Kommentare

Ulfrid Neumann
Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsreform*

I. Einleitung

Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsreform – das ist eine Geschichte früher Fehlschläge und später Erfolge, zahlreicher Enttäuschungen und neuer Anläufe, die in wesentlichen Punkten erst nach *Radbruchs* Tod (1949), in den Strafrechtsreformen der konsolidierten Bundesrepublik, zum Ziel führten.[1] Die Abschaffung der Zuchthausstrafe, die Entkriminalisierung des Ehebruchs und der einfachen Homosexualität, die Humanisierung des Abtreibungsstrafrechts – diese von *Radbruch* früh erhobenen und in seinem Strafgesetzentwurf von 1922[2] festgeschriebenen Forderungen sind erst rund 50 Jahre später gesetzgeberische Wirklichkeit geworden. Die Abschaffung der Todesstrafe durch das Grundgesetz immerhin hat *Radbruch* noch erlebt und emphatisch begrüßt.[3]

Es war die Tragik des Strafrechtspolitikers und Strafrechtsreformers *Radbruch*, dass seine weitreichenden, noch aus heutiger Sicht modernen kriminalpolitischen Forderungen nicht realisiert wurden, als sie politisch noch durchsetzbar gewesen wären – in den ersten Jahren der Weimarer Republik, als unter dem Eindruck der Niederlage des autoritären Kaiserreichs und der mit ihm verbündeten konservativen Kräfte ein Freiraum für liberal-soziale Reformen auch im Bereich des Strafrechts entstand. Mit dem Wiedererstarken autoritär-konservativer Tendenzen in der zweiten Hälfte der 20iger Jahre änderte sich die Situation dramatisch. Die Abfolge der Strafrechtsentwürfe vom E 1922, dem »Entwurf Radbruch«, über den Entwurf 1925 bis zum Entwurf 1927[4] spiegelt diese Entwicklung. Hatte schon der E 1925 mit der Wiederherstellung der Todesstrafe und der Zuchthausstrafe zwei zentrale Reformpunkte des Entwurfs von *Radbruch* eliminiert, so entfernte sich der E 1927 von dem ursprünglichen Reformkonzept in einer Weise, dass *Radbruch* von einer »namenlosen Enttäuschung« sprach, die dieser Entwurf den Freunden des Entwurfs 1925 bereitet habe.[5] Wenige Jahre später ging es nicht mehr um die Reform des Strafrechts im emphatischen Sinne des Wortes, im Sinne einer fortschrittlichen, den Zielen der Freiheit und des gleichermaßen rationalen wie humanen Umgangs mit Straftätern verpflichteten

* Überarbeitete Fassung eines Referats, das am 24. Mai 2004 im Rahmen der von der Friedrich-Ebert-Stiftung veranstalteten Tagung »Gustav Radbruch als Reichsjustizminister (1921–1923)« in Berlin gehalten wurde. Die Vortragsform wurde beibehalten. Herrn *Sascha Ziemann* danke ich für wertvolle Vorarbeiten.

1 Zum Folgenden v. a.: *Hermann Krämer*, Strafe und Strafrecht im Denken des Kriminalpolitikers Gustav Radbruch, 1956; *Hans de With*, Gustav Radbruch: Reichsminister der Justiz. Gedanken und Dokumente zur Rechtspolitik Gustav Radbruchs aus Anlaß der hundertsten Wiederkehr seines Geburtstages, 1978; *Rudolf Wassermann*, Einleitung zu Band 9 (»Strafrechtsreform«) der Gustav Radbruch-Gesamtausgabe (GRGA).

2 *Radbruch*, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), GRGA Bd. 9, S. 47–160.

3 *Radbruch*, Das Ende der Todesstrafe (1949), GRGA Bd. 9, S. 339 ff.

4 Überblick bei *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, §§ 327 ff.

5 *Radbruch*, Abbau des Strafrechts. Bemerkungen über den Entwurf 1925 mit Anmerkungen über den Entwurf 1927 (1927), GRGA Bd. 9, S. 246 ff., 246 m. Anm. 1.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-4-432
Generiert durch IP '52.15.233.12', am 12.10.2024, 04:17:51.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Neugestaltung des Strafrechts. Es ging nur noch um die Verteidigung des Bestehenden gegen den Ungeist eines neuen Strafrechtsdenkens, das die Parole »Du bist nichts, dein Volk ist alles« strafrechtlich in die Apotheose einer als kultische Institution zur Staatsverehrung interpretierten Todesstrafe umsetzte. In Radbruchs Vortrag über »Die geistesgeschichtliche Lage der Strafrechtsreform«, gehalten auf einer Tagung des Republikanischen Juristenbundes am 28. November 1932 in Frankfurt/Main, steht die Auseinandersetzung mit *Helmut Nicolai*, *Graf Gleispach* und anderen Protagonisten des NS-Strafrechtsdenkens im Vordergrund; und es klingt geradezu beschwörend, wenn *Radbruch* in diesem Zusammenhang fast eilfertig betont, bei den liberalsozialen Reformen im Gefolge *Franz v. Liszts* stehe nicht der Gedanke der Humanisierung, sondern der der Rationalisierung im Vordergrund,[6] und wenn er zum Beleg auf die Verteidigung der Prügelstrafe durch *Franz v. Liszt* verweist.[7] Um die Prügelstrafe brauchte man sich in der Folgezeit nicht zu sorgen; die Zeit der Strafrechtsreform und mit ihr die Zeit von Radbruchs praktischen und literarischen Beiträgen zu ihr war 1933 zu Ende.[8]

