an: erstere, weil sie sich mit der bloßen Strafverhängung zufriedengibt, und letztere, weil sie den Zweck jenseits des Menschen stellt (soziale Verteidigung, staatliche Sicherheit, sozialer Nutzen, etc.).

Das Ziel des Menschen ist aber seine eigene Befreiung, die Befriedigung seiner Bedürfnisse, die Disponibilität verschiedener Möglichkeiten zur Lösung sozialer Konflikte. Die Verhängung der Strafe muß unter Berücksichtigung dieser Bedürfnisse des Menschen erfolgen. Nur so kann sie sozial von Nutzen sein. Die Negation der Menschenwürde ist im Gegensatz dazu sozial schädlich, sie wirkt sich auf die Sicherheit des Systems aus, denn sie verletzt dessen konstitutive Basis, sie zerstört die sozialen Beziehungen. Die Anerkennung der Menschenwürde bedeutet eine dynamische Theorie des verantwortlichen Menschen, der ständigen Ergründung seiner Bedürfnisse und Entscheidungen.

Die Individualisierung des einer Strafe unterworfenen Menschen hat also als Begründung und materielle Grenze die Menschenwürde. Dies bedeutet folglich die Ausarbeitung einer Theorie des verantwortlichen Menschen. Mit anderen Worten, es gibt zwei verschiedene Theorien, einerseits die Unrechts- oder Verbrechenstheorie, deren Begründung und materielle Grenze das Rechtsgut ist, und andererseits die Theorie des verantwortlichen Menschen. Beiden ist jedoch gemein, daß sie von einer politischen Definition ausgehen. Wie schon ausgeführt, ist es das System, welches das Verbrechen dadurch definiert, daß es sich in bestimmten Rechtsgütern zu erkennen gibt. Aber damit greift es gleichzeitig bestimmte Individuen heraus. Verbrechen und verantwortliches Individuum sind ein Problem politischer Definition. Gleichzeitig sind dann sowohl das Verbrechen als auch das verantwortliche Individuum ein soziales Problem, und deshalb handelt es sich bei der Verantwortlichkeit immer um ein soziales Problem.

Erstes materielles Prinzip, auf das sich das Strafrechtssystem stützt, ist also die Menschenwürde, und an zweiter Stelle steht das des Rechtsgutes. Aber in einem demokratischen System ist auch das nicht ausreichend, da die Strafen eine Anwendungsform annehmen müssen, über die sie als nicht mehr notwendig erscheinen, denn sonst würden sie in

Widerspruch zu dem Ziel der Befreiung des Menschen geraten. Deshalb ist die Notwendigkeit der Strafe ein materielles Prinzip der Begründung und Begrenzung der Anwendung der Strafe, die in einem gegebenen Fall überhaupt nicht mehr notwendig wird. Damit sind wir also zur dritten Theorie des Strafrechts gelangt, das heißt der, die sich auf die Formen der Strafanwendung bezieht. Drei Theorien bilden also das Strafrecht: die Verbrechenstheorie, die Theorie des verantwortlichen Menschen und die Theorie der Strafanwendungsformen. Drei materielle Prinzipien dienen diesen Theorien als materielle und begrenzende Grundlage: die Menschenwürde, das Rechtsgut und die Strafnotwendigkeit. Jedes einzelne Prinzip hat seine besondere vorrangige Stellung und kommt in besonderer Weise zum Ausdruck: das Rechtsgut in der Verbrechenstheorie, die Menschenwürde im verantwortlichen Menschen und die Strafnotwendigkeit in den Formen der Strafanwendung. Die absoluten Theorien befaßten sich nur mit der Verbrechenstheorie und verschleierten damit die Probleme, die die anderen Theorien aufwerfen, wodurch eine Aushöhlung oder Reduzierung der Strafrechtstheorie hervorgerufen wird. Bei den relativen Theorien geschah das gleiche; die Generalprävention neigte dazu, das Gewicht auf die Notwendigkeit der Strafe zu legen und die Theorien des Verbrechens und des verantwortlichen Individuums zu übergehen; die Spezialprävention tendierte dazu, alle Theorien aus der Analyse auszuschließen, indem sie die soziale Verteidigung hervorhob.

II.

Eine Verbrechenstheorie muß also vom materiell betrachteten Rechtsgut ausgehen. Grundlage der Verbrechenstheorie ist nicht die Handlungslehre⁸; zum einen, weil es neben ihr eine Unterlassungslehre gibt, und insbesondere, weil die Handlungslehre auf dem Rechtsgut basiert, insofern sie nur eine Form des Kommunikationsprozesses innerhalb der Sozialbeziehung ist. Auch die Kausalität kann nicht als Begründung des Verbrechens dienen, da es ihr an sich an Bedeutung mangelt, um irgendeinen Aspekt des Verbrechens zu bestimmen⁹. Sie ist weder für die Unterlassungstheorie noch für die Handlungslehre dienlich, denn diese werden hinsichtlich des Kommunikationsprozesses durch ihren Sinn bestimmt. Wenn man also der Kausalität innerhalb der Verbrechenstheorie eine Bedeutung geben wollte, so wurde tatsächlich ihre Benennung nur metaphorisch verwendet, wie dies im Falle der adäquaten Kausalität geschah, die eigentlich eine Frage rechtlicher Bewertung ist.

⁸ Siehe *Armin Kaufmann*, Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht, in: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, S. 26.

⁹ Siehe *Bustos Ramírez*, a. a. O., S. 173 ff.

Aus eben diesem Grund ist die Kausalität auch unbrauchbar, um den Erfolg mit dem tatbestandsmäßigen Verhalten zu verknüpfen, denn nicht der natürlich betrachtete Erfolg interessiert, sondern der Erfolg als schädliche Einwirkung auf ein Rechtsgut (Verletzung oder Gefährdung des Rechtsgutes). Daher handelt es sich um ein valoratives Problem, das heißt, es geht um die objektive Zurechnung, um die Möglichkeit, ob ein Erfolg einem tatbestandsmäßigen Verhalten zuzurechnen ist¹⁰.

Weder die überlieferte Handlungslehre noch die Kausalitätstheorie dienen letztendlich als Grundlage des Verbrechens, allein das Rechtsgut kann seine Grundlage sein.

Auf der Basis des Rechtsgutes werden die beiden die Verbrechens-
theorie bildenden Kategorien, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, bestimmt.

