
**6. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und
Strafrechtler**

Potsdam 2017

Anna H. Albrecht | Julia Geneuss | Alix Giraud | Erol Pohlreich [Hrsg.]

Strafrecht und Politik



Nomos

Herausgegeben von

Anna H. Albrecht | Julia Geneuss | Alix Giraud | Erol Pohlreich

Junges Strafrecht e.V.

6. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler

Potsdam 2017

Anna H. Albrecht | Julia Geneuss | Alix Giraud | Erol Pohlreich [Hrsg.]

Strafrecht und Politik



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4157-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-8376-0 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Geleitwort

Dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz war es ein Anliegen, einen Beitrag zum mittlerweile 6. Symposium des Jungen Strafrechts e. V. zu leisten. Das gewählte Thema „Strafrecht und Politik“ versprach für die Arbeit des Ministeriums bereichernde Beiträge – und diese wurden, wie die folgenden Seiten zeigen, geliefert. Das Engagement des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz erschöpfte sich deshalb keineswegs in einer Nachwuchsförderung der Strafrechtswissenschaft. Das würde den zwar jungen, jedoch gestandenen Tagungsteilnehmenden und -mitwirkenden nicht gerecht. Der Gedankenaustausch des 6. Symposiums des Jungen Strafrechts e. V. war jung im Ansatz und ausgereift im Ergebnis.

Die Herangehensweise der Strafrechtswissenschaft und der Politik an das Strafrecht ist unterschiedlich. Die Akteure der Kriminalpolitik, zu denen das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zählt, fahren oft „auf Sicht“. Kriminalpolitik orientiert sich häufig kurzfristig und ist nicht selten getrieben von aktuellen Anlässen, etwa von Gerichtsurteilen, gesellschaftlichen Skandalen, aufsehenerregenden Straftaten oder Terroranschlägen, und steht oft unter dem Druck öffentlicher oder veröffentlichter Meinung. Seriöser wissenschaftlicher Diskurs benötigt hingegen Zeit, Zeit, die der Kriminalpolitik fehlt oder die sie sich manchmal auch einfach nicht nimmt.

So besteht die Gefahr eines Auseinanderdriftens der Strafrechtswissenschaft auf der einen und der Kriminalpolitik auf der anderen Seite. Erschwert die hohe Gesetzgebungsgeschwindigkeit eine wissenschaftlich fundierte Auseinandersetzung, wäre es nur zu verständlich, wenn die Strafrechtswissenschaft zunehmend auf Einflussnahme verzichtete. Umgekehrt misst die Kriminalpolitik der Strafrechtswissenschaft zunehmend weniger Bedeutung bei, oft weil sie die Zeit nicht hat, auf abgesicherte Ergebnisse des wissenschaftlichen Diskurses zu warten.

Auf einigen Gebieten hoher kriminalpolitischer Relevanz hält sich die Strafrechtswissenschaft zudem fast schon traditionell zurück. Als Beispiel sei das Maßregelrecht genannt, das in den beiden vergangenen Jahrzehnten einen Schwerpunkt der Strafgesetzgebung bildete, mit einer Reihe ganz sicher erörterungswürdiger und -bedürftiger Einzelvorhaben: die Einführung zunächst der vorbehaltenen, dann der nachträglichen Siche-

rungsverwahrung, das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung, das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung und zuletzt das Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB. Dieser regen Gesetzgebungstätigkeit steht – von wenigen Ausnahmen einmal abgesehen – kaum eine intensivere und vor allem zeitgerechte Auseinandersetzung der Fachwelt mit dieser Thematik gegenüber. Dabei wäre es wünschenswert, ja geradezu erforderlich, wenn sich die Strafrechtswissenschaft wieder mehr in Kriminalpolitik einmischte.

Es gibt sie nämlich nach wie vor, die Beispiele für ein ausgesprochen erfolgreiches Zusammenwirken von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik: Die Erstellung des Völkerstrafgesetzbuchs fand beispielsweise nicht nur auf der Basis umfassender wissenschaftlicher Vorbereitung statt, sondern auch unter unmittelbarer Mitwirkung der Wissenschaftler in der Gesetzgebung selbst. Das Völkerstrafgesetzbuch wurde in der Folge – um eine Plattitüde zu bemühen – zu einem international hoch angesehenen Exportschlager.

Das setzt – selbstverständlich – voraus, dass Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft einander ernst nehmen, auch im Verständnis für die Grenzen, die ihnen in ihren unterschiedlichen Arbeits- und Verfahrensweisen oder in ihrer thematischen Schwerpunktsetzung jeweils gezogen sind. Die in die junge Generation der Strafrechtslehrerinnen und -lehrer, die sich beim 6. Symposium des Jungen Strafrechts e. V. versammelt hatte, gelegte Hoffnung ist, eine eigenständige Position gegenüber der Kriminalpolitik anzunehmen. Dazu wird immer wieder Einmischung gehören, beispielsweise um der Politik zu verdeutlichen, dass sie zu kurz denkt, wenn sie in der strafrechtlichen Infrastruktur nur Schlaglöcher stopft, wo eine aufwändigere, weil von langer Hand geplante Komplettanierung einzelner Bauabschnitte im Straf- und Strafverfahrensrecht auf Dauer sinnvoller wären.

