

Zur Diskussion über die Grundlagen eines freiheitlichen Strafrechts

Zugleich Besprechungsaufsatz zu *Frauke Timm*, *Gesinnung und Straftat, Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht**

Von Prof. Dr. **Katrin Gierhake**, LL.M., Regensburg**

Eine zentrale Aussage der in Marburg entstandenen, von *Georg Freund* betreuten Dissertation *Frauke Timms*¹ zur Bedeutung der Gesinnung einer Person für das Strafrecht lautet: „Die vorliegende Arbeit soll [...] die Unvereinbarkeit eines freiheitlichen Strafrechts mit jedwedem Einbeziehen von Gedanken bzw. Haltungen des Individuums begründen und konkretisieren.“²

Ob und wie die Gesinnung einer Person im Bereich des präventiv ausgerichteten Polizeirechts eine Rolle spielen kann, ist damit nach *Timm* aber keinesfalls mitentschieden; dieser Frage widmet sie einen eigenen Abschnitt.³ Schon hier sei ihr Ergebnis kurz benannt: Die Gesinnung sei „Ausdruck potentieller Gefährlichkeit der Person“ und als solcher für eine gefahrenabwehrrechtliche Prognoseentscheidung durchaus zu berücksichtigen, so dass sie die Notwendigkeit gefahrenabwehrrechtlicher Maßnahmen rechtfertigen und auf diese Weise ihren legitimen Stellenwert im Bereich des Polizeirechts finden könne.⁴

In der Arbeit *Timms* werden die Begriffe „Wert“ und „Gesinnung“ sowie die Begriffspaare „Prävention/Repression“ und „Verhaltensnorm/Sanktionsnorm“ als Schlüsselbegriffe der Diskussion um Grundlagen und Legitimation des Strafrechts vorgestellt. Mit ihrem klaren Plädoyer für eine strikte Trennung zwischen einem repressiv verstandenen Strafrecht auf der einen Seite und einem der Prävention verpflichteten Polizeirecht auf der anderen Seite,⁵ wendet sich die *Autorin* nicht nur überhaupt gegen präventive Straftheorien, sondern auch gegen die aufgrund solcher Theorien für legitimierbar erklärte Ausweitung von Straftatbeständen in den Bereich reiner Vorbeugungsgesetze.⁶ In diesem Zusammenhang arbeitet sie deutlich heraus, wie der Gedanke der Verbrechensverhinderung unweigerlich zu dem Bedürfnis der sich bedroht fühlenden Gesellschaft führt, Anzeichen für drohendes Unrecht möglichst früh zu erkennen und Rechtsstörungen zu verhindern; dabei werden nicht nur „störende“ Verhaltensweisen, sondern vermehrt schon „böse Gedanken“ in den Blick genommen.⁷ *Timm* untersucht nicht nur dieses Phänomen des Zugriffs auf die innere Ausrichtung einer Person als solches, sondern differenziert danach, welche

Bedeutung die Gesinnung einer Person für das Strafrecht einerseits und für das Polizeirecht andererseits haben kann und darf.

In ihren zentralen Aussagen – dass die strikte Trennung von Strafrecht und Polizeirecht im Rechtsstaat unverzichtbar ist und dass beide Rechtsgebiete unterschiedlichen Prinzipien folgen – ist *Timm* zuzustimmen. Dass dieses Faktum Bedeutung hat für den rechtlichen Umgang mit der Innerlichkeit des Täters bzw. „Gefährders“, ist ebenfalls mehr als plausibel. Insofern liegt in den durchgängig unzweideutig formulierten und nachdrücklichen Ausführungen *Timms* ein Gewinn für die wissenschaftliche Diskussion um den sog. „Präventionsstaat“ – einer Diskussion, die die Fundierung durch Rechtsprinzipien dringend nötig hat. Allerdings ist der argumentative Weg, den *Timm* wählt und der sie zu ihren Einsichten führt, nicht durchgängig überzeugend.

Dazu nun im Einzelnen: Die Arbeit ist, nach einer kurzen Einleitung (S. 13-17), in fünf Teile gegliedert.