Bei der Tatbestandsmäßigkeit handelt es sich um nichts weiter als um die Beschreibung einer bestimmten Situation, in der eine soziale Beziehung stattfindet, sie bezeichnet deren Umgebung. Folglich ist es nicht die Beschreibung einer Handlung und kann dies auch niemals sein. So bedeutet Tötung, daß einer einen anderen tötet. Was also beschrieben wird, ist ein situatives Umfeld. Es ist auch nicht die Beschreibung einer Unterlassung, was begrifflich unmöglich wäre, deshalb wird auch ein situatives Umfeld beschrieben: „Wer einer anderen Person nicht hilft, die schutzlos ist und sich in offensichtlicher und ernster Gefahr befindet, obwohl er dies ohne Gefahr für das eigene oder das Leben Dritter machen könnte“ (Art. 489 bis span. StGB). Es handelt sich also nicht um die Beschreibung einer Handlung oder Unterlassung, sondern um die Zuordnung eines bestimmten Kommunikationsprozesses innerhalb eines situativen Umfeldes, und deshalb ist es im konkreten Fall der Richter, der zu entscheiden hat, ob eine solche Zuordnung möglich ist. Es handelt sich also nicht um ein Kausalitäts- oder Finalitätsproblem, sondern um die sinngemäße Zuordnung, die eine Kommunikation innerhalb eines bestimmten situativen Umfeldes hat, das eine soziale Beziehung ausdrückt. Daher kann der Selbstmord nicht typifiziert werden, da er niemals das situative Umfeld einer sozialen Beziehung ausdrücken könnte, und aus dem gleichen Grund kann auch der Rauschmittelkonsum nicht typifiziert werden; solche Typifizierungen könnten sich nicht auf das Rechtsgut stützen. Das Rechtsgut schließt solche Typifizierungen aus, es zwingt, wie schon anfangs gesagt, der Strafe eine Grenze als Selbstbestätigung des Staates auf.

Vom Rechtsgut ausgehend wird also auch der der Tatbestandsmäßigkeit innewohnende Unwert bestimmt, der nicht einfach ein Handlungs-

¹⁰ Siehe *Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, a. a. O., S. 123 ff.

unwert, sondern der Unwert eines situativen Umfeldes ist, in dem der Handlungsunwert sicherlich der wichtigere ist, weil er den entsprechenden Kommunikationsprozeß bestimmt, jedoch ist er nicht der einzige (so gibt es bei der unterlassenen Hilfeleistung eine Bewertung hinsichtlich der Schutzlosigkeit und der offensichtlichen, ernstesten Gefahr, bei den Amtsdelikten hinsichtlich der Eigenschaft des Beamten, hinsichtlich der Gewalt bei einer Reihe von Delikten, etc.).

Eben dieser Sachverhalt, daß jegliche Typifizierung vom Rechtsgut und nicht von der Handlung aus bestimmt wird, bringt es mit sich, daß die Erweiterung der Tatbestände auf den untauglichen Versuch nicht aus der Sicht des Verhaltens begriffen werden kann (Mittel zu sich nehmen, um abzutreiben), da ein solches Verhalten nicht dem situativen Umfeld zugeordnet werden kann, welches das Abtreibungsdelikt beschreibt. Die Typifizierung wird nicht von der ethischen Subjektivität der Handlung her bestimmt, sondern von der Objektivität der sozialen Beziehung her, die das Rechtsgut darstellt. Der Handlungsunwert entsteht aus dem Rechtsgut und nicht aus einer subjektiv ethischen Auffassung in Zusammenhang mit der Handlung. Da nun aber die Beschreibung des situativen Umfeldes eine soziale Beziehung zur Grundlage hat, bedeutet das, daß sie mit Sinn und Bedeutung ausgestattet ist. Deshalb sind die Probleme des Vorsatzes, der Fahrlässigkeit und besondere subjektive Merkmale eigentliche Fragen der Tatbestandsmäßigkeit, und dies nicht wegen eines ontologischen Grundes, sondern weil die Tatbestandsmäßigkeit auf dem Rechtsgut basiert. Dieses aber wird durch eine bestimmte soziale Beziehung gebildet, die einen Kommunikationsprozeß umfaßt und folglich mit Sinn und Bedeutung ausgestattet ist.

III.

Das Rechtsgut erschöpft sich mit seinem Inhalt aber nicht in der Tatbestandsmäßigkeit, sondern legt das ganze Verbrechen fest und somit auch die zweite Begriffskategorie des Delikts, nämlich die Rechtswidrigkeit. Als materielle Grundlage stattet das Rechtsgut die Rechtswidrigkeit auch mit einem materiellen Inhalt aus. So, wie man formal sagen kann, daß die Tatbestandsmäßigkeit Normwidrigkeit ist, so kann auch formal gesagt werden, daß die Rechtswidrigkeit der Gegensatz des tatbestandsmäßigen Verhaltens zur gesamten Rechtsordnung ist. Die Strafnormen (Verbote und Gebote) erscheinen unzweifelhaft als Anerkennung des Handlungsunwertes¹¹, der aus dem Rechtsgut entsteht und so zum grundlegenden kommunikativen Kern wird, den das situative Umfeld, das den Tatbestand beschreibt, in sich schließt. Nur durch

¹¹ Siehe *Armin Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, S. 271 ff.

Normen können solche Kommunikationsprozesse ausgedrückt werden, und gleichzeitig können sie nichts weiter bezeichnen (z. B. eine kausale Beziehung)¹². Die Norm ist also kein Imperativ und auch nicht die einzig existierende Rechtsnorm. Es gibt andere Rechtsnormen, die nicht einen Handlungswert, sondern andere Wertarten ausdrücken. Neben den selbständigen und unabhängigen Normen gibt es also die übrigen Rechtsnormen, die die Normwidrigkeit des Verhaltens bedingen, indem sie nicht nur die ausgeführte Handlung betrachten, sondern die soziale Beziehung in ihrer ganzen Komplexität und folglich auch die verschiedenen Interaktionen zwischen den Menschen und ihrer Umwelt. Die Rechtsnormen setzen das Absolute der Bewertung fest (nicht töten, nicht stehlen, niemand der Freiheit berauben), sie stehen in vorrangiger und direkter Verbindung mit der Strafe als Selbstbestätigung des Systems; die Rechtfertigungsgründe hingegen legen die Dynamik und Öffnung des Systems dar, und deshalb relativieren sie das Absolute der normativen Bewertung gemäß den verschiedenen konkreten Situationen. Es handelt sich also um zwei verschiedene Ebenen.

Wenn man sagt, daß die Rechtswidrigkeit der Gegensatz des tatbestandsmäßigen Verhaltens zur gesamten Rechtsordnung ist, so wird formal darauf hingewiesen, daß es innerhalb der Rechtsordnung nicht nur die Rechtsnormen gibt, sondern daß außerdem noch andere Rechtsnormen existieren, die diese bedingen, weil sie auf einer anderen Ebene in Erscheinung treten, auf der die Komplexität des Systems betrachtet wird. Es liegt also kein logischer Widerspruch in der selbständigen Festsetzung der Normwidrigkeit und der Rechtswidrigkeit. So würde es sich allerdings verhalten, wenn man hinsichtlich ein und derselben Handlung gleichzeitig Verbot und Erlaubnis aussprechen würde, d. h. auf der vorrangigen Ebene der Selbstbestätigung. Dies wäre bei einem chirurgischen Eingriff der Fall, von dem angenommen werden könnte, daß er gleichermaßen verboten und erlaubt ist. Aber dieser kann niemals als solcher verboten sein, denn ein solches Verbot kann nicht vom Rechtsgut ausgehen (Sinn und Bedeutung desselben werden in der Beschreibung des situativen Umfeldes der Verletzungen nicht umfaßt: wer einen anderen verletzt, schlägt oder mißhandelt und dabei einen bestimmten Erfolg verursacht). Die Selbstbestätigung, welche die Strafe impliziert, kann eine solche Situation nicht einbeziehen, denn es stünde in Widerspruch zu der eigentlichen Funktion des Staates.

