

# Festschrift für Winfried Hassemer

Herausgegeben von  
**Felix Herzog**  
und  
**Ulfrid Neumann**

in Verbindung mit  
**Jong-Dae Bae**  
**Andreas von Hirsch**  
**Shozo Horiuchi**  
**Francisco Muñoz Conde**  
**Juarez Tavares**

## Summary

Hassemer has introduced the psychoanalytic term „scenic understanding“ in the criminal-law discourse in his famous „Einführung in die Grundlagen des Strafrechts“. This article intends to work out the implications of this concept regarding the goals of criminal law and criminal justice. One of this goals is reformulated as „insight“, not only in the unlawfulness, but in the unjust character of the deed, not only by the defendant, but by all participants and the observing public. Insight depends on mutual understanding, which in turn depends on communication and time for it.

A deep contradiction between this goal and „deals“ is stated.



CFM

**C. F. Müller Verlag**  
**Heidelberg**

2011

## Inhalt

<b>Vorwort</b> .....	IX
<b>A. Grundlagen</b>	
<b>PETER-ALEXIS ALBRECHT</b> Vom Präventionsstaat zur Sicherheitsgesellschaft – Wege kontinuierlicher Erosion des Rechts – .....	3
<b>GÜNTER ELLSCHEID</b> Der Begriff der kulturellen Identität im Verfassungsdiskurs .....	19
<b>DIRK FABRICIUS</b> Gehör, Verständnis, Einsicht .....	37
<b>FELIX HERZOG</b> Die Leute und ihre normative gesellschaftliche Verständigung. Post-naturrechtliches Naturrecht im (straf)rechtstheoretischen Denken von Winfried Hassemer .....	49
<b>OTFRIED HÖFFE</b> Europäisches versus angloamerikanisches Recht: Standortkonkurrenz in Zeiten der Globalisierung .....	57
<b>NILS JAREBORG</b> The Concept of Freedom .....	69
<b>HEIKE JUNG</b> Zum sozialpsychologischen Gehalt des Formalisierungskonzepts .....	73
<b>YOUNG-WHAN KIM</b> Über die Verantwortungsstruktur in der Risikogesellschaft .....	85
<b>FRIEDRICH KÜBLER</b> Stabilität durch Selbstbindung des Souveräns? Überlegungen zur Sonderstellung von Verfassungsgerichten und Zentralbanken .....	99
<b>ERNST GOTTFRIED MAHRENHOLZ</b> Bigamie im Wahlrecht? Zweifel am Grabensystem .....	111
<b>HEINZ MÜLLER-DIETZ</b> Rechtsbehauptung und Rechtsdurchsetzung in literarischen Diskursen .....	121

XIII

## Gehör, Verständnis, Einsicht

Seit einer ersten persönlichen Begegnung zur Planung des Buches „Sozialwissenschaften im Strafrecht“ hat Hassemer in Wort und Schrift mein Denken nachhaltig beeinflusst. Die „Integration der Sozialwissenschaften“ bleibt ein Desiderat. Mit der „Einführung in die Grundlagen des Strafrechts“ hat Hassemer den Raum abgesteckt, in dem Strafrjuristen bewegungsfähig sein sollten. Das Buch hat eine Landkarte dieses Raumes gezeichnet, der jedoch nicht abgeschritten wird. Eher dominieren bürokratische Routinen, wie bei der „Verständigung im Strafprozess“<sup>1</sup>, mittels derer man sich auf Nichtverstehen verständigt.

Ich gehe aus von diesem Buch, dem Abschnitt „Szenisches Verstehen“ (S. 122–174)<sup>2</sup>, das in der Psychoanalyse beheimatet ist. Der Begriff ist für Hassemers Darstellung des Strafverfahrensrechts zentral. Ich betone das Psychoanalytische, komplettiere Hassemers Bezug auf die Kommunikationstheorie, den institutionellen Charakter des Prozesses und die inhärenten Kommunikationsbeschränkungen durch Rekurs auf „Feldtheorien“.<sup>3</sup> Wie damals Hassemer, komme ich gegen Ende zu „Opportunität und Handel mit Gerechtigkeit“ (S. 169 ff.). Meine frühe Skepsis gegen das abschließende Diktum, jede Alternative sei schlimmer als Strafrecht (S. 301 – 1. Auflage), abgeschwächt in der 2. Auflage (S. 334: „unverzichtbar“), nunmehr durch „Warum Strafe sein muss“ (2009) unterstrichen, bleibt. Empirisch fundiert könnte durch „PISA für das Strafverfahren“ in dieser Frage entschieden werden.

### I. Szenisches Verstehen – gemeinsames anfängliches Unwissen

Szenisches Verstehen entdeckt in dem Auftreten aller Beteiligten Muster, deren Analyse die Tat in der äußeren und inneren Seite zu rekonstruieren hilft. Die Effekte der Gerichts-Szenerie wie der konkreten Hauptverhandlungs-Szene können herausgefiltert und neutralisiert werden. Aus der Perspektive des erkennenden Gerichts inszeniert der Angeklagte die aktuelle Situation, interpretiert so die Gerichtsszene. Gleichzeitig reinszeniert er oft die Tat und frühere lebensgeschichtliche Szenen. Ist der Richter sich dessen bewusst und mit dem Konzept des szenischen Verstehens vertraut, kann er daraus Hypo-

---

1 Verständigung im Sinne von Absprache und Übereinkunft kennt schon das Grimmsche Deutsche Wörterbuch, s. DWB (digitale Ausgabe) zum entsprechenden Stichwort.