I. „Gesinnung“ und „Wert“

In einem ersten Teil (A.) geht *Timm* auf das Verständnis von „Gesinnung“ ein, das für die (straf-)rechtliche Betrachtung entscheidend sei (S. 18-37). *Timm* legt Wert darauf festzuhalten, dass die inhaltliche Ausrichtung der Gesinnung in der Verantwortung des Einzelnen liegt, er sie also durch eigenständige Leistung, in die Erfahrung und Reflektion einfließt, selbst bestimmen kann und ihr nicht etwa nur „ausgeliefert“ ist. Daran knüpft sie die „individuelle Verantwortlichkeit der Person für das Haben, Sich-Aneignen bzw. Ablegen einer anstößigen Gesinnung“.⁸ Die „Gesinnung“ habe darüber hinaus die Tendenz, aus dem forum internum einer Person nach außen zu treten,⁹ sich also durch ihr Handeln zu verwirklichen. Inhaltlich will *Timm* „Gesinnung“ verstanden wissen als „Grundhaltung zu Werten“, die „von gewisser Beständigkeit ist, jedoch entsprechend ihrer Entstehung durch freien Willensakt geändert werden kann.“¹⁰ Die Gesinnung sei „Produkt der geistigen Leistung des Individuums“, „selbstentworfenes Konzept des Einzelnen, das er als Erzeugnis seines Geistes zu gegebenem Zeitpunkt kritisch hinterfragen kann und mitunter muss.“¹¹

In der argumentativen Stoßrichtung, mit der die *Verf.* die Eigenverantwortlichkeit des Subjekts bei der Gesinnungsbildung zu stützen sucht, ist ihr einerseits zuzustimmen: Der innere Prozess der Selbstbestimmung im Subjekt, mit dem es

* Duncker & Humblot, Berlin 2012, 267 S., € 74,-.

** Die *Verf.* ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Regensburg.

¹ Name inzwischen geändert in: *Frauke Rostalski*.

² *Timm*, *Gesinnung und Straftat, Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht*, 2012, S. 15; genauer dazu S. 76 ff.

³ Vgl. *Timm* (Fn. 2), S. 111 ff.

⁴ Siehe *Timm* (Fn. 2), S. 122 f., Zusammenfassung auf S. 141 f.

⁵ So *Timm* (Fn. 2), schon in der Einleitung, S. 16; genauer S. 38 ff. und 111 ff.

⁶ Vgl. *Timm* (Fn. 2), S. 39.

⁷ Vgl. *Timm* (Fn. 2), S. 14.

⁸ Siehe *Timm* (Fn. 2), S. 19.

⁹ *Timm* (Fn. 2), S. 24, 25.

¹⁰ *Timm* (Fn. 2), S. 37. Vgl. dazu die gründliche Aufbereitung der Diskussion um den Gesinnungsbegriff im Strafrecht bei *Kelker*, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, 2007, S. 131 ff.

¹¹ *Timm* (Fn. 2), S. 25.

Äußerliches aufzunehmen, verstandesmäßig zu kategorisieren und schließlich vernünftig-praktisch zu beurteilen vermag, ist der Grund dafür, dass ihm für seine Handlungen Verantwortung zukommt.¹² Auch ist es zutreffend, die Gesinnung als geistiges Produkt des Individuums zu begreifen.

Andererseits scheint bei dem Verständnis der Gesinnung als einer Grundhaltung zu „Werten“ und der Verpflichtung, eine „anstößige“ Gesinnung ggf. zu korrigieren, eine gedankliche Unterbestimmung auf, die sich anschließend auch in anderen Teilen der Arbeit, insbesondere bei den Überlegungen zur sog. Verhaltensnorm, auswirkt bzw. deutlich zeigt: Es bleibt im Unklaren, in welchem Verhältnis der sich im Subjekt abspielende Prozess der Selbstbestimmung zu dem dem Subjekt – bloß äußerlich – entgegen-tretenden, offenbar maßgeblichen „Wert“ steht. Dieser „Wert“ hat nach *Timm* eine die Person leitende Funktion, denn sie habe ihre geistige Leistung an ihm auszurichten und eine mit diesem Wert nicht übereinstimmende (dann: „anstößige“ Gesinnung) entsprechend zu korrigieren. Der „Wert“ gilt als objektiver Maßstab für die Richtigkeit der eigenen Gesinnung, so wie im weiteren Verlauf des Gedankengangs die gesellschaftliche Norm zum objektiven Maßstab für das subjektive Verhalten wird¹³ – dazu noch später mehr.