Aber wie schon wiederholt aufgezeigt wurde, ist die gegebene Definition der Rechtswidrigkeit rein formal, das heißt, sie drückt die materielle Beziehung mit dem Rechtsgut nicht aus. So ist die Tatbestandsmäßigkeit nicht nur die formale Betrachtung der Normwidrigkeit des Verhaltens,

¹² *Armin Kaufmann*, a. a. O., S. 69 ff.

sondern die Beschreibung eines situativen Umfeldes, das Sinn und Bedeutung der sozialen Beziehung umkehrt, die mit dem Rechtsgut festgesetzt wird. Deshalb muß die Rechtswidrigkeit auch materieller Ausdruck des Rechtsgutes sein, was sich in der Tatsache manifestiert, daß Sinn und Bedeutung, die das beschriebene Umfeld dynamisieren, sich in einer Einwirkung auf das Rechtsgut zeigen (in einem in seiner Verletzung oder Gefährdung bestehenden Erfolg)¹³. Auf dieser Ebene geht es also vor allem darum, ob das Rechtsgut tatsächlich betroffen wurde, nur dann kommen die Rechtfertigungsgründe zur Wirkung. Normen und Rechtfertigungsgründe finden sich nicht auf der Ebene der abstrakten und absoluten Bewertungen, sondern sie treten nur durch die Konkretisierung des Erfolges auf. Der Erfolg ist es, der auf die zweite Ebene führt. Verletzungsprinzip und Rechtswidrigkeit sind wesensgleich, wenn man davon ausgeht, daß die materielle Grundlage des Verbrechen das Rechtsgut ist. Für die unwürdige Darstellung des Unrechts, daß das Verbrechen in sich schließt, genügt also nicht der Unwert des situativen Umfeldes, sondern es gehört außerdem der Erfolgswert dazu. Das Unrecht eines Verbrechen ergibt sich letztendlich aus dem Unwert der sozialen Beziehung, wodurch also die Rolle bestätigt wird, die das Rechtsgut innerhalb der Verbrechenlehre spielt.

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit sind als erstes also nicht die Rechtfertigungsgründe zu klären, sondern das Problem, das sich auf die objektive Zurechnung des Erfolges (Verletzung oder Gefährdung) auf das tatbestandsmäßige Umfeld bezieht. Die einfache objektive wie subjektive Bestimmung eines situativen Umfeldes reicht nicht aus, um das Verhältnis zu dem Erfolg herzustellen. So impliziert die Bestimmung, daß Pedro (vorsätzlich oder fahrlässig) Juan erschoss, ein situatives Umfeld, dem der gesetzliche Tatbestand des Totschlags entspricht, keinesfalls der, daß Juans Tod mit Pedros Verhalten in Zusammenhang steht oder daß es auf dieses situative Umfeld zurückgeführt werden kann (diesbezüglich sei nur auf das Beispiel der Probleme hingewiesen, die der *dolus generalis* aufwirft). Andererseits genügt aufgrund des Verletzungsprinzips in keinem Fall die Feststellung des tatbestandsmäßigen situativen Umfeldes; das heißt, wenn es keinen möglichen Erfolg gibt, so kann auch niemals von einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Tat gesprochen werden, was beim sogenannten untauglichen Versuch der Fall ist, der nicht mehr in bezug auf die Mittel, sondern hinsichtlich seines Gegenstandes betrachtet wird (wenn eine sich schwanger glaubende Frau ein Abtreibungsmittel einnimmt, ohne daß tatsächlich eine Schwangerschaft vorliegt)¹⁴. Es geht darum, mit Wertkriterien vom Rechtsgut ausgehend zu bestimmen, ob der Erfolg objektiv dem tatbe-

¹³ Siehe *Bustos Ramírez*, a. a. O., S. 184.

¹⁴ Siehe *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., Köln 1981, S. 183.

standsmäßigen situativen Umfeld zugerechnet werden kann. Nur so wird die Rechtswidrigkeit zu einem materiellen Reduktor der Tatbestandsmäßigkeit. Die objektive Zurechnung ist also nicht ein Problem der Tatbestandsmäßigkeit. Dies würde nämlich bedeuten, erneut verschiedene Ebenen miteinander zu verwechseln, sie einfach wie ein Transplantat neben die natürliche Kausalität zu stellen; und gleichzeitig ist sie völlig unbrauchbar, denn die Reduzierung der Tatbestandsmäßigkeit vollzieht sich aufgrund der objektiven und subjektiven Merkmale, die Bestandteil des situativen Umfeldes sind. Hier erübrigt sich sowohl die natürliche Kausalität als auch die objektive Zurechnung: die natürliche Kausalität, weil sie ein Problem aufwirft, das der Bewertung der Tatbestandsmäßigkeit fremd ist, da sich die Normen von Anfang an nicht auf kausale Prozesse beziehen; und die objektive Zurechnung, weil sie in bewertender Hinsicht auf dieser Ebene den Präzisierungen von Sinn und Bedeutung nichts Neues hinzufügen kann, denn diese entstehen aus dem Rechtsgut hinsichtlich des beschriebenen situativen Umfeldes. Die objektive Zurechnung ist nur als Problem auf der Ebene der Rechtswidrigkeit von Bedeutung, als Konkretion des Verletzungsprinzips, das vom Rechtsgut ausgeht und als materielle Basis der Rechtswidrigkeit dient.

IV.

Nachdem Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit festgelegt sind, haben wir es nun mit dem Unrecht als Teil eines Delikts zu tun. Die Tatbestandsmäßigkeit ist nur ein Indiz für die Rechtswidrigkeit und folglich nur Indiz für ein Delikt, da der Inhalt der grundlegenden Unwertigkeit, die der Handlungsunwert bedeutet, sich ausschließlich auf den Gegenstand des eigentlichen Schutzes durch das Strafrecht bezieht, und das ist das Rechtsgut. Die übrigen Bewertungen und Unwertigkeiten, die sich auf dieser Ebene ergeben, sind untergeordnet und begrenzen nur den Handlungsunwert (so der Hinweis auf gute Sitten, Gewalt, Neugeborene, Schutzlosigkeit etc., der in den gesetzlichen Tatbeständen enthalten ist). Die so begriffene Tatbestandsmäßigkeit ist ein dem Strafrecht eigener Begriff, wie es auch das Rechtsgut ist; aber eine für die Rechtsordnung so schwerwiegende Tatsache wie das Delikt kann nicht nur ausschließlich und absolut aus der Sicht des Strafrechts beurteilt werden, sondern muß auch von der Rechtsordnung als Ganzer her betrachtet werden, da es ihre Transzendenz für die gesamte rechtlich-soziale Ordnung ist, was letztendlich interessiert. Es handelt sich darum, das Eingreifen des Staates zu rechtfertigen und zu begrenzen, und dies kann nicht nur von der Tatbestandsmäßigkeit aus erfolgen. Von der Notwendigkeit des Begriffs der Rechtswidrigkeit her kann ein so schwerwiegendes Eingreifen des Staates nur in dem Maße