2 Seitenverweise ohne weitere Angaben beziehen sich auf dieses Werk in der 2. Aufl.

3 Bourdieu (1985), Sozialer Raum und ‚Klassen‘; *Leçon sur la leçon*. Frankfurt/M., S. 10; Bourdieu et al. (1997), Vom Gebrauch der Wissenschaft. Für eine klinische Soziologie des wissenschaftlichen Feldes. Konstanz (1998), S. 17 ff.; zum juristischen Feld Bourdieu (1987), *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*. *The Hastings Law Journal*, S. 805–853 sowie Zimbaro (2007), *Der Luzifer-Effekt*. Berlin, S. 444 ff.

thesen bilden, die ihm das Verständnis erleichtern. Auch kann er den Fortgang der Verhandlung darauf abstimmen, wie der Angeklagte die Szenerie im Gericht deutet. Die Reinszenierungsaspekte der Tatsituation lassen erkennen, wie der Angeklagte seine Tat versteht bzw. gerade nicht versteht – weil er etwas in seiner Angeklagtenrolle agiert, anstatt es aus der Angeklagtenrolle heraus dem Gericht als Information zur Verfügung zu stellen. Der Schlüssel für dieses Unverstandene kann ein Blick auf die Lebensgeschichte des Angeklagten sein. Der Angeklagte, wenn er denn der Täter (Verursacher, nicht notwendig Straftäter!) ist, wechselt in der Reinszenierung in der Tat häufig aus der früheren kindlichen Opfer- in die Täterrolle.<sup>4</sup> Auch der aktiv bestreitende Angeklagte kann in der Art des Auftretens manches kundtun, was dem Schluß auf Täterschaft widerstreitet<sup>5</sup> – oder ihn bekräftigt.

In einer solchen Verständnisdimension ist ein Unwissen über die Tat, ihre Motive, die Gründe ihrer Ausgestaltung möglich, welches der Richter mit dem Angeklagten teilt. So fällt es leichter, den Stereotypen und Alltagsroutinen (S. 128) zu entgehen, den eigenen Beitrag zum Gelingen oder Misslingen des Verstehens (S. 125) im Sinn zu behalten. Beide werden als Subjekte im Prozess der Wahrheitsfindung anerkannt (S. 138 ff.), und es gibt ein möglicherweise gemeinsames Ziel, nämlich Unverstandenes zu verstehen. Verstehen schafft die Basis, Unrecht und Schuld richtig festzustellen, verschafft dem Angeklagten Einsicht in die Gründe seines Tuns, in seine Neutralisationstechniken und damit in das Unrecht. Oder, wenn der Angeklagte nicht Täter ist, warum er sich in Verdacht gebracht hat, den Verdacht nicht ausräumen konnte.<sup>6</sup> Es muss einen Übergang vom *Verhör* zum *Gehör* geben.<sup>7</sup> Nach der kulturellen Einstellung ist der Angeklagte sich über die Motive ebenso im Klaren wie erst recht über sein Tun und Lassen; sein Wissen hält er aus Angst vor der Strafe geheim oder bringt es nur verzerrt ein. Tendenziell gilt Schweigen als Schutzverhalten und Erklärungen als „Schutzbehauptungen“. Kurz: Vor das Verstehen ist das Gehör zu setzen (S. 139).

## II. Rechtliches Gehör

„Gehör“ hat eine positionsabhängige Bedeutung. In der einen Richtung ist es mit „gehören“ und „Gehorsam“ verknüpft. In der anderen ist es mit dem großzügig gewährten Privileg verbunden, etwas sagen zu dürfen. An diese Bedeutung erinnert auch die „Audienz“, die gewährt wird. Die lange genutzte Formel, dass „rechtliches Gehör zu gewähren sei“, lässt die mühsame rechtsstaatliche Zähmung des Obrigkeitsstaates noch erkennen. Sie besagte lange Zeit nicht viel mehr, als dass tatsächlich Gelegenheit zum Reden bzw. zum Einreichen von Schriftsätzen gegeben werden müsse, während das „Hören“ seitens des Gerichts nicht verlangt war. In dieser Hinsicht hat sich nicht zuletzt durch

---

4 Wilkinson/Pickett (2009), *The Spirit Level*. London/New York, S. 138.

5 So kann ein unschuldig Verfolgter gegenüber den Ermittlern oder dem Gericht ein „Stockholm“-Syndrom entwickeln – ein mögliche Quelle für Fehltritte.

6 Der Verbrecher aus Schuldgefühl muss das Verbrechen nicht selbst begehen – er kann in die Rolle des Verbrechers eintreten – ein möglicher Hintergrund für falsche Geständnisse.

7 Das Ab-Hören lasse ich aus.

das Bundesverfassungsgericht ein Wandel vollzogen.<sup>8</sup> Es gilt als Ausdruck der Subjektstellung, und das Gericht muss zu erkennen geben, dass es das Gesagte vernommen und bedacht hat. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt als subjektives und objektives Recht, so dass „Gewähren“ zu Recht im Verschwinden begriffen ist. Objektiv rechtlich wird dem „rechtlichen Gehör“ eine Reihe von Funktionen zugeschrieben, die es im Rahmen einer rechtsstaatlichen Justiz erfüllen soll.