Diese Beiträge erstrecken sich über einen Zeitraum von etwa 25 Jahren – beginnend mit dem Artikel über »Die politische Prognose der Strafrechtsreform« von 1908. Es bedarf keiner Hervorhebung, dass sich in diesem Zeitraum im strafrechtlichen Denken Radbruchs Akzentverschiebungen und neue Sichtweisen ergeben. Das Grundmuster seines strafrechtspolitischen Konzepts aber bleibt weithin konstant. Ich werde versuchen, dieses Grundmuster unter vier verschiedenen, natürlich miteinander verwobenen Aspekten zu rekonstruieren. In einem ersten Punkt geht es um *Radbruchs* Verständnis von Zweck und Legitimation der staatlichen Strafe, aus dem – der zweite Punkt – erhebliche Konsequenzen für eine Neugestaltung des strafrechtlichen Sanktionensystems resultieren. Auch in der Reichweite des Strafrechts, in der Frage, welche Handlungen mit Strafsanktionen belegt werden dürfen – oder müssen –, ergeben sich aus diesem Verständnis der gesellschaftlichen Aufgabe des Strafrechts wesentliche Verschiebungen. Schließlich geht es in einem vierten Punkt um die Gerechtigkeit der individuellen strafrechtlichen Zurechnung, die Radbruch besonders am Herzen lag – es genügt an dieser Stelle der Hinweis auf seinen lebenslangen Kampf für eine Privilegierung des Überzeugungstäters. Nicht eingehen werde ich auf *Radbruchs* gewichtige Beiträge zur Strafvollzugsreform[9] sowie auf das Jugendgerichtsgesetz von 1923, das von *Radbruch* als Reichsjustizminister vorgelegt, nicht aber von ihm selbst ausgearbeitet wurde.[10]

II. Radbruchs Position im »Schulenstreit«

Im Streit um Ziel und Legitimation der staatlichen Strafe steht *Radbruch* auf der Seite seines Lehrers *Franz v. Liszt* (1851–1919) und der soziologischen Strafrechtsschule gegen die »klassische« Schule *Bindings* und seiner Mitstreiter.[11] Das bedeutet holz-

6 *Radbruch*, Die geistesgeschichtliche Lage der Strafrechtsreform, GRGA Bd. 9, S. 323 ff., 325 f. – Eine Sammlung von Zeitungsberichten zu Radbruchs Vortrag findet sich im Radbruch-Nachlass in Heidelberg unter Nr. 1245 (vgl. Nachlassverzeichnis Gustav Radbruch, bearbeitet von *Manfred Stange*, S. 172).

7 Ebd., S. 326.

8 Dazu statt vieler *Klaus Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre, 1975.

9 Vgl. dazu *Heinz Müller-Dietz*, Einleitung zu GRGA Bd. 10 (»Strafvollzug«).

10 Näher dazu *Fritz Hartung*, Jurist unter vier Reichen, 1971, S. 43 ff.

11 Guter Überblick bei *Monika Frommel*, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion. Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften, 1987. – Speziell zur Lehre Franz von Liszts: *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, §§ 307 ff. sowie *Giannis A. Georgakis*, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts, 1940. Aus dem neueren Schrifttum:

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-4-432
Generiert durch IP '52.15.233.12', am 12.10.2024, 04:17:51.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

schnittartig: Kampf für die Zweckstrafe und wider die Vergeltungsstrafe. Aber mit dieser wissenschaftsgeschichtlichen Zuordnung ist die Position Radbruchs nur vordergründig gekennzeichnet. Denn anders als die Mehrzahl der am Schulenstreit beteiligten Diskutanten sieht *Radbruch* hinter der Fassade der wissenschaftlichen Auseinandersetzungen den politischen Kampf zwischen autoritär–konservativen Positionen auf der einen, sozial-liberalen auf der anderen Seite. In *Radbruchs* Aufsatz »Franz v. Liszt – Anlage und Umwelt« (1938) heißt es dazu: »Man verschloss sich der Einsicht, dass auch Kriminalpolitik Politik sei, und kämpfte den eminent politischen Kampf um die Strafrechtstheorien und die Strafrechtserneuerung unter pseudowissenschaftlichen Masken aus.«[12] Die politischen Bezüge werden schon früh (1909) scharf herausgearbeitet. Die Vergeltungsstrafe erscheint als Konsequenz eines etatistischen Strafrechtsverständnisses, als Ausdruck der konservativen Lehre von einem überindividualistischen Eigenwert des Staates. Die Strafrechtspflege wird aus dieser Sicht, wie Radbruch formuliert, zu einer Art von »staatlichem Sakrament«,[13] zur »Bewährung der Herrlichkeit des Staates in dem Leiden des Empörers«.[14] Diese staatsautoritäre Deutung der Strafe kulminiert in der Strafauffassung des italienischen Faschismus, wie sie in dem geradezu hymnischen Bekenntnis zur Todesstrafe bei *Alfredo Rocco* zum Ausdruck kommt.[15] Ihr entspricht die von *Radbruch* nicht ausdrücklich dem nationalsozialistischen Denken zugeordnete, staatsautoritäre Rechtfertigung der Todesstrafe bei *Dahm* und *Schaffstein*: in der Strafe offenbare sich »symbolisch die Würde des Staates«; die Todesstrafe mache »eindringlich sichtbar, dass der Einzelne dem Staat preisgegeben werden darf«.[16]

Gegenüber einer solchen kruden Staats- und Strafmetaphysik bekennt sich *Radbruch* zu einer individualistischen Deutung von Staat und Strafe, für die zunächst in gleicher Weise liberale und sozialistische Denkmuster in Anspruch genommen werden. Wie der Liberalismus sei auch der Sozialismus, ethisch betrachtet, ein Individualismus.[17] Einer individualistisch orientierten Staatsphilosophie aber entspreche allein das Verständnis der Strafe als Sicherungsstrafe, als präventive Maßnahme.[18] Dieses Koordinatensystem, das durch den Gegensatz konservativ-autoritärer Staatsauffassungen einerseits, liberaler und sozialer andererseits strukturiert wird, hat Radbruch später in Hinblick auf das Verhältnis von sozialer und liberaler Strafrechtsauffassung modifiziert. Parallel zur Ablösung des autoritären Staates des Kaiserreichs durch den demokratischen »Volksstaat« der Weimarer Republik treten gegenüber der gemeinsamen anti-etatistischen Frontstellung die Differenzen zwischen liberaler und sozialer Staats- und Strafauffassung in den Vordergrund. Diese Differenzen lassen sich auf den Unterschied zwischen der abstrakten Rechtsauffassung des Liberalismus und der konkreten Perspektive des sozialen Rechtsverständnisses zurückführen. Während aus der Perspektive des Liberalismus der Einzelne nur in seiner abstrakten Bestimmung

Wolfgang Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, in: *ders.*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. 223 ff.