ausreichend legitimiert und folglich auch begrenzt erscheinen (letztendlich dem Bürger Garantien gegenüber einem solchen Eingreifen geben), wie die Tatbestandsmäßigkeit mit der Rechtsordnung als Ganzer verknüpft ist, was gerade der Inhalt der Rechtswidrigkeit ist. Deshalb ist die Rechtswidrigkeit ein Begriff, der über das Strafrecht hinausgeht, der den eigentlich zu schützenden Gegenstand des Strafrechts, nämlich das Rechtsgut, transzendiert, von daher ist die Rechtswidrigkeit ein der Rechtsordnung eigener Begriff. Diese Verknüpfung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit kann nur vom Rechtsgut aus erfolgen, da dieses der Gegenstand des Schutzes durch das Strafrecht ist, und folglich bestimmt es das Unrecht. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit an sich sind nicht miteinander verknüpfbar, da sie auf verschiedenen Ebenen wirksam sind. Es gibt also einen aus der Sicht des Rechtsgüterschutzes resultierenden Unwert, der dem dem Tatbestandsinhalt eigenen Unwert fremd ist und der gleichzeitig mit den bewertenden und entwertenden Grundlagen, auf denen die gesamte Rechtsordnung beruht, übereinstimmt, den Erfolgswert oder -unwert. Die Rechtsordnung als solche ist daran interessiert, Erfolgswerte zu vermeiden oder zu mindern (daher die Einrichtung der Nichtigkeit, Rückerstattungen, Entschädigungen, Versicherungen etc.). Dieser der gesamten Rechtsordnung inhärente Erfolgswert ist auch dem Begriff des Rechtsgutes eigen. Diese Übereinstimmung erlaubt also vom Rechtsgut aus die Rechtsordnung als Ganze mit der Tatbestandsmäßigkeit in Beziehung zu setzen. Daher ist die Tatbestandsmäßigkeit ein Indiz für Rechtswidrigkeit, denn um die Rechtswidrigkeit einer Tat erklären zu können, muß notwendigerweise ein Erfolg vorliegen (ein Erfolgswert, der in der Verletzung oder konkreten Gefährdung des Rechtsgutes besteht), und es darf keine Rechtfertigungsgründe geben. Erfolg und Rechtfertigungsgründe sind die grundlegenden Aspekte der Bewertung und Entwertung, die die Rechtswidrigkeit gestalten. Rechtswidrigkeit liegt nur vor, wenn es einen Erfolg (somit einen Erfolgswert) und keinen Rechtfertigungsgrund (somit eine positive Bewertung einer Situation) gibt. Durch die Rechtfertigungsgründe werden weder die Normwidrigkeit der Verhaltensweise (der Handlungswert) noch der Erfolg (der Erfolgswert) beseitigt, aber doch der Unrechtscharakter der Tat; es liegt kein Delikt vor, es gab nur ein Indiz für ein Unrecht oder Delikt.

Wenn das Problem des Unrechts oder des Delikts so angegangen wird, will das heißen, daß man, daß man, soll wirklich ein Delikt vorliegen, die objektiven und subjektiven Merkmale in ihrer Gesamtheit betrachten muß, also sowohl die der Tatbestandsmäßigkeit als auch die der Rechtswidrigkeit, und dies in der Hinsicht, daß erstere nur ein Indiz für ein Delikt sind. Dies ist von besonderer Bedeutung für die Problematik der Irrtumslehre.

Die Irrtumslehre kann nicht allein mit den zwischen subjektivem und objektivem Aspekt bestehenden Beziehungen der Tatbestandsmäßigkeit verknüpft werden, da dies nicht ausreichend wäre, sondern sie muß auch die zwischen dem subjektiven und objektivem Aspekt bestehenden Beziehungen der Rechtswidrigkeit mit einbeziehen. Die vorsätzliche oder fahrlässige Tatbestandsmäßigkeit ist ausschließlich ein Indiz der Rechtswidrigkeit und folglich des Delikts; damit ein vorsätzliches oder fahrlässiges Delikt vorliegt, muß aber außerdem der subjektive Aspekt berücksichtigt werden, der in der Rechtswidrigkeit und in ihrer Beziehung zum objektiven Aspekt basieren kann. Dies ist der Fall, wenn Rechtfertigungsgründe auftreten. Das gültige spanische Strafgesetzbuch unterscheidet daher zu Recht zwischen den vom Gesetz bestraften vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlungen und Unterlassungen (Art. 1, Abs. 1) und dem böswilligen Delikt (Art. 565, Abs. 1). Der Vorsatz bezieht sich nur auf die Tatbestandsmäßigkeit, er ist ein Indiz für die Böswilligkeit; die Böswilligkeit bezieht sich auf das Unrecht oder das Delikt. Die Böswilligkeit umfaßt also sowohl das subjektive Merkmal der Tatbestandsmäßigkeit mit Bezug auf ihren objektiven Aspekt (Vorsatz) als auch die möglichen rein subjektiven Merkmale ohne Bezug auf einen objektiven Aspekt und außerdem das subjektive Merkmal des Rechtfertigungsgrundes hinsichtlich des objektiven Aspekts wie auch die möglichen rein subjektiven Merkmale. Deshalb hat sich die Irrtumslehre nicht ausschließlich auf den Vorsatz zu beziehen, sondern auf die Böswilligkeit, wofür der Vorsatz nur ein Indiz ist. Die Irrtumslehre muß sich daher auf alle subjektiven Merkmale des Unrechts beziehen, die in bezug zu den objektiven Aspekten desselben stehen, gleichgültig, ob es sich dabei um Elemente der Tatbestandsmäßigkeit oder der Rechtswidrigkeit handelt. Deshalb schließt ein unvermeidbarer Irrtum über ein wesentliches Merkmal – sei es der Tatbestandsmäßigkeit oder der Rechtswidrigkeit, welches in letzterem Falle die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes wären –, das Unrecht, das Delikt vollkommen aus. Hingegen kann beim vermeidbaren Irrtum über ein wesentliches Merkmal die Fahrlässigkeit sowohl in bezug auf das tatbestandsmäßige Verhalten als auch auf das rechtswidrige, tatbestandsmäßige Verhalten fortbestehen, denn wichtig ist nicht das Indiz für das rechtswidrige vorsätzliche Verhalten, sondern das vorsätzliche (böswillige) oder fahrlässige Unrecht, und dieses liegt nur vor, wenn auch die Rechtswidrigkeit hinsichtlich des Verhaltens festgestellt wurde. Das spanische Strafgesetzbuch unterscheidet zu Recht zwischen Vorsatz und Böswilligkeit, aber nicht hinsichtlich der Fahrlässigkeit, da diese im wesentlichen ein normativer Begriff ist und nicht mit finalen subjektiven oder Tendenzmerkmalen zu vereinbaren ist. Die traditionelle Schuldlehre hinsichtlich des Irrtums vollzieht diesbezüglich einen logischen

Sprung, denn ein Problem aktueller Kenntnis und des Bereiches der Rechtswidrigkeit, wie es die Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe ist, geht sie bei der Behandlung der Frage des Verbotsirrtums so an, als ob es ein Problem inaktueller Kenntnis wäre¹⁵. Es liegt andererseits kein logischer Widerspruch vor, wenn darauf hingewiesen wird, daß es ein vorsätzliches (böswilliges) oder fahrlässiges Unrecht gibt, und folglich bezieht sich die Irrtumslehre nicht auf die Tatbestandsmäßigkeit oder gar die Rechtswidrigkeit, sondern auf das Unrecht in seiner Gesamtheit, und demzufolge erscheint es nicht unlogisch, daß, auch wenn ein Indiz für ein vorsätzliches Unrecht aufgrund einer tatbestandsmäßigen vorsätzlichen Tat vorliegt, dieses Indiz jedoch letztendlich nur ein fahrlässiges Unrecht oder sogar überhaupt kein Unrecht bedeutet.