Dass sich das 6. Symposium des Jungen Strafrechts e. V. dem Thema Politik und Strafrecht widmete, macht jedenfalls Hoffnung auf Impulse aus den jungen Reihen der Strafrechtswissenschaft, denen sich die Politik nicht verschließen sollte.

Dr. Bernhard Böhm
Abteilungsleiter der Abteilung II – Strafrecht
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Vorwort

Am 8. und 9. September 2017 fand in Potsdam das nunmehr 6. Symposium des Jungen Strafrechts statt. Der vorliegende Band enthält die auf dem Symposium vorgetragenen Referate.

Das übergeordnete Thema der Veranstaltung, „Strafrecht und Politik“, ist ein weites Feld. So verwundert es nicht und war vielmehr beabsichtigt, dass sich die Beiträge des Bandes diesem Spannungsverhältnis aus ganz unterschiedlicher Perspektive nähern. Zu Beginn untersucht *Boris Burghardt* ganz grundlegend das komplexe Verhältnis von Recht und Politik und den spezifischen Richtigkeitsanspruch, den die Politik ihrem Handlungsmodus Recht zumisst. *Inga Schuchmann* widmet sich in ihrem Beitrag den Grenzen der Strafgesetzgebung und damit der Kriminalpolitik. Diese verortet sie weder in Rechtsgutslehre noch im Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern bringt stattdessen das Schuldprinzip als die Strafgesetzgebung begrenzenden Mechanismus in Stellung. Mit der amerikanischen *Overcriminalization* als „politischem Strafrechtsexzess“ befasst sich *Monika Simmler*. Sie beleuchtet die politische Debatte um die *strict criminal liability offences*, die aus pragmatischen Gründen das strafrechtliche Schuldprinzip durchbrechen, und erläutert, warum sich linksliberale Kreise weigern, gerade hier bei der Bekämpfung der Expansion des Strafrechts anzusetzen. *Lucas Montenegro* thematisiert die Verschränkungen von Politik und Strafrecht bei Fällen politisch-extremistischer Täter und geht den Fragen nach, inwieweit eine extremistische (politische) Ideologie die Schuldfähigkeit des Täters beeinflusst und ob es legitim bzw. kriminalpolitisch sinnvoll ist, die Schuldfähigkeitsfeststellung als kriminalpolitisches Instrument im „Kampf“ gegen politischen Extremismus zu verwenden. *Thomas Grosse-Wilde* blickt in seinem Beitrag auf das Terrorismusstrafrecht, einem hochkonjunkturellen Strafrechtsbereich, der per definitionem eine besondere Politiknähe aufweist, und hinterfragt die Legitimierbarkeit eines deutschen „Welt-Staatsschutzstrafrechts“ anhand der Staatsschutzklausel des § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB. Die fehlgeschlagene Strafverfolgung von deutschen Soldaten für während des Ersten Weltkrieges begangene Kriegsverbrechen durch das Reichsgericht ist Thema des Beitrages von *Manuel Ladiges*. Er untersucht die rechtlichen Mechanismen und politischen Rahmenbedingungen für die weitgehende strafrechtliche Nichtahndung der Verbrechen und kommt zu dem – möglicherweise verallge-

meinerungsfähigen – Befund, dass die strafrechtliche Aufarbeitung völkerrechtlicher Verbrechen in nationaler Verantwortung politisiert und untauglich war. Auch der Beitrag von *Laura Neumann* widmet sich dem Völkerstrafrecht als einem per se besonders politiknahen und politisierten Strafrechtsgebiet. In ihrem Beitrag leuchtet sie die politischen Dimensionen des Internationalen Strafgerichtshofs aus und untersucht die Vorwürfe, der Gerichtshof sei von politischen Einflüssen geleitet, auf ihre Stichhaltigkeit. Mit seiner kritischen Analyse des neu in das österreichische Strafgesetzbuch eingefügten Tatbestands gegen „Staatsfeindliche Bewegungen“ verweist *Roland Pichler* auf die problematische Tendenz, Strafrecht übereilt und handwerklich mangelhaft als politischen Reflex auf akute Einzelfallereignisse einzusetzen. Ebenfalls vor dem Hintergrund aktueller Vorkommnisse – dem amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf und der europäischen Flüchtlingsschutzkrise – befasst sich *Christian Rückert* mit strafrechtlichen Fragen rund um die Phänomene „Fake News“ und „Social Bots“. Er beleuchtet die Anwendbarkeit bestehender Strafnormen und insbesondere, ob der – auch hierzulande mittlerweile reflexartige – Ruf aus der Politik nach neuen Strafvorschriften seine Berechtigung hat. Schließlich widmet sich *Andreas Werkmeister* der gegenwärtig besonders sichtbaren und stets enger gezogenen Verknüpfung von Strafrecht und Migrationspolitik, ergründet, welches Strafrechtsmodell dem deutschen „Migrationsstrafrecht“ zu Grunde liegt, und entwickelt Ansätze für ein alternatives menschenwürdebezogenes und menschenrechtsbegrenztes Migrationsstrafrecht.