12 *Radbruch*, Franz v. Liszt – Anlage und Umwelt (1938), GRGA Bd. 16 (»Biographische Schriften«), S. 27 ff., 30.

13 *Radbruch*, Die politische Prognose der Strafrechtsreform (1908/09), GRGA Bd. 9, S. 161 ff., 162.

14 A. a. O. S. 161.

15 *Radbruch*, Strafrechtsreform und Nationalsozialismus (1933), GRGA Bd. 9, S. 331 ff., 332.

16 *Dahm/Schaffstein*, Liberales oder autoritäres Strafrecht?, 1933, S. 41; dagegen *Radbruch*, Autoritäres oder soziales Strafrecht ? (1933), GRGA Bd. 8 (»Strafrecht II), S. 226 ff., 236. Zur symbolischen Bedeutung der Todesstrafe s. a. *Enzensberger*, Politik und Verbrechen, 1964, S. 15 sowie *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S. 14.

17 *Radbruch*, Prognose (Fn. 13), S. 166.

18 *Radbruch*, Prognose (Fn. 13), S. 165. Radbruch kommt deshalb zu dem Schluss, der Liberalismus dürfe auch die dem Prinzip der Sicherungsstrafe verpflichtete Strafrechtsreform »recht eigentlich als sein Kind betrachten« (S. 166; die aus der Erstveröffentlichung [MschrKrim 5 (1908/09) S. 1, 6] übernommene Textwiedergabe »*nicht* eigentlich als sein Kind betrachten«. beruht offenbar auf einem Versehen).

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-4-432
Generiert durch IP '52.15.233.12', am 12.10.2024, 04:17:51.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

als Urheber einer bestimmten Tat in Betracht kommt – so, wie im Privatrecht nur in seiner Rolle als Eigentümer, Schuldner, Gläubiger –, tritt in der Sichtweise der sozialen Rechtsauffassung der ganze, der konkrete Mensch »mit seiner psychologischen und soziologischen Eigenart« in den Gesichtskreis des Rechts.[19] Dabei weisen die konkreten Eigenschaften des Individuums einerseits auf die Vorgeschichte der Straftat zurück, andererseits aber auf sein zukünftiges Sozialverhalten voraus. Damit gewinnt auch der Einfluss der Strafsanktion auf dieses Verhalten eine zentrale Bedeutung. Im sozialen Strafrecht orientiert sich die Strafzumessung deshalb an täterbezogenen Kriterien, während das liberale Strafrechtsdenken die Strafsanktion nur nach dem Gewicht des verschuldeten Unrechts bestimmt und insofern dem Vergeltungsgedanken verpflichtet ist. Radbruch stellt deshalb jetzt der rechtsstaatlich-liberalen Vergeltungs- und Abschreckungstheorie die Sicherungs- und Besserungslehre als Theorie des sozialen Strafrechts gegenüber.[20]

Diese Gegenüberstellung unterschiedlicher Strafrechtsmodelle darf aber nicht im Sinne einer scharfen Alternativität der *strafrechtspolitischen* Konzepte missverstanden werden. In der praktischen Gestaltung der Strafrechtsordnung müssen Elemente des liberalen Strafrechtsdenkens in den Bau des sozialen Strafrechts eingefügt werden. Das gilt auch für den Vergeltungsgedanken, dessen Funktion von Radbruch jetzt differenzierter gesehen wird als in Arbeiten aus der Zeit des autoritären Obrigkeitsstaates. Zwar wird der Gedanke einer *Legitimation* der Strafe durch Vergeltung nach wie vor einem autoritären Staatsdenken zugeordnet. Hinsichtlich des *Strafzwecks* aber erkennt *Radbruch* jetzt neben dem autoritären Charakter des Vergeltungsdenkens auch dessen rechtsstaatlich-liberale Seite: Das Vergeltungsstrafrecht wende sich mit der einen Seite gegen den Verbrecher, »mit der anderen aber gegen den Staat, dem es bei seiner Reaktion auf das Verbrechen die Grenze der Gerechtigkeit im Sinne des Gleichmaßes zwischen Schuld und Strafe setzt«.[21] Dieses rechtsstaatliche Moment eines liberalen Strafrechtsdenkens muss auch in einem zweckorientierten Strafrecht bewahrt werden. Auf dem Programm steht deshalb die Entwicklung von einem »liberal-autoritären« zu einem »liberal-sozialen« Strafrecht.[22] Dieser Begriff eines liberal-sozialen Strafrechts ist in beiden Komponenten gleichermaßen ernst zu nehmen. Auch wenn Radbruch immer wieder betont, dass die Institution der Strafe allein aufgrund ihrer Sicherungsfunktion gerechtfertigt ist, auch wenn er keinen Zweifel daran lässt, dass es ihm wie *Franz v. Liszt* in erster Linie um die Rationalisierung des Strafrechts und erst in zweiter um dessen Humanisierung geht – die Wellen der Kriminalpolitik brechen sich an den Befestigungen eines rechtsstaatlichen Strafrechts, das nicht nur der Gesellschaft Effizienz schuldet, sondern in gleicher Weise dem Täter Fairness bei der Zuerkennung strafrechtlicher Verantwortlichkeit.