Aus der Perspektive des Verstehen-wollens wird das Gericht den Wunsch nach Gehör begrüßen, wird doch der aktiv redende Angeklagte besser informieren als der im Verhör bloß reagierende. In der weiteren Verhandlung kann dann die so gelieferte Information im Gespräch zu Wissen verarbeitet werden, das wiederum die Basis für Verstehen ist.<sup>9</sup>

### III. Verstehen

Verstehen meint hier den Prozess, in dem aufgenommene und gesammelte Informationen in Wissen umgewandelt und unter Hinzufügung von „Vorverständnissen“ weiterverarbeitet werden. Verstehen ist wesentlich eine Rekonstruktion derjenigen Faktoren, Variablen, am besten sagt man wohl „Vektoren“ – gerichtete Variablen –, die das Tatverhalten herbeigeführt und ausgestaltet haben. Die entscheidende Frage beim Verstehen ist die nach dem „Warum“, zunächst nach den rationalen Gründen im Sinne des „homo oeconomicus“. Eine zweite Ebene ist die emotionale, das Vergnügen an der Tat, z. B. mit Angstlust, Herausforderung, Abenteuer. Die dritte Ebene ist die kulturelle, dass eine Tat einem kulturellen Skript folgt, wie z. B. in „Chronik eines angekündigten Todes“<sup>10</sup>: Tötung zur Rettung der Familienehre. Die Rollenverteilung in der Tat-Situation mag gewisse Handlungen geboten haben: z. B. jemanden zu schützen, nicht zu verpfeifen.

Dabei gilt es nicht nur das Tatverhalten, sondern auch das Prozessverhalten zu verstehen, aus Kongruenzen und Differenzen lassen sich Schlüsse ziehen. Im Verstehensprozess wird Verständnis produziert. Dieses kann nicht nur unmittelbar der Sachverhaltsfeststellung und Unrechts- wie Schuld feststellung nützen, sondern gleichsam abgelegt werden, um zukünftig als Hypothese zu dienen. Ein solcher ‚Verständnisvorrat‘ kann den Verstehensprozess beschleunigen. Diese „Verständnisdatenbank“ enthält auch ‚szenische Muster‘. Solches Vorverständnis rührt auch aus eigenen früheren Erfahrungen oder der Ausbildung her.

Was setzt Verstehen voraus? Schon das sprachliche Verstehen geht über den Austausch vom Sender kodierter Informationen, die vom Empfänger aufgrund der gemeinsamen Beherrschung der Sprache dekodiert werden, hinaus (S. 124). Auch bei „Muttersprachlern“ differieren die Bedeutungen beträchtlich, nur unter Zuhilfenahme anderer Mittel als der Sprache erschließen wir durch Paraphrasen und Interpretation, was der Andere meint. Noch komplizierter wird es, wenn die Beteiligten unterschiedlichen Kulturen,

8 BVerfGE 89, 28, 35 = NJW 1993, 2229; BVerfGE 107, 395; BVerfGE 108, 341.

9 So sieht auch *Hassemer* (Tatbestand und Typus. Berlin 1968, S. 136 Fn. 37) das rechtliche Gehör als hermeneutisches Prinzip.

10 *Marquez* (1981), Chronik eines angekündigten Todes. München (1986).

gesellschaftlichen Klassen oder Schichten angehören. In der sozialen Praxis geht es beim Austausch von Worten auch um einen Schlagabtausch<sup>11</sup>, im Gericht zumal, wie „Waffengleichheit“ andeutet. Der Gemeinplatz „Der Ton macht die Musik.“ ist wahr. Dies trifft auch für das geschriebene Wort zu. Sich im Ton zu vergreifen kann erhebliche Folgen haben. Für wen, hängt dabei von den strukturellen Machtverhältnissen ab. Das Gericht hat das letzte Wort (was § 258 StPO verneint). Für das Gericht ist es auf den ersten Blick weniger dramatisch als für den Angeklagten, die Staatsanwaltschaft oder die Verteidigung, „sich im Ton zu vergreifen“. Das auf Wahrheitsfindung orientierte Gericht allerdings wird die Dramatik nicht unterschätzen.

Empathie ermöglicht es, das Reden des Anderen auf dem Hintergrund seiner Situation und Gefühlslage zu interpretieren. Wo (auch „getönte“) Worte zum Verstehen nicht reichen, kommen Inszenierung und Agieren ins Spiel. Interpretiert das Gericht Ton und Inhalt des Gesagten im Kontext einer (Re-)Inszenierung bleibt es trotz eines „kalten“, „renitenten“, provozierenden Tons objektiv, kann Empörung, Verachtung oder Kränkung auflösen.<sup>12</sup> Das hilft auch, den Angeklagten zu konfrontieren, ohne ihn implizit der Lüge, der Provokation, der Unverschämtheit usw. zu bezichtigen.

Die Funktions- bzw. Rollenverteilung im Gericht weist dem Richter einen institutionellen Ort zu, von dem aus er spricht, wie auch alle anderen Beteiligten. Zu bestimmen, wer spricht, verlangt Soziologie. Freilich müssen die Beteiligten dies in ihre persönliche Kommunikation und Interaktion übersetzen.

Negt<sup>13</sup> hat den in diesem Zusammenhang nützlichen Terminus „soziologische Phantasie“ geprägt. Ein Richter kann sich die Lebenslagen von Angeklagten oder Zeugen nur vorstellen, wenn ihm soziologische Dimensionen präsent sind und er sie auszumalen vermag. Er muss Äußerungen hypothetisch vor dem Hintergrund (1) verschiedener Lebenslagen verstehen; (2) der durch die gerichtliche Ordnung bedingten Inszenierung; (3) seiner eigenen Position im Verhältnis zum Angeklagten oder anderen Beteiligten. „Objektive Hermeneutik“<sup>14</sup>, „Ethnopschoanalyse“<sup>15</sup> und Bourdieusche Soziologie haben die Problematik der gesellschaftlichen und kulturellen Hintergründe aufgearbeitet. Es sprechen nicht einfach Individuen miteinander, sondern Individuen an einer gesellschaftlichen Position. Die gesellschaftlichen Umstände nehmen in den Individuen psychische Gestalt an, die psychischen Merkmale der Individuen beeinflussen gesellschaftliche Umstände. Die Sozialpsychologie belehrt uns, dass die Umstände weitaus mehr als die

---

11 Bourdieu (1972), Entwurf einer Theorie der Praxis. Frankfurt/M., S. 146.

12 Solche Reaktionen bieten Anlass der Gegenübertragung nachzugehen, um objektiver werden zu können.

13 Negt (1968), Soziologische Phantasie und exemplarisches Lernen. Frankfurt/M.

14 Oevermann et al. (1979), Die Methodologie einer objektiven Hermeneutik und ihre allgemeine forschungslogische Bedeutung in den Sozialwissenschaften. In: H.G. Soeffner (Hrsg.), Interpretative Verfahren in den Sozial- und Textwissenschaften. Stuttgart: Metzler, S. 352–434.