Alle in den Beiträgen zitierten Internetseiten wurden zuletzt am 4. Januar 2018 abgerufen.

Bedanken möchten wir uns bei allen Referentinnen und Referenten für ihre Vorträge sowie bei den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Symposiums für die rege Teilnahme an der Diskussion. Danken möchten wir zudem denjenigen Personen, die darüber hinaus wesentlich zum Gelingen der Veranstaltung beigetragen haben. Hier sind an erster Stelle der Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam, Prof. Dr. *Götz Schulze*, sowie die strafrechtlichen Kollegen, Prof. Dr. *Wolfgang Mitsch*, Prof. Dr. *Uwe Hellmann* und Prof. Dr. *Georg Steinberg* zu nennen, die die Durchführung des Symposiums von Beginn an unterstützt haben. Ein besonderer Dank gebührt zudem allen Helferinnen und Helfern, die uns im Vorfeld bei der Organisation, vor allem aber während der Veranstaltung viel Arbeit abgenommen haben, insbesondere *Antonia Beutel*, *Christopher Gardt*, *Martin Linke* und *Jason Wilper*. Schließlich danken wir dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, namentlich Ministe-

rialdirigent Dr. *Bernhard Böhm*, Regierungsdirektorin *Susanne Bunke* und Richter Dr. *Steffen Röber*, den Verlagen C.H. Beck, Duncker & Humblot, Mohr Siebeck, C.F. Müller und Nomos, den Kanzleien Beulke Strafverteidigung, Sandkuhl Rechtsanwälte und WidmaierNorouzi Rechtsanwälte sowie dem Verein der Freunde und Förderer der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam, die die Veranstaltung großzügig unterstützt haben. Teilweise begleiten sie die Symposien des Jungen Strafrechts nun schon länger und leisten damit einen wichtigen Beitrag zur Verstetigung und Kontinuität des Jungen Strafrechts.

Berlin, Hamburg, Potsdam
im Februar 2018

Anna H. Albrecht, Julia Geneuss, Alix Giraud & Erol Pohlreich

Inhaltsverzeichnis

(Straf-)Recht als Modus der Politik <i>Boris Burghardt</i>	13
Grenzen der Strafgesetzgebung – Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit, Schuld <i>Inga Schuchmann</i>	31
Zwischen <i>Overcriminalization</i> und <i>Overpunishment</i> : Die US-amerikanische Mens- Rea-Debatte und die politischen Dimensionen des Schuldprinzips <i>Monika Simmler</i>	51
Die Schuldfähigkeit im Spannungsfeld von politischem Extremismus und psychischer Abnormität <i>Lucas Montenegro</i>	77
Terrorismus- und Staatsschutzstrafrecht zwischen Recht und (Außen-)Politik am Beispiel der Staatsschutzklausel des § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB <i>Thomas Grosse-Wilde</i>	93
Die Leipziger Prozesse – Die (Nicht)-Verfolgung von Kriegsverbrechen des Ersten Weltkrieges <i>Manuel Ladiges</i>	109
Die politischen Dimensionen des Internationalen Strafgerichtshofs <i>Laura Neumann</i>	131
Die strafrechtliche Verfolgung von „Reichsbürgern“ als Gefahr für die Meinungsfreiheit und für politischen Protest? – am Beispiel Österreich <i>Roland Pichler</i>	147

Inhaltsverzeichnis

Fake News und Social Bots – Demokratieschutz durch Strafrecht? <i>Christian Rückert</i>	167
Migrationspolitik mit den Mitteln des Strafrechts? Grundfragen des „Crimmigration Law“ am Beispiel der Strafbarkeit der unerlaubten Einreise <i>Andreas Werkmeister</i>	187
Verzeichnis der Autor/-innen und Herausgeber/-innen	209

(Straf-)Recht als Modus der Politik

Boris Burghardt, Berlin / Frankfurt (Oder)

A. Einleitung

Zwei Thesen zu dem Thema der Tagung sollen im Folgenden dargelegt werden. Die erste These lässt sich unmittelbar dem Titel des Beitrags entnehmen. Sie bezieht sich auf das Grundverhältnis von Recht und Politik. Die These lautet: Recht ist ein Modus der Politik.

Die zweite These bezieht sich auf das Strafrecht als spezifisches Rechtsgebiet. Sie ist komplexer und lässt sich nicht so leicht zusammenfassen, solange die erste These noch nicht erläutert wurde. Versucht wird eine sprachanalytisch begründete Reformulierung der These, dass dem Strafrecht in unserer Rechtsordnung eine Sonderrolle zukommt, die seine Konstitutionalisierung erschwert. Die These lautet dann so: Das deutsche Strafrecht erhebt für sich einen anderen Richtigkeitsanspruch als das Grundgesetz.