III. Neugestaltung des Sanktionensystems

Radbruchs Anliegen, die Forderungen einer effizienten Strafrechtsgestaltung mit liberal-rechtsstaatlichen Prinzipien in Einklang zu bringen, prägt auch das Sanktionensystem des E 1922. *Radbruch* war bewusst, dass sich diese Verbindung nur mit Abstrichen verwirklichen lässt. Auch wenn an zahlreichen Punkten der geplanten

19 *Radbruch*, Rechtsphilosophie (3. Aufl. 1932), GRGA Bd. 2 (»Rechtsphilosophie II«), S. 205 ff., 400.
20 Ebd.
21 *Radbruch*, Sozialismus und Strafrechtsreform (1927), GRGA Bd. 9, S. 270 ff., 271; ähnlich *ders.*, »Autoritäres oder soziales Strafrecht« (Fn. 16), S. 228 f. Vgl. dazu auch *Hans Jochen Vogel*, Gustav Radbruch – ein Rechtsdenker und Rechtspolitiker der deutschen Sozialdemokratie, in: Küper (Hrsg.), Heidelberger Strafrechtslehrer im 19. und 20. Jahrhundert, 1986, S. 243 ff., 256.
22 *Radbruch*, Autoritäres oder soziales Strafrecht? (Fn. 16), S. 229 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-4-432
Generiert durch IP '52.15.233.12', am 12.10.2024, 04:17:51.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Reform des Sanktionensystems kriminalpolitische Forderungen mit den Postulaten eines rechtsstaatlichen und humanen Strafrechts koinzidieren, sind an anderen Stellen eines grundsätzlich spezialpräventiv orientierten Strafrechts klare Entscheidungen zwischen einem zweckgerichtet intervenierenden und einem rechtsstaatlich restriktiven Strafrecht unvermeidlich.

Keiner Entscheidung zwischen kriminalpolitischer Effizienz und rechtsstaatlich-humaner Zurückhaltung des Strafrechts bedarf das Reformprogramm an den für *Radbruch* zentralen Punkten der Todesstrafe und der Zuchthausstrafe. Die *Todesstrafe* ist für Radbruch nicht nur ein Relikt einer autoritären Vergeltungsjustiz, eine Strafe, deren »Blutgeruch« das gesamte Sanktionensystem kontaminiert und deren Abschaffung deshalb zum »Symbol der Strafrechtsreform« wird.[23] Sie ist auch kriminalpolitisch ein untaugliches Instrument, weil gerade bei schwersten Delikten die Tat nicht das Resultat einer abwägenden, das Strafrisiko sorgsam kalkulierenden Entscheidung ist.[24] Radbruch verweist auf die auch später vielfach bestätigte Erfahrung, dass bei den Kapitalverbrechen nach der Abschaffung der Todesstrafe kein signifikanter Anstieg zu verzeichnen ist.[25]

Auch für die Beseitigung der *Zuchthausstrafe* und der anderen entehrenden Strafen streiten nicht nur Gesichtspunkte der Humanität, sondern auch solche der kriminalpolitischen Vernunft. Denn entehrende Strafen wie die Zuchthausstrafe oder die Strafe des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte, die nach *Radbruch* der »moralischen Lynchjustiz« der Gesellschaft Vorschub leisten,[26] erweisen sich damit zugleich als kaum überwindbare Hindernisse der Wiedereingliederung des Täters in diese Gesellschaft. Die Einschränkung der kurzfristigen Freiheitsstrafe[27] schließlich verwirklicht eine klassische Forderung der Vertreter der Zweckstrafe, und man kann allenfalls fragen, ob *Radbruch* hier mit der Festsetzung einer Mindeststrafe von einer Woche (§ 31) weit genug gegangen ist (das geltende Recht sieht eine Mindeststrafe von einem Monat vor).

An anderen Stellen des Sanktionensystems des Entwurfs ergeben sich indes Spannungen zwischen den Prinzipien eines rechtsstaatlich-liberalen und denen eines präventionsorientierten »sozialen« Strafrechts. Das gilt insbesondere für die Einführung der Sicherungsverwahrung und die täterorientierte, weithin in das Ermessen des Richters gestellte Strafzumessung.

Die Einführung der *Sicherungsverwahrung* – und mit ihr der Zweispurigkeit der strafrechtlichen Sanktionen – entspricht einer zentralen Forderung der soziologischen Schule. Die radikalere Lösung, das Strafrecht insgesamt durch ein reines Maßregelrecht zu ersetzen, hat *Radbruch* immer als Zukunftsperspektive festgehalten, den Versuch ihrer aktuellen praktischen Umsetzung aber als historisch verfrüht verworfen.[28] Die Zeit sei noch nicht reif für ein reines Maßnahmerecht; die Gesellschaft würde den Verzicht auf repressive Sanktionen noch nicht akzeptieren. Der Entwurf hält deshalb an dem Nebeneinander von Strafen und Maßregeln fest, unterwirft aber auch die Strafen der Herrschaft des Zweckgedankens. Zwar wird auf die Einführung des »unbestimmten Strafurteils« verzichtet, das *Radbruch* in früheren Arbeiten nicht

23 *Radbruch*, Abschaffung der Todesstrafe als Symbol der Strafrechtsreform (1931), GRGA Bd. 9, S. 321 f.

24 *Radbruch*, Zur Todesstrafe (1928), GRGA Bd. 9, S. 302.

25 So in der von *Radbruch* persönlich verfassten Begründung zum Entwurf 1922, GRGA Bd. 9, S. 136 ff., 143.

26 Ebd., S. 144; ebenso *Radbruch*, Das System der Freiheitsstrafen im Vorentwurf (1910/1911), GRGA Bd. 9, S. 181 ff., 183.

27 Teilweise vorweggenommen in dem von *Radbruch* bei seinem Amtsantritt vorgefundenen Entwurf eines Geldstrafengesetzes, das während seiner Amtszeit verabschiedet wurde (»Gesetz zur Erweiterung des Anwendungsgebietes der Geldstrafe und zur Einschränkung der kurzen Freiheitsstrafen« vom 21. 12. 1921 [RGBl. I, S. 1604)].