15 Erdheim (1982), Die gesellschaftliche Produktion von Unbewußtheit – Eine Einführung in den ethnopschoanalytischen Prozeß. Frankfurt/M.

„Charaktere“ der Individuen das Verhalten bestimmen, situative und systemische Faktoren mehr als Dispositionen.<sup>16</sup>

#### IV. Einsicht

Was im Gehör der Angeklagte als Information eingespeist hat, kann durch einen Verstehensprozess, an dem er sich als Subjekt beteiligt hat, am Ende durch Verhandeln, Urteilsverkündung und -begründung Einsicht werden. Einsicht hat – „Ich werde dich schon zur Einsicht bringen“ –, auch die Konnotation, dass die „unten“ zu gewinnen haben und von „oben“ dazu gebracht werden. Beim Verständnis ist es eher umgekehrt. Einsicht geht über Wissen hinaus. Sowohl das Wissen taucht in negativer Form („Verbotsirrtum“) im Gesetz auf, wie die Unrechtseinsicht. Ich beziehe ‚Einsicht‘ nicht nur auf das Unrecht, sondern auch auf das Tatgeschehen. Das widerspricht dem Gesetz, welches die Unrechtseinsicht voraussetzt und jemanden nur dann für schuldig hält, wenn er sich trotz dieser Einsicht „für das Unrecht“ entschieden hat.

Einsicht ins Recht/Unrecht verstanden wie Einsicht in Arithmetik, die ohne externe Kontrolle kollektiv übereinstimmendes Verhalten produziert<sup>17</sup>, macht die Konzeption einer Straftat bei vollständiger Einsicht für den Modalfall inkohärent. Handeln gegen die eigene Überzeugung kann nur die Ausnahme sein, in Situationen, die denen des § 35 StGB ähnlich sind oder bei beeinträchtigter Steuerungsfähigkeit. Vielen Tätern mangelt es an Einsicht in diesem Sinne. Wenn man „Täter“, aber auch den Vielen in der Allgemeinheit, zu mehr Einsicht verhelfen kann, hat das kriminalpräventive Wirkung. Einsicht kann man nur selbst gewinnen – der andere fungiert als Katalysator.

In vielen Fällen, z. B. der Steuerhinterziehung, des Versicherungsmisbrauchs und des sexuellen Kindesmissbrauchs ist das *Wissen* um das Verbotensein vorhanden, die *Einsicht* jedoch fehlt. In anderen Fällen, z. B. bei BtMG-Delikten, fehlt die Unrechtseinsicht mangels strafwürdigem Unrecht, wenn man ‚Volksgesundheit‘ als illegitimes Rechtsgut und (unerreichbaren) paternalistischen Schutz als illegitimen Zweck ansieht. Der gewöhnliche Verbotsirrtum wird aus dem Felde geräumt, indem man die Anforderungen an die Unvermeidbarkeit in schwindelnde Höhen schraubt.<sup>18</sup> Dann braucht man die Frage nach der Einsicht gar nicht erst zu stellen – das ist minimale Voraussetzung, sie wachsen zu lassen.

Oft ermangelt auch die Einsicht in das tatsächliche Geschehen, besonders in das „Warum“ der Straftat. Viele Täter wissen dazu wenig oder nichts, geben hilfswise die oberflächlichsten rationalen Motive im Sinne des ‚homo oeconomicus‘ an. Welche Funktion ihre Taten haben, ist ihnen oft verborgen. Ein Gericht, welches nicht mit einer angemess-

---

16 *Zimbardo* (2007), *Der Luzifer-Effekt*. Berlin; *Milgram* (1974), *Das Milgram-Experiment*. Zur Gehorsamsbereitschaft gegenüber Autorität. Reinbek b. Hamburg; *Zimbardo/Haney/Banks/Jaffe* (2002), *Psychologie der Gefangenschaft – Deprivation, Macht und Pathologie*. In: Neubacher/Walter (Hrsg.), *Sozialpsychologische Experimente in der Kriminologie*. Münster: LIT, 2002, S. 69–91.

17 *Hofstadter* (1985), *Metamagicum*. Fragen nach der Essenz von Geist und Struktur. Stuttgart, S. 813.

18 *Hassemer* S. 89; *Naucke* (2001), *Staatstheorie und Verbotsirrtum*. In: Schünemann et al. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*. Berlin: de Gruyter, 2001, S. 503–518.

senen „Verständnis“-Datenbank ausgerüstet ist, kommt nicht weiter und konstatiert, die Tat sei nicht nachzuvollziehen.

(1) Vielen Menschen sind die experimentellen Befunde aus den sozialpsychologischen Studien von Milgram, Zimbardo und anderen zwar vielleicht bekannt, sie haben die Ergebnisse aber nicht in „Einsicht“ überführt. Sie sträuben sich gegen die Vorstellung, innerhalb einer halben Stunde dazu gebracht werden zu können, anderen Menschen Stromstöße in schmerzhaftem oder gar tödlichem Ausmaß beizubringen. Sie können sich nicht vorstellen, innerhalb von wenigen Tagen zu sadistischen Gefangenenaufsehern zu werden. Unternehmen wie Institutionen, Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht eingeschlossen, lassen Felder entstehen, welche die Wahrnehmungsfähigkeit der Akteure durch Verleugnung ebenso beeinträchtigen können wie das „Gewissen“ durch Neutralisationstechniken. Unbewusste Verleugnung schafft Unwissen bzw. deutet Tatsächliches um, so dass das Unrechtsbewusstsein sich gar nicht erst meldet, mithin auch nicht mit „Neutralisationstechniken“ lahmgelegt werden muss.