B. Erste These: Recht ist ein Modus der Politik

In den gängigen Beschreibungen erscheinen Recht und Politik als dualistisches Begriffspaar. Recht und Politik sind danach zwar irgendwie wechselseitig aufeinander bezogen, lassen sich aber doch voneinander unterscheiden.¹ Die nähere Beschreibung schwankt dann regelmäßig zwischen zwei Polen: Recht wird einerseits als Grenze der Politik verstanden, als etwas, das den Handlungsspielraum politischer Akteure begrenzt, indem es Vorgaben etabliert, welche die Politik zu respektieren hat und an denen sie zu messen ist. Andererseits erscheint Recht als Mittel der Politik, als Instrument, um politische Ziele durchzusetzen.²

Gerade in der deutschen Strafrechtswissenschaft mit ihrer starken idealistischen Tradition sind diese Beschreibungen mit wertenden Intuitionen

1 Vgl. zusammenfassend z.B. *Frick/Lembcke/Lhotta*, in: dies. (Hrsg.), *Politik und Recht* (2017), 17, 22.

2 Vgl. z.B. *Singelnstein/Stolle*, *Die Sicherheitsgesellschaft*, 3. Aufl. (2012), 162.

verknüpft: Recht als Begrenzung von Politik ist irgendwie gut, Recht als Instrument der Politik irgendwie problematisch.³

Beschreibungen dieses Typs sind widersprüchlich, zumindest aber unvollständig. Sie reifizieren das Recht und verdecken damit seinen Charakter als soziale Praxis. Vorgeschlagen wird hier daher eine abweichende Rekonstruktion des Verhältnisses von Politik und Recht: Recht ist ein Modus politischen Handelns. Als solcher kann er von anderen Modi politischen Handelns unterschieden werden. Es gibt aber kein Recht außerhalb der Politik.

Wenn Recht ein Modus politischen Handelns ist, dann ist Recht weder Begrenzung noch Instrument politischen Handelns. Das lässt sich verdeutlichen, wenn wir den Modus eines anderen Verhaltens betrachten.

Krabbeln ist ein Modus der körperlichen Fortbewegung ohne technisches Hilfsmittel. Krabbeln ist kein *Instrument* der Fortbewegung; es *ist* Fortbewegung, nur eben eine bestimmte Art derselben. Krabbeln ist auch keine *Begrenzung* der körperlichen Fortbewegung. Sondern, erneut, eine Art der Fortbewegung. Freilich lässt sich diese Art der Fortbewegung von anderen Arten der Fortbewegung unterscheiden. Wenn der Krabbelnde sich erhebt und einen Fuß vor den anderen setzt, dann hört er nicht auf, sich fortzubewegen. Aber er wechselt in einen anderen Modus der Fortbewegung.

Das Verhältnis, in dem Recht zur Politik steht, entspricht dem Verhältnis, in dem das Krabbeln zur Fortbewegung steht. Oder – um den Vergleich für das Recht in ästhetischer Hinsicht erfreulicher zu gestalten – Recht ist der aufrechte Gang der Politik. Wir wissen aber, dass politisches Handeln auch in weniger schön anzuschauenden Formen, sozusagen im Krabbel- oder Kriechmodus, vollzogen werden kann.

Dieser Vergleich dürfte auch klar machen, welche Frage sich stellt, wenn Recht als Modus politischen Handelns verstanden wird. Es fragt sich, was das Spezifikum des Rechts als Modus politischen Handelns ist. Was zeichnet Recht gegenüber anderen Modi politischen Handelns aus?

Kennzeichen des Rechts als Handlungsmodus der Politik ist der Richtigkeitsanspruch, den Politik für sich reklamiert, indem sie sich in dem

3 Vgl. i.d.S. z.B. *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht (2013), 32 ff.; *Naucke*, ZStW 94 (1982), 526, 541, 549, 562; *ders.*, KritV 1990, 244, 249, 254, 259; *ders.*, KritV 1993, 135, 136 f., 154 ff.; *Sander*, Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht (2007), 307 f.; *Vormbaum*, ZStW 107 (1995), 734, 750. Zu einer entsprechenden Bestandsaufnahme gelangen z.B. *Appel*, KritV 1999, 278, 286 ff.; *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege (2015), 40, 43; *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 659 ff.

Modus des Rechts vollzieht. Politisches Handeln lässt sich sehr allgemein bestimmen als soziales Handeln, das darauf ausgerichtet ist, verhaltensleitende Entscheidungen über das Zusammenleben von Menschen zu treffen.⁴ Diese Begriffsbestimmung passt erkennbar auch auf das Recht, sofern sie geringfügig angereichert wird. Als Recht beansprucht Politik, mehr zu sein als einfach nur verhaltensleitend. Recht behauptet, den eigenen verhaltensleitenden Anspruch mit Gründen rechtfertigen zu können, die allgemein zustimmungsfähig sind. In traditionellen Begriffen: Recht beansprucht, gerecht zu sein. Oder in einer skeptisch-relativistischen Fassung, die den Eindruck vermeidet, es gäbe die eine gerechte Lösung: Recht beansprucht, nicht ungerecht zu sein und gerechter als ein Zustand, der allein durch die Faktizität bestimmt wird.⁵ Deswegen wählt das Recht auch besondere Formen und Begriffe des Vollzuges, die seine Unterscheidbarkeit von anderen Modi politischen Handelns sicherstellt. Es schafft bestimmte Orte und Artefakte, Einrichtungen und Inszenierungen, die zum Ausdruck bringen sollen: Was hier passiert, ist etwas anderes als reine Machtausübung.⁶