28 *Radbruch*, Fortschritte und Rückschritte in den kriminalpolitischen Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs (1928), GRGA Bd. 9, S. 293 ff., 295 (zum Entwurf *Ferris*).

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-4-432
Generiert durch IP '52.15.233.12', am 12.10.2024, 04:17:51.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ohne Sympathie erörtert hatte; der Entwurf eröffnet aber bei den einzelnen Tatbeständen bewusst weite Strafrahmen, die nach Prinzipien einer täterorientierten – nicht: tatorientierten – Strafzumessung ausgefüllt werden sollen. Radbruch greift in der Begründung des Entwurfs ausdrücklich auf die Verbrechertypologie *Franz v. Liszts* mit ihrer Unterscheidung zwischen dem Gelegenheitstäter, dem angehenden Gewohnheitstäter und dem unverbesserlichen Gewohnheitstäter zurück, an der sich das konkrete Strafurteil orientieren soll.[29] Auch bei der Sicherungsverwahrung wird durch den Verzicht auf eine Obergrenze dem Richter ein weiter und rechtsstaatlich bedenklicher Entscheidungsspielraum eingeräumt.

Es überrascht, dass *Radbruch*, der wiederholt den *Klassencharakter* des Strafrechts kapitalistischer Gesellschaften herausgestellt hat[30] und dem die politisch konservative Orientierung des ganz überwiegenden Teils der Richterschaft der Weimarer Republik im täglichen politischen und literarischen Kampf immer vor Augen stand, an dieser Forderung trotz der Bedenken weiter Teile der Sozialdemokratie[31] auch später noch festgehalten hat.[32] Man kann zur Erklärung auf *Radbruchs* Sympathie für die *Freirechtsschule* verweisen,[33] deren Bild von dem gestaltenden, nicht auf bloße Streitentscheidung beschränkten Richter *Radbruchs* Entwurf sicher verpflichtet ist. Zugleich aber kommt darin auch ein Vertrauen in die Neutralität des Richteramtes zum Ausdruck, das sich durch aktuelle justizielle Missstände nicht beirren lässt. In diesem Sinne antwortet *Radbruch* seinen Kritikern, man dürfe ein Strafgesetz, das voraussichtlich »ein kleines Jahrhundert beherrschen« werde, nicht mit der »Tagesfrage« einer Vertrauenskrise in die Justiz verknüpfen.[34] *Radbruch* konnte damals nicht wissen, dass die Vertrauenskrise der Justiz – was die deutsche Sozialdemokratie betraf – die voraussichtliche Lebenszeit, die seinem Strafgesetz angesichts der weiteren politischen Entwicklungen wohl beschieden gewesen wäre, erheblich überdauern würde.

IV. Entkriminalisierung und Neukriminalisierung

Zum dritten Punkt: Die Interpretation des Strafrechts als Schutzrecht führt nicht nur zu einer Umstellung und Erweiterung des Sanktionensystems. Sie hat auch unmittelbare Konsequenzen für den Katalog der Straftatbestände, weil sie die *Sozialschädlichkeit* der Handlung zum alleinigen Kriterium der Strafwürdigkeit erhebt. Das bedeutet insbesondere: Die Kriminalisierung einer Handlung mit dem Argument ihrer Moralwidrigkeit ist unzulässig. *Radbruch* besteht in der Tradition *Feuerbachs* auf einer klaren Trennung von Recht und Moral bei der Strafgesetzgebung. In der Aufhebung dieser Trennung in der aufkommenden Strafrechtsideologie des Nationalsozialismus sieht er ein weiteres Kennzeichen des totalitären Charakters der nationalsozialistischen Bewegung.[35]

Mit der Eliminierung von bloßen Moralverstößen aus dem Strafrecht entfallen die Tatbestände des Ehebruchs, der Sodomie, der einfachen Homosexualität und der sogenannten Verlobtenkuppelei. – In Parenthese: Es verdient Aufmerksamkeit, dass

29 GRGA Bd. 9, S. 147.
30 *Radbruch*, Sozialismus und Strafrechtsreform (Fn. 21), S. 274.
31 Dazu *Martin Martiny,* Integration oder Konfrontation? Studien zur Geschichte sozialdemokratischer Rechts- und Verfassungspolitik, 1976, S. 185 ff.
32 Nachw. bei *Rudolf Wassermann*, Einleitung zu GRGA Bd. 9, S. 39.
33 Dazu *Vogel*, Gustav Radbruch (Fn. 21), S. 258. Insgesamt zu Radbruchs Verhältnis zur Freirechtsschule vgl. *Albert S. Foulkes*, Gustav Radbruch in den ersten Jahrzehnten der Freirechtsbewegung, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, S. 231 ff.
34 *Radbruch*, Sozialismus und Strafrechtsreform (Fn. 21), S. 273.
35 *Radbruch*, Autoritäres oder soziales Strafrecht? (Fn. 16), S. 234

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-4-432
Generiert durch IP '52.15.233.12', am 12.10.2024, 04:17:51.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

noch in der Strafrechtsreformdiskussion der Bundesrepublik ein langjähriger und gegen zähe Widerstände geführter Kampf erforderlich war, um die von Radbruch zu Beginn der zwanziger Jahre monierten Tatbestände tatsächlich aus dem Strafgesetzbuch zu eliminieren.[36]

Neben diesen qualitativen Aspekt, die Beschränkung des Strafrechts auf sozialschädliche – nicht lediglich moralwidrige – Handlungen, tritt in einem auf die Funktion des Gesellschaftsschutzes reduzierten Strafrecht ein graduelles Kriterium: die Frage, ob das Gewicht der Handlung tatsächlich eine Reaktion mit einer Kriminalstrafe als unverzichtbar erscheinen lässt. Damit wird die Strafsanktion in einem doppelten Sinne subsidiär. Zum einen verliert sie dort ihr Recht, wo Sanktionen unterhalb der Schwelle der Kriminalstrafe als ausreichend erscheinen. In diesem Sinne tritt Radbruch für die Auslagerung geringfügiger Vergehen aus dem Strafrecht und für ihre Zuordnung zu einem »Polizeistrafrecht« bzw. einem Recht der Ordnungswidrigkeiten[37] ein. Ein Schritt in diese Richtung ist die Abschichtung der sog. Übertretungen im E 1922, die ausschließlich mit Geldstrafe bedroht sind und für die ein eigener Allgemeiner Teil entwickelt wird, der entsprechend dem geringeren Unrechtsgrad dieser Delikte unter anderem die Straflosigkeit von Versuch und Beihilfe festlegt.