Eine Analyse der Irrtumslehre aus kriminalpolitischer Sicht und folglich vom Rechtsgut als Begründung und Grenze für das staatliche Eingreifen ausgehend führt dazu, sie nicht einfach als eine Frage der tatbestandsmäßigen Handlung anzusehen – letzten Endes mit einem individualistischen und streng subjektiven Charakter –, sondern vom Schutz der Rechtsgüter aus und folglich mit Hinblick auf das Unrecht in seiner Gesamtheit. Was die Irrtumslehre in Frage stellt und diskutiert, ist, bis zu welchem Punkt in den Fällen des Irrtums der Strafschutz der Rechtsgüter gerechtfertigt ist, wenn gerade der Sinn und die Bedeutung des Schutzes an sich verfälscht werden.

V.

Mit der Feststellung der Existenz eines Delikts ist die Untersuchung der Voraussetzungen für die Strafe aber noch nicht abgeschlossen. Neben der Verbrechenslehre gibt es die Lehre von der verantwortlichen Person. Lange Zeit hindurch erschien diese Lehre durch ein vermeintliches drittes Element des Delikts, der Schuld, subsumiert und geschmälert zu werden. Auf diese Weise versachlichte man die Betrachtung der verantwortlichen Person, und gleichzeitig vermied man, alle Konsequenzen zu ziehen, die dem Prinzip der Menschenwürde, der materiellen Grundlage in bezug auf die verantwortliche Person, innewohnen. Die Beurteilung der Person darf nicht mit der Beurteilung der Tat verwechselt werden, wie auch das Prinzip des Rechtsgüterschutzes nicht mit dem Prinzip der Achtung der Menschenwürde verwechselt werden darf. Die Lehre von der verantwortlichen Person beinhaltet nicht einen direkten Bezug zum Schutz der Rechtsgüter, der sich in der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und im Unrecht erschöpft, sondern zu der Achtung der Menschenwürde, und aus diesem Grund

¹⁵ Siehe *Bustos Ramírez*, a. a. O., S. 299 f.

müssen die Merkmale der strafrechtlichen Verantwortlichkeit erläutert werden. Ein Delikt stellt ein Unrecht dar, aber es besagt noch nichts über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Menschen. Zwar ist nach dem Strafrecht eines sozialen und demokratischen Rechtsstaates der Mensch nur für seine Taten – nicht für seine persönlichen Eigenschaften – verantwortlich, aber das bedeutet nicht, daß bei der Beurteilung der Tat völlig von der Person abgesehen und diese einfach nur noch als ein Anhängsel ihrer Tat betrachtet wird. Das Unrecht macht den Menschen nicht verantwortlich. Eine derartige Konzeption würde dem Prinzip der Menschenwürde widersprechen, würde bedeuten, den Menschen nicht als einen sozial Handelnden zu betrachten, und sie würde verkennen, daß er das wesentliche Element jeglicher sozialen Beziehung und der Sozialordnung als Ganzer ist. Es hieße zu leugnen, daß jeglicher Rechtsgüterschutz gerade auf seinem Tun basiert. Daher ist der erste Schritt bei der Charakterisierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Menschen die Zurechnungsfähigkeit, das heißt, die Möglichkeit, das begangene Unrecht (das Delikt) mit der Fähigkeit der strafrechtlichen Antwort des Menschen zu verknüpfen¹⁶. Dies ist dann in erster Linie nicht ein Problem psychologischer oder psychiatrischer Entscheidung oder des Rechtsgutsbegriffes, sondern eine kriminalpolitische Entscheidung. Das Problem liegt darin, die Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit des Tuns bestimmter Menschen mit dem System als solchem festzulegen. Es geht also nicht darum, aufzuzeigen, daß es verantwortliche oder unverantwortliche Personen an sich gibt oder solche, die fähig bzw. unfähig sind, Werten gegenüber Verständnis aufzubringen, sondern einfach darum, daß sie strafrechtlich nicht verantwortlich sind, daß sie keine Kriminalstrafe zu bekommen haben. Vereinbar mit dem System und daher ohne strafrechtliche Verantwortlichkeit ist insbesondere das Tun der Geisteskranken und minderjähriger Täter. Von einem strafrechtlichen Gesichtspunkt aus kann das Unrecht nicht mit ihrer Person verbunden werden. Das soll aber nicht heißen, daß das von ihnen begangene Unrecht aus einer anderen Sanktionsperspektive nicht mit ihrer Person verknüpft werden könnte, daß sie also eine zivilstrafrechtliche oder verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit haben. Und deshalb müssen in diesem Sinne alle übrigen Inhalte hinsichtlich ihrer Verantwortlichkeit eingesetzt werden (Unrechtsbewußtsein, andere Wertauffassung, Zumutbarkeit des Verhaltens, Unzumutbarkeitsgründe). Die Beurteilung der Unzurechnungsfähigkeit (d. h., ein solches Tun mit dem

¹⁶ Siehe *Franco Basaglia y Franca Basaglia*, *L'ideologia de la diversità*, in: *La Maggioranza Deviante*, 1971; *David Cooper*, *Psiquiatria y antipsiquiatria*, Buenos Aires, 1971; *G. Jervis*, *Manuale critico di psiquiatria*, Milano, 1978; *Albert Cohen*, *A general theory of subculture*, in: *The sociology of subcultures*, 1970.

System vereinbar erklären), bedeutet keinesfalls, die Garantien des Menschen zu begrenzen, folglich kann dies nur die Ausschließung einer Kriminalstrafe (und die Stigmatisierung, die einer Kriminalstrafe innewohnt) bedeuten, aber sie darf diesen Rechtsgenossen nicht die garantierten Rechtsprinzipien entziehen, die jeder Beurteilung über die Verantwortlichkeit eigen sind, sei diese krimineller Art oder nicht, gegenüber der Auferlegung einer bestimmten Konsequenz für die Begehung eines Unrechts. Es entspricht dem Prinzip der Menschenwürde und der Nicht-Diskriminierung, das dazu verpflichtet, Geisteskranke und Minderjährige, andernorts insbesondere die Eingeborenen, etc., von der kriminellen Strafverantwortlichkeit auszuschließen. Und dies nicht, weil sie nicht die allen Personen eigenen Eigenschaften hätten (Bewußtsein über das eigene Tun und Wertbewußtsein), sondern gerade aus Achtung vor der Menschenwürde.