Der Modus des Rechts hat in funktionaler Hinsicht einen großen Vorteil für das politische Handeln. Eben weil politisches Handeln im Modus des Rechts inhaltliche Richtigkeit für sich reklamiert, trägt die Begründung des verhaltensleitenden Anspruchs weiter als bei anderen Modi, in denen sich politisches Handeln vollziehen kann: Er ist unabhängig von der Zustimmung der Adressaten oder der effektiven Möglichkeit der Durchsetzung im Einzelfall. Recht beansprucht, auch dann befolgt zu werden, wenn der Adressat die rechtliche Regelung inhaltlich für falsch hält oder wenn ausgeschlossen ist, dass die rechtsetzende politische Gemeinschaft nach den tatsächlichen Umständen das Recht zwangsweise wird durchset-

4 Vgl. z.B. *Schimmelfennig*, Internationale Politik (2010), 19 ff.

5 Ähnlich insoweit, trotz ihrer – erheblichen – Unterschiede im Übrigen, z.B. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (1983), 265; *ders.*, Theorie der Grundrechte (1986), 259 ff.; *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs (1995), 77; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. (1991), 299 ff.; *Dreier*, NJW 1986, 890, 896; *Dworkin*, Law's Empire (1986), 87 ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung (1994), 135 ff.; *Höffe*, Politische Gerechtigkeit (1987), 130 ff.; *Koller*, Theorie des Rechts, 2. Aufl. (1997), 37 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), 118; *Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. (1996), 31 ff.

6 Vgl. zu dieser Dimension des Rechts *Legnaro/Aengenheister*, Die Aufführung von Strafrecht (1999), 6 ff.; *Jung*, in: Jung/Luxenburger/Wahle (Hrsg.), FS Egon Müller (2008), 325; *Mulcahey*, Legal Architecture (2011), 67 ff.; *Vismann*, Medien der Rechtsprechung (2011), passim.

zen können. Dieses Surplus an Geltungsanspruch ist der richtige Kern des Topos vom Recht als Instrument der Politik.

Zugleich hat der Modus des Rechts allerdings einen Preis. Weil politisches Handeln im Modus des Rechts den Anspruch erhebt, einem generalisierbaren Maßstab der Richtigkeit zu genügen, kann es sich als Recht nicht der Frage nach der Begründung seines verhaltensleitenden Anspruchs verweigern, ohne in einen Selbstwiderspruch zu geraten.⁷

Damit wird auch verständlich, was gemeint ist, wenn gängiger Weise vom Recht als Begrenzung der Politik gesprochen wird. Der zutreffende Kern dieses Topos ist: Wenn Politik im Modus des Rechts dadurch gekennzeichnet ist, dass sie den Anspruch generalisierbarer Richtigkeit erhebt, dann lässt sich gegen politische Handlungen, die sich in den Formen des Rechts vollziehen, einwenden, sie würden diesem Anspruch nicht gerecht. Über die Gerechtigkeit eines Gesetzes oder eines Urteils lässt sich daher sinnvoll streiten. Über andere normative Aussagen, etwa die Drohung eines Räubers, lässt sich nicht in dieser Weise streiten. Die Drohung des Räubers soll zwar – ebenso wie eine Rechtsnorm oder ein Urteil – verhaltensleitend sein; sie reklamiert aber nicht zugleich, dass sich ihr verhaltensleitender Anspruch mit Gründen rechtfertigen ließe, die allgemein zustimmungsfähig sind. Bei der Drohung des Räubers beschränkt sich die in Anspruch genommene Begründung, warum der Drohung Folge zu leisten ist, auf die Behauptung, das in Aussicht gestellte Übel eintreten lassen zu können. Bei rechtlichen Anordnungen mag zwar die Behauptung der zwangsweisen Durchsetzung ebenfalls eine konstitutive Dimension bilden. Im Verhältnis zu anderen Formen politischen Handelns ist aber der hinzutretende Richtigkeitsanspruch des Rechts das wesentliche Differenzierungskriterium.

Kurz: Die Frage nach der Gerechtigkeit von Recht ist eine Frage, die nicht etwa von außen an das Recht herangetragen wird. Sie wird durch das Recht als Modus politischen Handelns selbst aufgeworfen. Recht „begrenzt“ Politik also, weil der Modus des Rechts impliziert, dass bestimmte Formen und Inhalte politischen Handelns mit ihm unvereinbar sind. Deswegen steht, wenn sich politisches Handeln im Modus des Rechts vollzieht, stets in Frage, ob es den mit dieser Handlungsform einhergehenden

7 Vgl. i.d.S. z.B. *Alexy*, in: Dreier (Hrsg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts* (1990), 18 ff.; *ders.*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4. Aufl. (2005), 57 ff., insbes. 62; *MacCormick*, in: *ders./Weinberger*, *An Institutional Theory of Law* (1986), 141; *Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), in: GRGA Bd. 3, 89; *ders.*, *Rechtsphilosophie*, 8. Auf. (1973), 119.