Zum andern tritt das Strafrecht dort zurück, wo seine Ziele ebenso gut oder besser durch Verwaltungsmaßnahmen erreicht werden können. So soll die Kriminalisierung der Prostitution infolge administrativer Maßnahmen des Gesundheitsschutzes verzichtbar werden. Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten macht nach *Radbruchs* Worten »den Versuch, die strafrechtliche Bekämpfung der Prostitution durch eine verwaltungsmäßige Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten zu ersetzen«.[38] Der Schutzgedanke führt damit, jenseits des strafrechtlichen Kernbereichs, tendenziell zu einer großflächigen Entkriminalisierung.

Das ist die eine Seite. Die andere: Nimmt man den Gedanken des strafrechtlichen Schutzes von Rechtsgütern ernst, so zeigen sich bei einer Durchmusterung der Tatbestände des Strafgesetzbuchs erhebliche Lücken. Das Strafrecht offenbart bei genauerem Hinsehen eine deutliche Schieflage: Während Vermögensinteressen einen nahezu umfassenden Schutz genießen, gerät etwa die strafrechtliche Sicherung der Arbeitskraft äußerst rudimentär. Der Klassencharakter des Strafrechts erweist sich, so *Radbruch*, nicht nur in der *Überkriminalisierung* bestimmter Handlungen, die typischerweise von Angehörigen der Unterschicht begangen oder bevorzugt bei ihnen verfolgt werden. Sie offenbart sich auch in der *Unterkriminalisierung* von Verhaltensweisen, die ausschließlich oder typischerweise Interessen von Opfern aus der Unterschicht verletzen.

Als Klassenstrafrecht wirkt so einerseits der Tatbestand der *Abtreibung,* weil die wohlhabende Frau, die den Eingriff in der Praxis eines Arztes ihres Vertrauens vornehmen kann, leichter der Strafverfolgung entgeht als die mittellose, die, wie *Radbruch* formuliert, »von der Not in einen polizeibekannten Schlupfwinkel der Kurpfuscherei« getrieben wird.[39] Klassenstrafrecht ist aber auch der Verzicht auf

36 Dazu *Arthur Kaufmann*, Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs, in: *ders*. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, S. 324 ff.

37 *Radbruch*, Der Strafgesetzentwurf. Ein erster Bericht (1925), GRGA Bd. 9, S. 204 ff., 205.

38 GRGA Bd. 9, S. 142.

39 *Radbruch*, Das Verbrechen gegen das keimende Leben (1920), GRGA Bd. 9, S. 191 ff., 192. Vgl. weiter *Radbruch*, Die Abtreibung der Leibesfrucht vom Standpunkt des Strafrechts (1921), GRGA Bd. 9, S. 194 ff. Zur aktuellen Bedeutung von Radbruchs Reformvorschlägen vgl. *Albin Eser*, Gustav Radbruchs Vorstellungen zum Schwangerschaftsabbruch: Ein noch heute »moderner« Beitrag zur aktuellen Reformdiskussion, in: Spendel-Festschrift, 1992, S. 475 ff.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-4-432
Generiert durch IP '52.15.233.12', am 12.10.2024, 04:17:51.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

einen effizienten strafrechtlichen Schutz der Arbeitskraft.[40] Der Versuch einer Austarierung des Strafrechts muss sich daher nicht nur des Instruments der Entkriminalisierung bedienen, er darf auch vor der Schaffung neuer oder der Ausweitung bestehender Tatbestände nicht zurückschrecken. Hier bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen, ist nach *Radbruchs* ausdrücklicher Feststellung nicht nur eine Verpflichtung des sozialen Strafrechts, sondern auch ein Gebot der Gerechtigkeit.[41]
Auch jenseits der durch die Klassenstruktur der Gesellschaft bedingten Verwerfungen zeigen Strafgesetz und Strafrechtspraxis eine Tendenz zu einem nachlässigen Umgang mit den Interessen sozial unterprivilegierter Personen. So beanstandet *Radbruch* die außerordentlich milde Bestrafung von Eltern, die sich roher Misshandlungen ihrer Kinder schuldig gemacht haben.[42] Der im E 1922 vorgeschlagene Sondertatbestand der Misshandlung von »Kindern, Jugendlichen und Wehrlosen« soll dieser rücksichtslosen Milde der Strafgerichte durch eine Mindeststrafdrohung von 3 Monaten Gefängnis eine Grenze setzen (§ 237). Auch die Züchtigung von Lehrlingen – Auszubildenden – durch den Lehrherrn soll durch die Einführung eines strafrechtlichen Verbots unterbunden werden.[43]
Strafrechtsreform bedeutet für *Radbruch* also nicht nur Abbau, sie bedeutet auch Umbau, teilweise: Neubau des Strafrechts. Bei aller Skepsis gegenüber der Institution der staatlichen Strafe, für die sich zahlreiche Belege anführen lassen, ist für *Radbruch* der Grundsatz der *gerechten* Sanktionierung unverzichtbar: Solange gestraft wird, solange die Strafe nicht durch ein Besserungsrecht ersetzt ist, das »besser als Strafrecht, das sowohl klüger als auch menschlicher als das Strafrecht wäre«,[44] solange muss zumindest die relative Gerechtigkeit dieses Strafrechts in Gesetzesgestaltung und Rechtsanwendung gewahrt werden.