Die erste Bestimmungsebene der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist also diejenige, die sich auf die Zurechnungsfähigkeit bezieht. Als solche ist sie aber überaus allgemein und umfassend, daher ist es erforderlich, sie sowohl, was die Ebene der konkreten Fähigkeit der bewertenden Antwort des Menschen anbelangt, zu präzisieren, als auch seine konkrete Fähigkeit, innerhalb dieser bewertenden Antwort zu handeln¹⁷. Aus kriminalpolitischer Sicht muß notwendigerweise berücksichtigt werden, daß die Wahrnehmung, die die Rechtsgüter implizieren, bei jedem Menschen ein komplexer und konkreter Prozeß ist. Deshalb muß also für das Vorliegen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei der Person ein Bewußtsein über das begangene Unrecht vorliegen. Folglich handelt es sich nicht um die Konzeption eines abstrakten Bewußtseins bezüglich des Wertes an sich (oder der Wahrheit an sich), wie die Verfechter der absoluten Straftheorien behaupteten, sondern nur um jene objektiven Werte, die im System über die Rechtsgüter aufgegriffen werden (die außerordentlich dynamisch und partizipativ und demzufolge relativ sind). Dieses Unrechtsbewußtsein basiert also auf einer politischen Entscheidung, es handelt sich um das Erfordernis eines bestimmten Bewußtseins. Was dann hinsichtlich der Person analysiert werden muß, ist die Übereinstimmung eines bestimmten Bewußtseins mit diesem Erfordernis. Dieses Erfordernis existiert, entsteht aus dem Strafrechtssystem, es existiert nicht an sich oder von Natur aus in den Köpfen der Menschen. Das System selbst muß dem Individuum die Mittel zur Verfügung stellen, um dieses Bewußtsein zu erreichen. Darum ist es immer eine soziale Verantwortlichkeit, die Kriminalstrafe bedeutet auch immer ein Scheitern des Systems. Gerade deshalb geht es

¹⁷ Siehe *Bustos Ramírez*, a. a. O., S. 402 ff, 386.

hier, was die Ausschließung des Unrechts anbelangt, nicht mehr um das Problem des Irrtums, was ein Problem der Kenntnisse ist und nicht der Wertewahrnehmung, die immer einen komplexen sozialen und kulturellen Prozeß und nicht bloß Kenntnisse impliziert. Es handelt sich hier also nicht um die Irrtumslehre, sondern um die Betrachtung eines anderen Wertebewußtseins (so wie Art. 6 bis a) Abs. 3 span. StGB von einem „irrtümlichen Glauben“ spricht und nicht von einem „Irrtum“ im Sinne von Abs. 1 und 2). Die traditionelle Lehre verwechselte die der Irrtumslehre eigenen Probleme mit denen des Wertebewußtseins, das sich von der Zumutbarkeit unterscheidet; indem sie darüber hinwegging, daß Gegenstand, Voraussetzung und Folgen in jedem Fall verschieden waren, faßte sie alles unter der Irrtumslehre zusammen.

Die Unvermeidbarkeit eines Unrechtsbewußtseins, das sich vom Zumutbaren unterscheidet, muß den Ausschluß der kriminellen Verantwortlichkeit beinhalten (Art. 6 bis a) Abs. 3 span. StGB), da anderenfalls der Mensch gerade für etwas Nichtzumutbares verantwortlich gemacht würde. Das Strafrechtssystem würde den Grundsatz der Menschenwürde verletzen, wenn es den Menschen trotz des Fehlens des Unrechtsbewußtseins aufgrund eines anderen Wertebewußtseins strafrechtlich verantwortlich macht. Folglich handelt es sich darum, die Unzumutbarkeit des vom System geforderten Unrechtsbewußtseins zu erklären.

Diese Unzumutbarkeit kann allerdings nicht total sein, d. h. daß Umstände vorliegen, aufgrund derer die Person das geforderte Bewußtsein haben konnte. In diesem Falle kann ein Fehlen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht ausgesprochen werden, sondern diese kann nur gemindert werden, wie Art. 66 span. StGB aufzeigt, auf den sich Art. 6 bis a) Abs. 3 span. StGB bezieht: „Die Tat ist nicht völlig entschuldbar, wenn nicht alle erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, um die kriminelle Verantwortlichkeit auszuschließen...“

Die Irrtumslehre und die Lehre von der Unzumutbarkeit des Unrechtsbewußtseins dürfen also nicht verwechselt werden, da sie auf völlig verschiedenen Ebenen einwirken und weil sie verschiedene kriminalpolitische und begriffliche Grundlagen haben. Folglich sind auch die Konsequenzen verschieden. Die Unvermeidbarkeit des Irrtums schließt das Unrecht aus, die Unvermeidbarkeit der Unzumutbarkeit des Bewußtseins schließt nur die kriminelle Verantwortlichkeit des Menschen aus; beim vermeidbaren Irrtum kann das fahrlässige Unrecht weiter vorliegen, die Vermeidbarkeit der Zumutbarkeit des Unrechtsbewußtseins kann nur die Verantwortlichkeit der Person mindern (das entsprechende Unrecht bleibt das gleiche, gleichgültig, ob es sich um ein vorsätzliches oder fahrlässiges handelt). De lege ferenda könnte natürlich gefordert werden, und zwar nicht vom Grundsatz der Menschenwürde aus und folglich im Verhältnis zur strafrechtlichen Verantwort-

lichkeit, sondern von der Strafnotwendigkeit und daher von der Strafanwendung aus, daß die Gerichte in den Fällen der vermeidbaren Unzumutbarkeit des Unrechtsbewußtseins nicht nur die Strafe mindern, sondern die Strafanwendung ausschließen können, sei es aufgrund der geringen Verantwortlichkeit oder der Art oder Geringfügigkeit des Unrechts, auf das sich diese Vermeidbarkeit bezieht.

Schließlich muß hinsichtlich der Verantwortlichkeit berücksichtigt werden, ob die vom System geforderte Verhaltensweise im konkreten Fall des Tuns für die Person zumutbar war. Es handelt sich also nicht darum, abstrakt die Handlungsfähigkeit der Person noch die Sittlichkeit ihrer Handlungen zu analysieren, sondern darum, vom Unrecht ausgehend zu untersuchen, ob die Person in der Lage war, auf ein bestimmtes gefordertes Verhalten zu reagieren. Das System kann vom Menschen nicht etwas verlangen, was bei seinem konkreten Tun über die Grenzen seiner Betrachtung als sozial Handelnder hinausgeht, und was letztendlich bedeuten würde, die Menschenwürde nicht zu achten und den Menschen nur als ein Rädchen des Systems anzusehen, der nach Belieben manipuliert werden kann, indem die Person als solche im Moment des Handelns außer Betracht gelassen wird. Und in diesem Sinne muß das System den Menschen also als solchen mit seinen Ängsten, seiner Müdigkeit, seinen fundamentalen Bedürfnissen, etc. betrachten. Wenn diese den Personen bei ihrem konkreten Verhalten eigenen Wesensmerkmale nicht berücksichtigt werden, so hieße dies, die Achtung der Menschenwürde nicht anzuerkennen und folglich wäre die einer Person unter solchen Bedingungen auferlegte Strafe in einem sozialen und demokratischen Rechtsstaat unrechtmäßig. Wenn also die Verhaltensweise nicht zumutbar ist, so muß die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgeschlossen werden, und wenn nicht alle für die Erklärung der Unzumutbarkeit notwendigen Voraussetzungen vorliegen, dann muß die Verantwortlichkeit gemindert werden. Es handelt sich also nicht um eine Gnadenbezeugung des Systems, sondern um eine direkte Konsequenz des Grundsatzes der Achtung der Menschenwürde, ohne den der Staat keine Strafe verhängen kann. Das bedeutet: nicht nur im Rechtsgut liegt die Begründung und Begrenzung für das strafende Eingreifen des Staates, vielmehr gilt das gleiche auch für die Menschenwürde.