(2) Es gibt Lebensumstände, unter denen der Betreffende fast unvernünftig erschiene, wenn er die Tat nicht begangen hätte, z. B. die so genannten „hustler“ in den Ghettos der amerikanischen Städte.<sup>19</sup>

(3) Groß ist der Anteil an Fällen „unbewusster Fahrlässigkeit“; die Täter (meist: Fahrer) erkannten die Gefahr nicht, so dass das Unrechtsbewusstsein gar keine Chance hatte, sich einzuschalten.

## V. Justiz: Ziele und Mittel

Nun will ich diesen idyllisch modellierten Vorgang vom Hören über das Wissen zum Verstehen und dann zurück zur Einsicht in den größeren Zusammenhang stellen und Hindernisse des Verstehens-/Einsichtsprozesses beschreiben. Die Justiz hat das Ziel, gesetzmäßige rechtliche Entscheidungen zu finden. Mit ihren Urteilen hat die Justiz Macht und kann den zukünftigen Zustand beeinflussen. Sie schreibt Personen an gesellschaftlichen Positionen fest oder verschiebt sie auf andere. Diese Positionen können mehrdimensional bestimmt werden, nach dem ökonomischen, kulturellen, sozialen und symbolischen Kapital. Oberstes Ziel ist, eine gerechtere Gesellschaftsordnung herbeizuführen bzw. die bestehende Gerechtigkeit zu erhalten.

Im Strafprozess geht es in erster Linie um „soziale Hypotheken“. Mit Geld oder Freiheit gehen unmittelbar ökonomisches Kapital oder Erwerbchancen verloren, jedoch wirken diese Einbußen zugleich symbolisch „degradierend“ in Form von Ansehensverlust und Stigmatisierung. Wer Schadensersatz zahlen muss, verliert Geld, wer in Quarantäne genommen wird, verliert seine Freiheit, aber nicht an Ansehen. Das ist bei Freiheitsstrafen (auch rechtlich) und freiheitsentziehenden Maßregeln (faktisch) ganz anders. Geldstrafe anders als Bußgeld hat einen besonderen „Geruch“, weil mit der Strafe ein Ma-

---

19 Bourdieu et al. (1993), Das Elend der Welt. Zeugnisse und Diagnosen des alltäglichen Leidens an der Gesellschaft. Konstanz (dt. 1997): Universitäts-Verlag, S. 184 f.

kel<sup>20</sup> verbunden ist, der von der Höhe der zu zahlenden Summe unabhängig ist.<sup>21</sup> Nur auf materielle Wahrheit gestützt darf ein Schuldspruch ergehen. Der Verständnisprozess ist notwendiger Bestandteil eines gerechten Urteils. Der Weg dahin soll auch über ein faires Verfahren führen. Qualität des Gehörs und respektvolle Behandlung beeinflussen die Zufriedenheit mit einem Urteil wesentlich.

Mittels der Urteile wird die Grenze zwischen Recht und Unrecht präzisiert. Diese zu vermitteln, und zwar über die Prozessbeteiligten hinaus, gehört ebenfalls zu den Aufgaben der Justiz und hat für die Reproduktion einer gerechten Gesellschaft hohe Bedeutung. Als Generalprävention ist dies zentrale Aufgabe des Strafrechts. Verständnis auch für die tatsächliche Seite, für die kriminologischen Fragen, wenn man so will, dürfte ein wesentliches Moment sein, wenn die oben gemachten Überlegungen zur Einsicht ihre Richtigkeit haben.

Der Verstehensprozess erscheint aus zwei Gründen so „idyllisch“: (1) Der Angeklagte kann bestenfalls Verluste abwehren, aber hat nichts zu gewinnen. Das dämpft seine Bereitschaft, vom rechtlichen Gehör Gebrauch zu machen. (2) Die Bedrohung mit einem Verlust an sozialem Kapital, mit der Auferlegung einer weitreichenden sozialen Hypothek schafft keine Gesprächslaune. Dahinter tritt die Hoffnung, im Prozess etwas von dem möglicherweise selbst-befremdlichen Vorgang der Tat zu verstehen, zur Wahrheitsfindung beizutragen, zurück. Noch so aufrichtige Reuebekundungen können davon motiviert sein, der Wahrheit nicht ins Angesicht schauen zu müssen. Insofern kann es billiger sein, die Strafe schnell herbeizuführen. Dies zu verstehen, gehört auch zu den Aufgaben des Gerichts und wird durch „szenisches Verstehen“ erleichtert.

Auf weitere Faktoren, die den Strafprozess vom gesetzlich Vorgeschriebenen entfernen, komme ich nun zu sprechen.

## VI. „Stakeholder“

Der Justizprozess wird von Menschen betrieben, von Justizangehörigen und Anwälten, Angeklagten, es kommen Opfer und Zeugen ins Spiel. Alle haben ihre eigenen Interessen, die z. T. schon die Funktions-Bezeichnungen indizieren. Die Positionen im gesellschaftlichen Raum können diese Interessen modifizieren und den Einfluss auf das Verfahren verstärken oder verringern.

Daneben spielen Polizei und in gewissem Umfang auch Strafvollzug und die jeweiligen Bediensteten eine Rolle. Abgesehen davon kommen Politik und Öffentlichkeit ins Spiel und das Allgemeininteresse.