V. Prinzipien des rechtsstaatlichen Strafrechts

Damit komme ich zum letzten Punkt: *Radbruchs* Sorge um ein gerechtes, ein faires Strafrecht, das seine Legitimation nicht allein aus seiner sozialen Notwendigkeit, sondern auch aus der Einsichtigkeit seiner Zurechnungsregeln bezieht. Wenn *Radbruch* in dem programmatischen Aufsatz »Die Reform des Strafrechts« von 1919 in deutlicher Anlehnung an *Franz v. Liszt* formuliert: »Gerechtes Strafrecht ist in Zukunft nur ein zweckgerechtes Strafrecht«,[45] so lässt sich dieser Satz nicht umkehren. Nicht jedes zweckgerechte Strafrecht ist für *Radbruch* zugleich gerechtes Strafrecht. Das »gerechte« Strafrecht muss sich dieses Prädikat vielmehr durch seine normativen Qualitäten verdienen. Das setzt eine konsequente Verwirklichung des strafrechtlichen Schuldprinzips voraus. Radbruch erhebt sie ausdrücklich zur Maxime seines Entwurfs. Das bedeutet zunächst: die Beseitigung der »Reste der Erfolgshaftung«, vor allem durch die Eliminierung des Zufallsmoments bei den sogenannten

40 *Radbruch*, Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft (1926/27), GRGA Bd. 9, S. 253 ff. Dazu auch *Radbruchs* Beitrag »Artikel 157 Absatz 1. Arbeitskraft« in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung (hg. von H. C. Nipperdey), Bd. 3, Berlin 1930, GRGA Bd. 14, S. 54 ff.

41 *Radbruch,* Schutz (Fn. 40), S. 258. Zur Diskussion innerhalb der Sozialdemokratie und der Gewerkschaften über die Opportunität und die mögliche Ausgestaltung eines entsprechenden Straftatbestands vgl. *Martiny* (Fn. 31), S. 172 ff.

42 *Radbruch*, Die Kindermißhandlung im künftigen Strafrecht (1928), GRGA Bd. 9, S. 288 ff.

43 Ebd., S. 288.

44 *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 19), S. 403.

45 *Radbruch*, Die Reform des Strafrechts (1919), GRGA Bd. 9, S. 187 ff., 188. *Radbruch* sieht in der Umorientierung des Strafrechts von der Vergeltung auf die Prävention einen Übergang von der *justitia commutativa* zur *justitia distributiva* und damit zugleich von einer privatrechtlichen zu einer öffentlichrechtlichen Strafauffassung. Vgl. dazu auch *Radbruch*, Rechtsphilosophische Tagesfragen, Vorlesungsmanuskript Kiel. Sommersemester 1919 (hg. von *Hidehiko Adachi* und *Nils Teifke*), 2004, S. 37.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-4-432
Generiert durch IP '52.15.233.12', am 12.10.2024, 04:17:51.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

erfolgsqualifizierten Delikten.[46] Konkret: Nach dem schwereren Tatbestand etwa der vorsätzlichen Körperverletzung mit Todesfolge sollte künftig nur noch bestraft werden können, wer den Tod des Opfers zumindest fahrlässig verursacht hat – auch dies eine rechtsstaatlich unabdingbare Korrektur, die erst in der Gesetzgebung der Bundesrepublik realisiert werden konnte.

Die Forderung nach umfassender Verwirklichung des Schuldprinzips bedeutet ferner: Der Täter, der sich des Unrechts seiner Tat nicht bewusst ist und deshalb kein Motiv hatte, sie zu unterlassen, kann nicht bestraft werden – der Vorschlag einer gesetzlichen Festschreibung des *Verbotsirrtums*, die erst knapp 50 Jahre nach *Radbruchs* Entwurf in anderer Gestalt in das Strafgesetzbuch Eingang gefunden hat.

In diesen Zusammenhang gehört auch die von *Radbruch* Zeit seines Lebens leidenschaftlich verfochtene Forderung nach einer Privilegierung des *Überzeugungstäters* durch Zuerkennung einer ausschließlich sichernden Form der Freiheitsstrafe (die Einschließung), die frei von Diskriminierung, aber auch von pädagogischen Ambitionen sein soll.[47] Zwar geht es hier nicht um die Schuld des Täters im Sinne des strafrechtlichen Schuldbegriffs; denn auch der Überzeugungstäter weiß, dass sein Handeln von der geltenden Rechtsordnung missbilligt wird. Das Schuldprinzip im engeren Sinn ist hier folglich nicht betroffen. Auch hier aber geht es um Regeln der fairen, der gerechten Auferlegung strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Denn der Überzeugungstäter setzt den in der Gesellschaft herrschenden sittlichen, religiösen und politischen Werten seine persönlichen Wertvorstellungen entgegen und kann deshalb nicht ohne Vergewaltigung seiner Persönlichkeit mit den Mitteln strafrechtlicher Korrektion auf die moralischen und rechtsethischen Prinzipien dieser Gesellschaft festgelegt werden. *Radbruch* gibt diesem Zusammenhang zunächst eine kriminalpolitische Wendung, wenn er auf den besonderen »kriminologischen Typus« des Überzeugungstäters abstellt und die *Sinnlosigkeit* des Einsatzes »bessernder« Strafen hervorhebt.[48] Gewichtiger erscheint der ethische, von *Radbruch* gleichfalls herausgestellte Gesichtspunkt: Der Staat hat nicht das *Recht* zum Einsatz einer »bessernden« Strafe,[49] weil er dem Überzeugungstäter weder ein psychologisches noch ein moralisches Defizit bescheinigen kann, zu dessen Kompensation eine therapeutische Strafe dienlich sein könnte.