Anforderungen auch gerecht wird. Denn der Richtigkeitsanspruch und damit die Frage, ob ein Rechtsakt diesem Richtigkeitsanspruch genügt, ergibt sich bereits aus der Performativität des Rechts selbst, also aus der Unterscheidbarkeit des Rechts als eines spezifischen Modus politischen Handelns. So wie es zum Krabbeln als Modus der Fortbewegung dazu gehört, dass es sich „auf allen vieren“ vollzieht, gehört zum Recht der Anspruch, Fragen der Gestaltung und Ordnung des Zusammenlebens der Menschen nicht lediglich nach Gesichtspunkten von Macht und tatsächlicher Durchsetzbarkeit zu beantworten, sondern nach Kriterien, die allgemein zustimmungsfähig sind.

Es liegt der Einwand nahe, dass diese Bestimmung, was das Recht als Modus politischen Handelns auszeichnet, die Unterscheidung von Recht und Moral aufhebt. Daran ist richtig, dass nach hier vertretener Ansicht Recht und Moral insofern Übereinstimmungen aufweisen, als es sich jeweils um Aussagen handelt, die ihren verhaltensleitenden Anspruch auf die Behauptung generalisierbarer inhaltlicher Richtigkeit stützen. Auch für moralische Aussagen ist kennzeichnend, dass sie behaupten, gerecht zu sein (oder doch wenigstens nicht ungerecht und gerechter als ein Zustand, der allein durch die Faktizität bestimmt wird).⁸

Der wesentliche Unterschied zwischen Recht und Moral liegt indes in der Institutionalisierung des Rechts, also in der Etablierung eines Systems der zwangsweisen Durchsetzung der Vorgaben des Rechts bzw. der Sanktionierung im Falle ihrer Verletzung.⁹ Die Institutionalisierung des Rechts erlaubt eine auf das System der jeweiligen Rechtsordnung bezogene Formulierung des inhaltlich fundierten Geltungsanspruchs. Anders als moralische Aussagen müssen Rechtsnormen für die inhaltliche Fundierung ihres Geltungsanspruchs also nicht auf die intrinsische Qualität ihres unmittelbaren Regelungsgehalts verweisen, sondern können sich insofern auf die Behauptung der Zugehörigkeit zu einer Rechtsordnung beschränken, die *insgesamt* jedenfalls nicht ungerecht und zugleich gerechter sei als ein durch reine Faktizität bestimmter Zustand. Mit anderen Worten: Der Unterschied zwischen moralischen und rechtlichen Aussagen liegt hinsichtlich der inhaltlichen Fundierung ihres Geltungsanspruchs im Wesentlichen darin, dass moralische Aussagen ihre inhaltliche Richtigkeit für jede Aussage gesondert unter Beweis stellen müssen. Rechtliche Aussagen können

8 Vgl. z.B. *Baier*, *The Moral Point of View* (1958), 123; *Hare*, *Moral Thinking* (1981), 106 ff.; *Nagel*, *The Last Word* (1997), 104.

9 Klassisch *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, § 6 II. b). Ähnlich *Geiger*, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (1964), 339.

dagegen, eben weil sie Teil einer institutionalisierten Praxis sind, darauf verweisen, dass ihr inhaltlich fundierter Geltungsanspruch jedenfalls angesichts ihrer Zugehörigkeit zu einem insgesamt gerechten bzw. nicht ungerechten und relativ gerechteren Rechtssystem gewährleistet sei.¹⁰ Freilich verliert der Verweis auf die Zugehörigkeit zu einer zumindest insgesamt gerechten Rechtsordnung in dem Maß an Plausibilität, in dem sich die Einzelregelung einer Rechtfertigung mit generalisiert zustimmungsfähigen Gründen offenkundig entzieht.¹¹

Zugleich muss selbstredend nicht jede Aussage, die ihren verhaltensleitenden Anspruch mit der Behauptung inhaltlicher Richtigkeit fundiert, in Rechtsform erfolgen und dadurch um die Möglichkeit institutionalisierter zwangsweiser Durchsetzung ergänzt werden. Für die Frage, ob diese Möglichkeit gewählt wird, sind Gesichtspunkte ausschlaggebend, die über die gemeinsame Richtigkeitsbehauptung hinausgehen. Das können insbesondere pragmatische Erwägungen sein, etwa ob sich eine zwangsweise Durchsetzung tatsächlich realisieren ließe, zu welchem Preis und mit welchen Folgen. So wenig ein moralisches System sämtliche Aussagen in deontischer Form formulieren muss, so wenig müssen moralische Ge- oder Verbote durch Reformulierung als rechtliche Regelung um die Möglichkeit institutionalisierter zwangsweiser Durchsetzung ergänzt werden.¹²

Festzuhalten bleibt: Recht ist ein Modus politischen Handelns. Sein Kennzeichen im Vergleich zu anderen Modi politischen Handelns liegt in der Fundierung seines verhaltensleitenden Anspruchs: Recht behauptet, seinen verhaltensleitenden Anspruch mit generalisiert zustimmungsfähigen Erwägungen begründen zu können. Ob eine objektive Überprüfung dieses Richtigkeitsanspruchs möglich ist, ist eine davon zu unterscheidende Frage, die an dieser Stelle offen bleiben kann.