Strafen macht Lust, weil es eine gesellschaftlich gebilligte Form der Aggression ist, Möglichkeit, Ressentiments zum Ausdruck zu bringen.<sup>22</sup> Die zustimmende Verbreitung

---

20 S. dazu *Schmidhäuser* (1963), Vom Sinn der Strafe. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, S. 22.

21 *Hassemer* (2009), Warum Strafe sein muss – Ein Plädoyer. Frankfurt/M.: Ullstein, S. 207, knüpft Strafe an persönliche Vorwerfbarkeit, subtrahiert vom Strafbegriff explizit Erziehung und Sicherung.

22 Zuschauer identifizieren sich mit dem Strafenden und ahmen ihn nach (*Bandura* [1973], *Aggression*. Engelwood Cliffs, NY: Prentice Hall). Zur Psychodynamik, die diese Lust antreibt *Günter* (2006), Un-

des Satzes „Alles verstehen ist alles verzeihen.“ dürfte damit zusammenhängen, dass Verstehen zum Verzeihen und damit zum Verbot zu strafen führt. Dieses Vergnügen möchte man sich nicht nehmen lassen. Daraus stammt eine punitive Tendenz. Die Polizei, die Beweismaterial herbei geschafft hat, möchte ihre Ermittlungstätigkeit durch Bestrafung sozusagen belohnt sehen. Lust am Strafen kann auch identifikatorisch ausgelebt werden, das heißt, die interessierte Öffentlichkeit sieht es auch gerne, wenn gestraft wird. Die Opfer sind hier differenzierter und bleiben in ihren „Rachebedürfnissen“ häufig hinter dem zurück, was ihre „Stellvertreter“ in der Allgemeinheit an Strafen fordern.<sup>23</sup>

Etlliche Faktoren treiben die Straferwartung über das vom Gesetz vorgesehene Maß, was den Wunsch nach Gehör negativ beeinflusst und Verstehen behindert.

(1) Verstehen verdirbt die Lust am Strafen.

(2) Das Gesetz sieht das angerichtete und persönlich zu verantwortende Unrecht als Grundlage für Strafe und Strafzumessung. In dem wesentlich durch Unrechtsmomente bestimmten Strafrahmen muss das Gericht allein nach Schuldmerkmalen die Strafe festlegen (§ 46 StGB). Die Währung, in der die Schuld beglichen werden muss, kann allerdings auch Herabsetzung, Verlust an sozialem Kapital sein. Faktisch treten jedoch anstelle von Schuld Verachtung<sup>24</sup> und Gefährlichkeit als Gründe für Strafzumessung. Eine hohe Strafe drückt nicht große Schuld, sondern Verachtung und Gefährlichkeit aus – vor dem Verurteilten muss man sich hüten und darf auf ihn herabsehen. Damit aber sinken Informations- und Verstehensbereitschaft weiter.

(3) Autoritätsdemonstration spielt eine große Rolle und blockiert Verstehen. Die Neigung, den Verbotsirrtum faktisch nicht anzuerkennen, indem man immer Vermeidbarkeit behauptet, hat ein paternalistisches Moment. Die vom Gesetz verlangte Unrechtseinsicht ist auch für Juristen oft nur schwer zu gewinnen. Dieser Unsicherheit, in der Ausbildung als zentrales Moment gelehrt, in der Breite des Vertretbaren, den Grenzen der Rechtsbeugung gespiegelt, soll dem Publikum verborgen bleiben. Damit aber reduziert sich die Forderung an den Angeklagten auf schlichten Gehorsam gegenüber der Autorität – einer „autoritären“ Autorität, die mangels Richtigkeitskriterien sachlich nicht fundiert ist.

(4) Wächst das berufliche Ansehen mit der Zahl der Verurteilungen, sinkt das Verstehensinteresse, dasselbe, wenn der Wunsch nach Zeitersparnis, kurzen Prozessen dominant wird.

Diese Faktoren laufen der Anerkennung des Angeklagten als Subjekt ebenso zuwider wie der Anerkennung der Unsicherheit und Subjektivität der Justizbediensteten, stattdessen wird eine Leugnung von Unwissenheit und Unsicherheit nahegelegt. Daher rührt die

---

Heimliche Gewalt. Angstlust, Inszenierung und identifikatorische Projektion destruktiver Phantasien. *Psyche* (60), S. 215–236, S. 229.

23 Kunz (2001), *Kriminologie*. Heidelberg, S. 43 f.

24 Fabricius (2008), Die Verachtung des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. *Psyche* (62), S. 1039–1067.

Tendenz, solche Informationen zu sammeln, die leicht in kulturelle Schemata passen, die mit alltagstheoretischen und tendenziösen Kriterien arbeiten.

## VII. Verständigung

Aus den soziologischen Strukturen und ihrer subjektiven Verarbeitung ergeben sich zahlreiche Verständnisprobleme. Staatsanwälte, Richter und Anwälte stehen unter Zeitdruck. Viele Akten müssen in kurzer Zeit abgearbeitet werden. Die oberen Instanzen, vorgesetzten Behörden und die Mandanten als Auftraggeber achten darauf, dass „keine Zeit verschwendet wird“, wobei die Mühen beim Verstehen häufig so verbucht werden.

Auch in demokratischen Rechtsstaaten bleibt die Funktion des Rechts und der Organisationen, die Recht anwenden, ambivalent. Urteile sind auch ein Mittel, jemandem seinen gesellschaftlichen Ort zuzuweisen, ihn auf einen Ort festzuschreiben, Wanderungen zu unterbinden. Die Juristenausbildung, die berufliche Sozialisation und die Kräfte im justiziellen Feld sorgen dafür, dass Abwehrprozeduren ausgelöst und stabilisiert werden. Dies kann zu „geblockter Sympathie“ führen, d. h. die Empathiefähigkeit wird nicht genutzt, welche erst Verstehen ermöglichen würde. Der Druck oberer Gerichte oder der Öffentlichkeit kann so groß sein, dass schon der Versuch zu verstehen Angst vor Empörung auslöst, erst recht, wenn dem Verstehen ein „mildes“ Urteil folgt.