Schließlich steht neben der Verbrechenslehre und der Lehre von der verantwortlichen Person die Lehre von der Strafanwendung, die sich im wesentlichen nach dem Prinzip der Strafnotwendigkeit richtet. Das heißt, auch wenn die Strafe verdient ist, weil es ein Delikt und eine verantwortliche Person gibt, kann aus kriminalpolitischer Sicht die Strafanwendung als nicht notwendig erscheinen, oder die Strafe ist auf andere Art oder in geringerem Maße oder mit anderen Bedingungen anzuwenden. Das gültige Strafrecht hat also anzuerkennen, daß es

innerhalb des Systems nicht nur eine einzige Lehre gibt, sondern mehrere, die in dynamischer und dialektischer Weise untereinander verbunden sind, und daß es immer darum geht, das kriminelle Problem als ein sozialpolitisches Problem anzusehen und daß darum immer die Beteiligung der Rechtsgenossen und das Angebot von Möglichkeiten zur Lösung von sozialen Konflikten vorliegen muß.

Unsichere Grundlagen der Kriminalpolitik

HANS-DIETER SCHWIND

In einem 1972 veröffentlichten Aufsatz¹ hat *Hilde Kaufmann* darauf verwiesen, daß „Kriminalpolitik jetzt verstanden wird als die Wissenschaft von den notwendigen Änderungen der Strafrechtspflege“. Gehe man „über dieses Verständnis des Wortes Kriminalpolitik hinaus, so (sei) selbstverständlich der gesamte Bereich der Politik irgendwie immer auch zugleich Kriminalpolitik: Wirtschaftspolitik, Wohnungspolitik, Gesundheitspolitik, Bildungspolitik, Verkehrspolitik, ja selbst die Außenpolitik und viele andere Zweige der Politik (hätten) natürlich alle irgendwie Berührungspunkte mit dem Phänomen Verbrechen und Verbrecher und (würden) mal mehr, mal weniger, auch in diesen Bereich hineinwirken“². Diese umfassendere Definition kriminalpolitischer Aufgabenstellung setzt sich vor dem Hintergrund zunehmender Kriminalitätsprobleme in unserer Gesellschaft immer mehr durch, weil sie darauf angelegt ist, die (lange vernachlässigte) außerstrafrechtliche Kriminalprävention auszubauen. Danach ist unter Kriminalpolitik die Gesamtheit aller staatlichen Maßnahmen zu verstehen, die zum Schutz der Gesellschaft und des einzelnen Bürgers auf Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität gerichtet sind³. Erst in diesem Rahmen wird auch die Kriminologie – über die Poenologie hinaus – als Grundlage (rationaler) Kriminalpolitik relevant. Den Ausgangspunkt jeder Kriminalpolitik bildet jedoch zunächst die Beurteilung der Kriminalitätslage.

I. Kriminalitätslage und Kriminalitätsprognose

So gehören zu den jährlich wiederkehrenden Meldungen der Medien immer wieder auch jene, nach denen in der Bundesrepublik Deutschland die Kriminalitätszahlen steigen (so grundsätzlich bis 1983) oder fallen (so 1984).

¹ *Kaufmann, H.*: Kriminologie zum Zwecke der Gesellschaftskritik?, in: JZ 1972, 79.

² *Kaufmann, H.* a. a. O. (Fn. 1).

³ *Schwind, H.-D.*: Zur kriminalpolitischen Lage in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Schwind, H.-D. / Berckbauer, F. / Steinhilper, G.* (Hrsg.): Präventive Kriminalpolitik, Heidelberg 1980, S. 3–26; so inzwischen z. B. auch *Burghard, W. / Herold, H. / Hamacher, H. W. / Schreiber, M. / Stümper, A. / Vorbeck, A.*: Kriminalistik-Lexikon, Heidelberg 1984, S. 116.

1. Zur Kriminalitätslage

Die Grundlage dieser Informationen bildet die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), die das *Bundeskriminalamt* (BKA) in Wiesbaden in jedem Frühjahr für das abgelaufene Kalenderjahr herausgibt.

a) Für 1983 enthält die PKS („*Hellfeld-Kriminalität*“) u. a. folgende Angaben:

- registriert wurden insgesamt 4,345 Millionen Straftaten (*absolute Zahl*). Zum Vergleich: 1973 waren es erst 2,559 Millionen Delikte; die Steigerungsraten schwankten pro Jahr zwischen 1,2 % und 8,0 %;
- die *Häufigkeitszahl* (HZ = Zahl der bekannt gewordenen Fälle pro 100 000 Einwohner) ist von 413,0 (1973) auf 7074,3 (1983) gestiegen. Das heißt (pauschal rechnerisch), daß 1983 für rund 7 % der Bevölkerung eine Straftat registriert worden ist;
- die *Zahl der Tatverdächtigen* hat sich von 1,023 Millionen (1973) auf 1,611 Millionen (1982; 1983 in der PKS nicht ausgedruckt) erhöht; dementsprechend stieg die *Kriminalitätsbelastungszahl* (KBZ = Zahl der ermittelten Tatverdächtigen pro 100 000 Einwohner) auf 2830,2 (1982; 1983 wiederum nicht ausgedruckt); besonders bemerkenswert ist der Anstieg der Jugendkriminalität (Steigerung von 1974 bis 1982 um 64,3 % bei den männlichen Tatverdächtigen und um 89,6 % bei den weiblichen Tatverdächtigen).

Daß die Fallzahlen 1984 (um 4,9 %) gesunken sind, hat u. a. mit folgenden Ursachen zu tun: erstens mit technisch bedingten Mindererfassungen von Straftaten (in Baden-Württemberg) und der Nichtberücksichtigung von Überhanddelikten aus dem Vorjahr (in Bremen); zweitens mit dem Verzicht der Versicherungen auf die Anzeigepflicht in bestimmten Fällen; und drittens wahrscheinlich mit den ersten Folgen des „Pillenkicks“ (geburtenschwache Jahrgänge).

Auf die dritte Ursache dürfte z. T. auch die 1984 beobachtete Verringerung der Tatverdächtigenzahlen (Abnahme gegenüber 1983 um rund 350 000) zurückzuführen sein. Diese Abnahme hat jedoch noch eine weitere erhebliche Ursache, nämlich die „Bereinigung der Tatverdächtigenzahlen“: Danach werden ab 1.1.1984 Tatverdächtige, denen im Erfassungszeitraum mehrere Straftaten zur Last gelegt werden, nur noch einmal gezählt; die Zahlen verringern sich dadurch um etwa 20 %⁴. 1985 nahm die Zahl der registrierten Straftaten wieder von 4,132 Millionen (1984) auf 4,215 Millionen (+ 2,0 %) zu (PKS für Bund und Länder 1986, 2).

b) Jeder, der sich mit der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) einmal näher befaßt hat, weiß allerdings, daß diese nur einen Bruchteil der Kriminalität registriert: Denn in der PKS können naturgemäß nur jene Delikte gezählt werden, die angezeigt oder auf anderem Wege den

⁴ Vgl. dazu schon *Heinz, W.*: „Bereinigte“ Tatverdächtigenzählung, in: *Kriminalistik* 1975, 556 ff.