10 Diese für das Recht kennzeichnende Möglichkeit, den Richtigkeitsanspruch statt für die einzelne Regelung lediglich für die Rechtsordnung insgesamt zu erheben, begründet eine spezifische Missbrauchsgefahr des Rechts. Sie ermöglicht dem einzelnen Rechtsanwender, sich bei der Anwendung einer konkreten Regelung hinter der unterstellten Gerechtigkeit des gesamten Regelungssystems zu verstecken und die Frage nach der inhaltlichen Rechtfertigung der einzelnen Regelung zu übergehen.

11 Zu dem Zusammenspiel von dem auf die einzelne Regelung bezogenen Richtigkeitsanspruch mit dem auf die Rechtsordnung bezogenen Richtigkeitsanspruch vgl. z.B. *Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit* (2004), 82 ff.

12 Außer Betracht bleibt an dieser Stelle die Möglichkeit, dass auch das Recht Regelungen aufweisen kann, die gerade nicht zwangsweise durchsetzbar sind.

C. Zweite These: Das deutsche Strafrecht formuliert für sich einen anderen Richtigkeitsanspruch als das Grundgesetz

Das deutsche Strafrecht formuliert für sich einen anderen Richtigkeitsanspruch als das Grundgesetz. Der Richtigkeitsanspruch des Grundgesetzes ist im Kern holistisch. Der Richtigkeitsanspruch des deutschen Strafrechts ist dagegen im Wesentlichen reduktionistisch. Vereinfacht: Das Grundgesetz will der Rechtsgemeinschaft insgesamt gerecht werden. Das Strafrecht erklärt, es wolle dem Täter gerecht werden.

Bevor näher auf Grundgesetz und Strafrecht eingegangen wird, soll kurz die Unterscheidung zwischen holistischen und reduktionistischen Richtigkeitsansprüchen erläutert werden.

I. Holistische und reduktionistische Richtigkeitsansprüche

Der Richtigkeitsanspruch rechtlicher Aussagen kann holistisch oder reduktionistisch begründet werden. „Holistisch“ nenne ich solche Konzeptualisierungen der Frage nach der generalisiert zustimmungsfähigen Begründung des verhaltensleitenden Anspruchs, die in der Sache eine Gesamtabwägung der verschiedenen, irgendwie einschlägigen Interessen mit- und gegeneinander vorsehen. Die Rechtfertigung erfolgt, um ein in der englischsprachigen Moralphilosophie verbreitetes Stichwort zu gebrauchen, „all things considered“.¹³

Beispielhaft lässt sich auf die klassische Formel des Utilitarismus verweisen. Danach ist die inhaltliche Richtigkeit einer verhaltensleitenden Aussage danach zu bemessen, ob sie „the greatest happiness of the greatest number“ produziert.¹⁴ Entscheidend ist demnach nicht der Nutzen oder das Wohlergehen einer einzelnen Person oder einer bestimmten Gruppe, sondern der Gesamtnutzen, also die Aggregation aller Folgen eines Verhaltens in Relation zu seinen Alternativen.

„Reduktionistisch“ nenne ich dagegen Aussagen, die zwar reklamieren, ihren verhaltensleitenden Anspruch mit generalisiert zustimmungsfähigen Gründen rechtfertigen zu können, zugleich aber die Gründe begrenzen, die in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sind. Es findet also nicht eine Abwägung aller einschlägigen Gesichtspunkte statt. Das Musterbeispiel

13 Vgl. z.B. *Bloomfield*, in: ders. (Hrsg.), *Morality and Self-Interest* (2008), 251, 252; *Chang*, *Philosophical Perspectives* 18 (2004), 1 ff.

14 Klassisch *Bentham*, *A Fragment on Government* (1823), VI.

für Aussagen mit einem reduktionistischen Richtigkeitsanspruch sind Verdienstaussagen.

Verdienstaussagen bilden eine dreistellige Relation zwischen einem Verdiensträger, einem Verdienstgegenstand und einer Verdienstbasis: Jemand (der Verdiensträger) verdient x (den Verdienstgegenstand) für ϕ (die Verdienstbasis).¹⁵ Beispielhaft: Die Rettungskräfte verdienen für ihren Einsatz unser Lob und unsere Dankbarkeit.

Verdienstaussagen sind normative Aussagen, sie haben einen verhaltensleitenden Anspruch: Der Adressat soll zu einem bestimmten Verhalten bewegt werden. Zugleich fundieren Verdienstaussagen ihren verhaltensleitenden Anspruch inhaltlich. Wenn ich behaupte, jemand verdiene eine bestimmte Behandlung für etwas, so soll damit nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass der Verdiensträger den Verdienstgegenstand gerne hätte. Verdienstaussagen drücken auch nicht lediglich eine persönliche Überzeugung oder einen Wunsch des Sprechenden aus. Vielmehr beanspruchen Verdienstaussagen, dass sich Gründe anführen lassen, die *jeden* dazu anhalten müssten, dem Verdiensträger für die Verdienstbasis den Verdienstgegenstand zukommen zu lassen. Verdienstaussagen fundieren ihren verhaltensleitenden Anspruch also mit der Behauptung, es ließen sich generalisiert zustimmungsfähige Gründe für die Richtigkeit der Zuweisung des Verdienstgegenstandes benennen.