Zu Absprachen in Strafprozessen kommt es, wenn der Umfang der Beweismittel groß ist, die Beweismittel schwer zu erreichen, die rechtlichen Probleme zahlreich sind, was zusammen genommen Ressourcen verschlänge, wenn man dem Legalitätsprinzip folgend aufklärte.

Diese Faktoren können durch Anwaltstätigkeit beeinflusst werden. Anwälte können Ermittlungsmaßnahmen rechtlich kontrollieren, durch Beweisanträge zahlreiche Beweismittel ins Spiel bringen, erreichen, dass Beweismittel schlechter zu beschaffen sind. Umfang und Qualität der Anwaltstätigkeit hängen vom eingesetzten Honorar ab. Das bedeutet, dass „reiche“ Beschuldigte respektive Angeklagte größere Chancen haben, den Preis für die staatliche Seite für eine „erfolgreiche“, das heißt schuldig sprechende Verurteilung, weiter in die Höhe zu treiben. Bei qualifiziertem Anwaltseinsatz wird eine rechtskräftige Verurteilung unwahrscheinlicher. Das Risiko eines „Scheiterns“ bei hohen Kosten für den Ermittlungs- und Prozessführungsaufwand drängen Staatsanwalt und Gericht geradezu zur „Absprache“.

Was gewinnt der Beschuldigte? Er gewinnt einen frühzeitigeren Ausstieg aus der „Statuspassage“<sup>25</sup> mit dem Degradierungs-/Ansehensverlust. Die Verfahrensdauer wird drastisch herabgesetzt, was eine Wahrnehmung in der Öffentlichkeit weniger wahrscheinlich macht. Details, über die berichtet werden könnte, gibt es nicht. Unrecht, Schuld und Strafe bleiben hinter dem vermutlich Richtigen zurück, und zwar umso mehr, je größer der verlangte Ressourceneinsatz und das Risiko des Scheiterns ist.

---

25 von Gennep (1986), Übergangsriten, Frankfurt/M.

Typischerweise „absprachegeeignet“ sind scheinbar „opferlose“ Delikte<sup>26</sup>, Korruption, Steuerhinterziehung, Umwelt- und Gefährdungsdelikte. Die Opfer sind nicht unmittelbar beteiligt und an Blutspuren erkennbar. Wenn jemand tausend Leute um jeweils einen Euro schädigt und so tausend Euro gewinnt, wird der Geschädigte wegen geringen Schadens **nicht** zivilrechtlich reagieren. Bei den genannten Delikten sind eher „Reiche“ beschuldigt, die Schadenshöhe ist groß, wie die Zahl der Geschädigten und die „Intransparenz“. Das alles konstituiert ein öffentliches Interesse an Aufklärung und an Reaktionen. Die Entwicklung prozessualer Absprachen begann mit § 153a StPO. Dabei ist das Problem nicht diese Vorschrift und die damit verfolgten Ziele. Vielmehr hat man die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift bis jetzt nicht ernst genommen. Die typischen Fälle für § 153a StPO und Absprachen sind gewöhnlich diejenigen, bei denen am ehesten ein öffentliches Interesse zu konstatieren wäre. Auch die zweite Voraussetzung, dass „die Schwere der Schuld nicht entgegensteht“, wird meist fehlen. Es sind kalkulierende Täter, die am ehesten dem Modell des ‚homo oeconomicus‘ entsprechen. Aufgrund des gewöhnlich großen kulturellen Kapitals wird man entsprechende Verbotskenntnisse erwarten können; auch die Steuerungsfähigkeit – Impulskontrolle und Affektregulierung – ist relativ hoch. Wenn man also die Kriterien des § 20 StGB zugrunde legt, im Kontext mit dem gewöhnlich erhöhten Unrecht, fehlen die Voraussetzungen des § 153a StPO in der Regel bei Wirtschafts- und Umweltkriminalität.

Das alte Motto „Wer unten liegt, kann nicht mehr fallen.“, umgekehrt heißt: Es steht für die Täter dieser Delikte viel soziales Kapital auf dem Spiel. Der Einsatz ökonomischen Kapitals in größerem Umfang kann sich schnell rentieren.

Entscheidungen und Artikel in strafrechtlichen Journalen sind vom Strafverfahrensrecht dominiert. Wohl deswegen, weil es sich um ein Wettrüsten zwischen Staatsanwaltschaften, Gerichten und Anwälten handelt. Der geballte juristische Scharfsinn soll auf der einen Seite erfolgreiche Ermittlungseingriffe herbeiführen und rechtlich begründen, auf der anderen diese Ermittlungseingriffe abwehren bzw. möglichst viele Hürden aufbauen, über die das Gericht stolpern kann, so dass eine Revision möglich wird.

Infolge der Fähigkeit und Bereitschaft der Mandantschaft, ihre Anwälte in der Entfaltung ihres Scharfsinns durch angemessene Honorierung zu unterstützen, stellt sich etwas „Waffengleichheit“ ein. Insofern gibt es nichts zu beklagen, vielmehr kommt das Strafrecht/Strafprozessrecht hier zu sich selbst. Doch ist ein solcher Rüstungswettlauf teuer und verschlingt Ressourcen, ohne dass Erträge sich vermehren, weder auf der einen noch der anderen Seite. Es bleibt ein „Räuber-Beute“-Verhältnis, weil die Beschuldigten nur dem „Gefressen-Werden“ entgehen können.<sup>27</sup> Der wachsende Aufwand, der durch diesen Rüstungswettlauf entsteht, bleibt ohne einen Nutzen für das öffentliche Interesse. Da der Ertrag konstant ist, während die Kosten steigen, wird das Verfahren ineffizienter.