Strafverfolgungsbehörden bekannt werden. Über das „Dunkelfeld“⁵ der nicht angezeigten Delikte kann die PKS also keine Aussage machen, d. h. die Polizeiliche Kriminalstatistik zeigt lediglich einen Ausschnitt aus der Gesamtkriminalität, die sich erst aus der Addition von Hell- und Dunkelfeldziffern ergibt. Der Umfang dieser Kriminalitätsteilfelder hängt primär von vier Umständen ab: erstens von der Kriminalitätsentwicklung; zweitens vom Anzeigeverhalten der Bürger; drittens von der Intensität der Arbeit der Strafverfolgungsbehörden und viertens von der Entwicklung der Bevölkerungszahlen (etwa Zuwanderungen auf der einen Seite, geburtenschwache Jahrgänge auf der anderen Seite). Dabei wird die entscheidende Weiche durch das Anzeigeverhalten (insbesondere der Opfer) gestellt. Die PKS-Zahlen können deshalb nur dann etwas über steigende oder fallende (Gesamt-)Kriminalität aussagen, wenn das Anzeigeverhalten konstant bleibt.

c) Ein *konstantes Verhältnis* hat noch im 19. Jahrhundert der Belgier *Adolphe L. J. Quetelet* (1796–1874) angenommen, der in seiner Schrift „*Physique sociale . . .*“⁶ aufgrund einer Statistik über Totschlagsdelikte in Frankreich u. a. zutreffend ausgeführt hat: „Dieses Verhältnis ist notwendig, und, ich wiederhole es, wenn es dieses nicht tatsächlich gäbe, wäre alles, was bis heute aufgrund der statistischen Unterlagen über das Verbrechen ausgesagt wurde, falsch und absurd“. Noch *Hellmer*⁷ vermutet, daß uns das „Dunkelfeld nicht interessiert, weil es überall gleich groß ist“. *Hellmer* nimmt also an, daß die Relation zwischen Hell- und Dunkelfeld konstant ist. Dieser Standpunkt dürfte auch noch der heutigen Auffassung der (meisten) Polizeibehörden und zahlreicher Kriminalpolitiker (und Journalisten) entsprechen. Man geht davon aus, „daß der erfaßte Ausschnitt innerhalb tolerierbarer Grenzen repräsentativ oder doch symptomatisch für Struktur und Bewegung der Kriminalität“⁸ ist. So halfen sich Kriminologie und Kriminalpolitik über das Dilemma des Dunkelfeldes bislang (grundsätzlich) mit der Hypothese von der Konstanz des Verhältnisses zwischen registrierter und nicht registrierter Delinquenz hinweg, was impliziert, daß die PKS insoweit ein (noch) brauchbares Barometer für das Steigen oder Sinken der Gesamtkrimina-

⁵ Darunter wird die Summe jener Delikte beschrieben, die den Strafverfolgungsbehörden nicht bekannt werden und deshalb in der Kriminalstatistik auch gar nicht erscheinen (*Schwind, H.-D. / Ahlborn, W. / Eger, H.J. et al.: Dunkelfeldforschung in Göttingen, Wiesbaden 1975, S. 16*).

⁶ Quetelet, A.: *Physique sociale ou Essai sur le développement des facultés de l'homme*, Bd. 2, 1869, S. 251.

⁷ *Hellmer, J.*: *Kriminalgeographie und Verbrechensbekämpfung*, in: *Kriminalist* 1974, 103.

⁸ Dazu *Heinz, W.*: *Das System der Strafrechtspflegestatistiken*, in: *Allgemeines Statistisches Archiv* 1975, 97.

lität darstellt. Empirische Hinweise zu dieser Frage liegen inzwischen aus der Bochumer „Empirischen Kriminalgeographie“ (1978)⁹ sowie aus einer Untersuchung über die „Strukturen der Kriminalität in Solingen“ (1985)¹⁰ vor. Dabei hat sich in beiden Arbeiten deutlich gezeigt, daß das Verhältnis von Hell- und Dunkelfeld in den einzelnen Stadtteilen voneinander mehr oder weniger differiert. Gleichwohl fällt auf, daß dort, wo das Hellfeld groß ist, auch die Dunkelfeldzahlen hoch liegen; man darf danach die Hypothese von *Quetelet* und *Hellmer* dahingehend *modifizieren*, daß

- die Vermutung der konstanten Verhältnisse nur insoweit zutrifft, als es so zu sein scheint, daß neben hohen Hellfeldzahlen auch hohe Dunkelfeldzahlen stehen,
- aber in *wechselnder Relation* zueinander¹¹.

Wenn sich Hell- und Dunkelfeld danach nicht (berechenbar) konstant zueinander verhalten und auch nicht (wie andere annehmen) umgekehrt proportional, gibt es (bisher) für die Kriminalpolitik insoweit keine gesicherte Grundlage; jedenfalls solange es (hierzulande) noch an statistikbegleitender Dunkelfeldforschung fehlt. In den USA, in Kanada und in Holland sind zumindest entsprechende Ansätze zu beobachten: Dort werden bereits in regelmäßigen Abständen Opferbefragungen durchgeführt.

2. Zur Kriminalitätsprognose

Nicht zuletzt die ungelöste Dunkelfeldfrage erschwert auch die Prognose der künftigen Kriminalitätsentwicklung, die als Grundlage kriminalpolitischer Entscheidungen Bedeutung besitzt. Seit Juni 1982 machte sich über diese Frage auch ein Prognosegremium „Entwicklung der Kriminalität“ Gedanken, das der Präsident des *Bundeskriminalamts* entsprechend dem Auftrag aus § 2 Abs. 1 Ziff. 5 des BKA-Gesetzes („Beobachtung und Analyse der Kriminalitätsentwicklung“) eingesetzt hat¹² (Ende 1985 wieder aufgelöst).

Zu den Methoden der Kriminalitätsprognose, die inzwischen am häufigsten diskutiert und auch praktiziert werden, gehören:

- die „einfache Zeitreihenverlängerung“,
- quantitative Ansätze zur Modellbildung,
- Expertenbefragungen sowie die Mischform des
- Szenario-Ansatzes.

⁹ Schwind, H.-D. / Ahlborn, W. / Weiß, R.: Empirische Kriminalgeographie – Kriminalitätsatlas Bochum, Wiesbaden 1978, 190 ff.

¹⁰ Plate, M. / Schwinges, U. / Weiß, R.: Strukturen der Kriminalität in Solingen, Wiesbaden 1985.

¹¹ Schwind, H.-D. / Ahlborn, W. / Weiß, R. a. a. O. (Fn. 9), S. 192.

¹² Vgl. dazu Kube, E.: Kriminalitätsprognose. Überlegungen zur Notwendigkeit, Möglichkeiten und Grenzen, in: MschrKrim. 1984, 11.