Das Besondere an Verdienstaussagen ist aber, dass sie ihrer Form nach zugleich das Set an Umständen beschränken, die zur Begründung der Verdienstrelation berücksichtigt werden können. Auf bestimmte Umstände kann zwar Bezug genommen werden, um einen verallgemeinerungsfähigen Grund zu formulieren, aber nicht einen verallgemeinerungsfähigen Grund, mit dem sich eine Verdienstaussage stützen lässt.

Ein Beispiel zur Verdeutlichung: Wenn sich die A und der B auf eine Stelle bewerben und die gleiche fachliche Qualifikation aufweisen, dann aber die A den Vorzug erhält, weil sie weiblich ist, so mögen sich verallgemeinerungsfähige Gründe formulieren lassen, mit denen die Entscheidung für A und gegen B begründet werden kann. Etwa: Frauen seien in den entsprechenden Positionen deutlich unterrepräsentiert und es bedürfe jedenfalls bis zu dem Erreichen eines gewissen Schwellenwertes der Bevorzugung weiblicher Kandidaten bei gleicher Qualifikation, um diese Ungerechtigkeit in der Geschlechterverteilung aufzuheben. Es lässt sich daher durchaus behaupten, es sei bei holistischer Betrachtung angemessen

15 Vgl. insbes. *Feinberg*, in: ders., *Doing and Deserving* (1970), 55, 58; *Kleinig*, *American Philosophical Quarterly* 8 (1971), 71 ff.

oder gerecht oder richtig, dass A, und nicht B, die Stelle erhalte. Es wäre aber unpassend, dem B mitzuteilen, er habe die Stelle weniger *verdient* als A.

Warum? Weil die Gründe, die sich für die Entscheidung gegen B anführen lassen, außerhalb des Spektrums liegen, welche die Begründung einer Verdienstrelation tragen können. Und das hat noch nichts mit den Konturen eines bestimmten Verdienstbegriffs zu tun, mit der Frage, nach welchem Maßstab sich denn der Verdienst für etwas genau bemessen soll, sondern mit dem Verdienstbegriff an sich. Der Verdienstbegriff impliziert einen reduktionistischen Richtigkeitsanspruch. Behauptet wird nicht eine Begründbarkeit „all things considered“, sondern eine Begründbarkeit *pro tanto*.¹⁶ Verdient ist etwas, weil zwischen dem Verdienstträger und dem Verdienstgegenstand aufgrund der Verdienstbasis eine intrinsische Angemessenheit besteht. Daher kann zur Begründung einer Verdienstrelation nur auf solche Umstände Bezug genommen werden, die irgendetwas mit dem Verdienstträger zu tun haben.¹⁷ Wenn der Verdienstgegenstand nachteilig für den Verdienstträger ist, reduziert sich das Set an berücksichtigungsfähigen Umständen weiter: Dann muss der Verdienstträger sogar Kontrolle über sie haben.¹⁸

Der Nachteil von Aussagen mit einem reduktionistischen Richtigkeitsanspruch ist offensichtlich: Sie vernachlässigen Gesichtspunkte, die für die Frage, was in einer Situation zu tun ist, relevant erscheinen können.

Andererseits haben Aussagen mit einem reduktionistischen Richtigkeitsanspruch einen erheblichen Vorteil: Eben weil sie auf die Berücksichtigung mancher Gesichtspunkte verzichten, lassen sie sich leichter auf einen konkreten Fall anwenden als Aussagen mit einem holistischen Richtigkeitsanspruch.

Zugleich verfügen reduktionistische Aussagen trotz ihrer beschränkten Reichweite über eine rechtfertigende Dimension. Sie formulieren ein starkes Regel-Ausnahme-Verhältnis. Auch das lässt sich am besten kurz für Verdienstaussagen zeigen: Wird die Vornahme eines bestimmten Verhal-

16 Treffend *Kleinig* (Fn. 15), 76.

17 Vgl. i.d.S. z.B. *Feinberg* (Fn. 15), 59; *Kleinig* (Fn. 15), 73; *Lamont*, *The Philosophical Quarterly* 44 (1994), 46 ff.; *Scanlon*, *Philosophical Explorations* 16 (2013), 101 ff.; *Scheffler*, *California Law Review* 88 (2000), 965, 984; *Sterba*, *The Personalist* 57 (1976), 194 ff.; *Sverdlik*, *Southern Journal of Philosophy* 21 (1983), 585, 587.

18 Vgl. *Feinberg* (Fn. 15), 61 f.; *Moore*, *Journal of Contemporary Legal Issues* 5 (1994), 237, 240; *Sadurski*, *Giving Desert Its Due* (1985), 117; *Wolf*, *Journal of Philosophy* 77 (1980), 151 ff.