---

26 Im Gegensatz zu real opferlosen Delikten wie dem Geschwisterinzest (§ 173 StGB) – dazu das Sondervotum von *Hassemer* (2 BvR 392/07 v. 26.2.2008).

27 „Der Hase läuft schneller als der Fuchs – der Fuchs rennt nur um sein Abendessen, der Hase um sein Leben.“

Mehr noch, aus der Differenz zwischen notwendiger Aufklärung, richtiger Unrechts- und Schuldfeststellung einerseits und der durch § 153a StPO und Absprachen herbeigeführten Feststellungen andererseits ergeben sich zusätzliche Ungerechtigkeiten. Die „Kleinen“, die Taten mit „objektiven“ Spuren hinterlassen, die leicht aufzuklären sind, haben im Verhältnis viel zu verlieren. Auch der „rechtstreue“ Bürger, dem eine Wiederherstellung der „Erwartungssicherheit“ versprochen wird, und der seine Rechtstreue gegenüber den Trittbrettfahrern belohnt sehen will, geht leer aus.

Die Verständigung erweist sich als Gegenbegriff zum Verstehen. Wenn im Lichte aller Strafzwecklehren „Gehör – Verstehen – Einsicht“ zielführend sind, impliziert Verständigung Funktionsverlust. Funktionierende Rechtspflege gleicht dann dem Szenario in Edgar Allen Poes Kurzgeschichte von den Ziegeln, die morgens in der einen Fabrik gepresst abends in der anderen zermahlen werden, um am nächsten Morgen ...

### VIII. PISA für das Strafverfahren

Wieso spielen Staatsanwaltschaft und Gerichte, gesetzgebunden, in dem Rüstungswettlauf bei zunehmender Zielverfehlung mit? Ein Grund ist, dass die Leistungen mit Blick auf die Ziele nicht evaluiert werden. Während sich im Bildungsbereich mit PISA etwas geändert hat und die Zahl von Unterrichtsstunden, Einträgen ins Klassenbuch, durchgeführten Klassenarbeiten nicht mehr als „Erfolgskriterien“ herangezogen werden, scheinen im Bereich der Justiz die pro Person und Jahr erledigten Fälle entscheidende Kriterien zu liefern.

Ausgangspunkte müssen Ziele und ihre Operationalisierung sein. Ist das aussichtsreich oder eine unmögliche Aufgabe? Der Vertreter der absoluten Straftheorie müsste auf eine gründliche Individualisierung bezüglich der Schuldfeststellung im Verfahren dringen und würde feststellen, dass davon keine Rede sein kann. Die Resozialisierung bzw. Spezialprävention, die im Strafvollzugsgesetz und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ihren Niederschlag gefunden hat, wird nur halbherzig umgesetzt. Das „Gefährlichkeitskonzept“ ist unbrauchbar, weil „gefährlich“ als Eigenschaft suggeriert wird. Die gibt es aber nicht, denn interagierende Persönlichkeitsmerkmale und Umweltbedingungen schaffen die Rückfallgefahr. Die Rolle der Persönlichkeitsmerkmale wird traditionell überschätzt. In diesem Sinne muss auch Resozialisierung absehbar scheitern, wenn sie nicht zugleich auf Umweltveränderungen hin ausgerichtet wird. Die mit der Strafe verbundene Degradierung ist gesellschaftlich toxisch, und die Lust am Strafen gibt ganz sicher keinen guten Grund, es zu tun. Sollten Zweifel über die Ziele und ihre Erreichbarkeit dazu führen, dass man sich auf die Mittel verlegt, was im Mertonschen Schema zu Ritualismus führt? Sind die Ziele (Werte) preisgegeben, läuft die Justiz Gefahr zu einem durch seine Routinen definierten bürokratischen Apparat zu werden. Da diese Routinen nicht mehr werthaltig sind, kann man ihnen auch Regeln für die Verständigung im Strafprozess hinzufügen, ohne Anstoß zu erregen.

Überlegungen für ein PISA für das Strafverfahren könnten den erforderlichen Selbstreflexionsprozess in Gang setzen. Wenn man hoctourig läuft, so scheint dies „effizient“ zu sein. Wenn man jedoch hoctourig in die falsche Richtung läuft, tut man effizient das Falsche, entfernt sich besonders schnell vom Ziel.

Sozialpsychologie und Individualpsychologie wie Soziologie und Ökonomie haben die Vorstellung des Einsichtigen und Steuerungsfähigen, vorsätzlich, bewusst handelnden „Bösewichts“, die dem Strafrecht zugrundeliegt, als Chimäre erkennbar gemacht. Die tatsächlich eingenommenen Rollen entsprechen ihren sozialen Systemen auch in ihren Straftaten. Der Ansatzpunkt ist nicht das „schuldige Individuum“, sondern die organisatorischen Bedingungen des jeweiligen Umfeldes. Viele scheinbar menschliche Fehler sind Fehler im System.

Diese Debatten müssten beim „PISA für das Strafverfahren“ endlich geführt werden und zu Festlegungen führen, an welchen Kriterien man Effektivität messen will. Wenn es nicht möglich ist, Effektivitätskriterien zu finden, die überprüfbar sind, so kann dies nur bedeuten, dass es keinen tragfähigen Grund gibt, an diesem aufwändigen Apparat festzuhalten. „Und was schlagen Sie als Alternative vor?“ Wenn ein Arzt erkennt, dass das für wirksam gehaltene Medikament tatsächlich unwirksam ist und unerwünschte Nebenwirkungen hat, wird er die Vergabe einstellen – auch ohne Alternative.