Wenn *Radbruch* den Überzeugungstäter aber als »Andersdenkenden« bezeichnet, dem gegenüber der Staat zwar Verteidigungsrechte, nicht aber einen Anspruch auf sittliche Überlegenheit geltend machen könne, so geht das in seinem Anspruch an die Selbstbescheidung von Staat und Gesellschaft sehr weit. Dass *Radbruch* den Überzeugungstäter hier dem Staat auf Augenhöhe gegenüberstellt, dürfte, wie mehrfach angemerkt worden ist,[50] mit seiner wertrelativistischen Grundposition zusammenhängen. Aber dieser Wertrelativismus, der aus der externen Sicht des Philosophen ein hohes Maß an Plausibilität für sich haben mag, kann die *interne* Perspektive des Staates und der Gesellschaft jedenfalls nicht vollständig determinieren. Der Staat muss darauf bestehen, dass die elementaren Werte, zu denen er sich bekennt, nicht mit gleich guten Gründen durch die entgegengesetzten substituiert werden könnten. Daraus resultiert die Gefahr, dass der selbstbewusste – nicht notwendig nur der autoritäre – Staat einer wertrelativistisch begründeten Privilegierung des Überzeu-

46 Kritik an der »Erfolgshaftung« im Strafrecht übt Radbruch schon in seinem gleichnamigen Beitrag zur Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (1908), GRGA Bd. 15, S. 188 ff. (mit der Feststellung, die Ablehnung der Erfolgshaftung stehe »über dem Streite der Schulen« (S. 204).

47 Dazu die Heidelberger Dissertation von *Joachim Stoltzenburg*, Das Problem des Überzeugungsverbrechers bei Gustav Radbruch, 1953.

48 *Radbruch*, Über die Frage vom Überzeugungstäter (1926), GRGA Bd. 8, S. 134.

49 *Radbruch*, Der Überzeugungsverbrecher (1924), GRGA Bd. 8, S. 126 ff., 129.

50 *Vogel*, Gustav Radbruch (Fn. 21), S. 256.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-4-432
Generiert durch IP '52.15.233.12', am 12.10.2024, 04:17:51.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

gungstäters jegliche Anerkennung versagt. Vielleicht wäre eine schwächere Begründung hier im Ergebnis die stärkere: Der Staat muss die ernsthafte Überzeugung eines Bürgers auch dort respektieren, wo sie aus seiner Sicht einem »irrenden Gewissen« entspringt.[51]

Ich komme zum Schluss. Die Frage nach der Aktualität von *Radbruchs* Konzept einer in gleicher Weise sozialen wie liberalen Strafrechtsreform ist rasch beantwortet; denn es gibt zu ihr keine vernünftige Alternative. Dass zahlreiche konkrete Forderungen *Radbruchs* inzwischen – häufig spät genug – umgesetzt worden sind, sollte uns nicht täuschen. Denn natürlich stellt sich die Aufgabe einer sozial-liberal ansetzenden Strafrechtskritik und -reform für jede Gesellschaft in anderer Weise. Konkret: Heute sind es nicht mehr die Delikte des Ehebruchs, der Verlobtenkuppelei und der einfachen Homosexualität, die den Überhang eines liberalen Strafrechts bilden. Es sind Tatbestände im Bereich der sog. organisierten Kriminalität, aber auch im Transplantationsgesetz und in anderen Bereichen des Nebenstrafrechts, die eine kritische Durchmusterung verdienen. Vor allem *Radbruchs* Prinzip des Vorrangs des Verwaltungsrechts verdient weiterhin die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers.

Ein letzter Punkt. Nicht *Radbruchs* Kampf gegen die Todesstrafe, wohl aber sein zentrales Argument gegen sie ist auch in Deutschland von bedrückender Aktualität. Wenn die Todesstrafe, wie *Radbruch* formuliert, der gesamten Strafjustiz etwas von ihrem »Blutgeruch« mitteilt,[52] so gilt das in gleicher Weise für die präventive Tötung potentieller Straftäter, und es gilt nicht nur für die Strafjustiz, sondern für Staat und Gesellschaft insgesamt. Ein Staat, der sich das Recht zur präventiven Tötung von Menschen zuerkennen würde, wäre ein anderer Staat als der des Grundgesetzes. Das Gleiche gilt für die unsäglichen Vorschläge zur Wiedereinführung staatlicher Folter. Ein Staat, der auch nur in *einer* Situation für sich das Recht beansprucht, einen Menschen der Folter zu unterwerfen, wird den Blutgeruch des Folterkellers nicht mehr los. Dass *Radbruch* selbst in seinem Kampf gegen die Todesstrafe in der Republikschutz-Gesetzgebung[53] nicht konsequent geblieben ist, sollte kein Argument sein. Denn die Entwicklung hat gezeigt, dass *Radbruchs* Bereitschaft, an *einem* Punkt seine Überzeugung auf dem Altar des Staatsschutzes zu opfern,[54] vergebens war. Die Aufnahme der Todesstrafe in das »Republikschutzgesetz« konnte die Republik nicht vor ihren Gegnern schützen. Die Geschichte hat *Radbruchs Überzeugung* auch gegen *Radbruch* Recht gegeben.

51 Siehe *Peter Noll*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht. Zugleich eine Auseinandersetzung mit Gustav Radbruchs rechtsphilosophischem Relativismus, ZStW 78 (1966), S. 638 ff.

52 Wie Fn. 15

53 Es handelt sich um das von *Radbruch* als Reichsjustizminister stammende und von ihm unterzeichnete »Gesetz zum Schutze der Republik« vom 21. 7. 1922 (RGBl. I S. 585) sowie die vorausgegangenen Verordnungen vom 26. 6. 1922 (RGBl. I S. 521) und vom 29. 6. 1922 (RGBl. I S. 532).

54 Über die inneren Konflikte, die mit Radbruchs Entscheidung für die Einführung der Todesstrafe verbunden waren, geben seine Briefe an *Lydia Radbruch* vom 30. Juni 1922 und vom 12. Juli 1922 Auskunft (GRGA Bd. 18, S. 59 und S. 61 [62]). Vgl. auch *Günter Spendel*, Jurist in einer Zeitenwende. Gustav Radbruch zum 100. Geburtstag, 1979, S. 18 f.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-4-432
Generiert durch IP '52.15.233.12', am 12.10.2024, 04:17:51.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.