Damit kommt dem „Wert“ bzw. der „Norm“ die entscheidende Funktion als „Leitlinie“ (so *Timm* selbst)¹⁴ des Subjekts zu, einerseits für seine innere Ausrichtung (im Rahmen der Gesinnung), andererseits für sein äußerliches Verhalten (im Recht). Es zeigt sich angesichts dieser Bedeutung von „Wert“ und „Norm“, dass der Wert- bzw. Normgehalt gesichert sein muss, um zutreffende Ergebnisse zu erzielen. Bei der Bestimmung und Herleitung dieses Gehalts reicht aber der Hinweis auf Vorfindliches (wie im Rahmen der Wertphilosophie etwa bei *Nicolai Hartmann*¹⁵ bzw. speziell für das Strafrecht bei *Hans Welzel*¹⁶) bzw. gesellschaftlich vorgegebenes (wie bei der Normentheorie *Jakobsscher* Prägung) nicht hin.¹⁷ Das Subjekt stünde dann immer bloß einer ihm

fremden, letztlich unerklärlichen, es kraft purer Autorität bezwingenden Wert- oder Gesellschaftsordnung gegenüber, der es Gehorsam schuldet, ohne selbst bestimmender Teil dieser Ordnung zu sein – Heteronomie in ihrer Reinform. Der ursprüngliche, auch von *Timm* selbst stark gemachte Gedanke der die Verantwortung überhaupt erst begründenden Selbstbestimmung liefe notwendig ins Leere.

Der Weg der Vermeidung solcher Wert- und Normheteronomie liegt darin, das Subjekt selbst als Mitbegründer bzw. geistigen Mitträger des den Maßstab eigener Handlungsausrichtung bildenden Regelwerkes in Ansatz zu bringen. Denn das Subjekt hat dank seiner Vernunftbegabung die Kapazität, selbst die „Werte“ bzw. „Normen“ (mit-) zu begründen, die als allgemeiner Maßstab für den Selbstbestimmungsprozess und – in einem vermittelten Schritt – für Rechtshandlungen zu gelten haben. Nur wenn sie gedankliche Norm-Urheberin und Norm-Unterworfenen zugleich ist, kann begrifflich gemacht werden, dass die Person beim Prozess der Selbstbestimmung mit der Allgemeinheit verbunden ist; nur dann kann auch eine Fehlform der Selbstbestimmung als solche – auch vom Subjekt selbst – eingesehen und u.U. in der Handlung vermieden werden; und nur dann kann sinnvoll von einem „Selbstwiderspruch“ bei der Bestimmung zum Unrichtigen oder Unrechten die Rede sein.¹⁸ Das Allgemeine muss dann als auch dem Subjekt selbst einsichtige Allgemeingesetzlichkeit gedacht werden, als praktische Vernunft. Im Recht muss dieses Allgemeine dann noch genauer bestimmt werden als praktisch-rechtliche Vernunft, deren Ursprung die Autonomie des Subjekts in seiner Bezogenheit zu anderen ist.

Wer diesen, schon im Deutschen Idealismus angelegten,¹⁹ inzwischen aber auch für das Strafrecht gründlich ausgearbeiteten Schritt²⁰ auslässt, läuft selbst dann Gefahr, das Subjekt

¹² Vgl. dazu *Wolff*, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, 1964, S. 15-17.

¹³ Dazu *Timm* (Fn. 2), S. 119: „Verhaltensnormen dienen [...] als Motivationsinstrumente zu rechtlich gewolltem Verhalten und sollen den Entscheidungsprozess der Person beeinflussen.“; siehe ferner S. 64 ff. (dort zur inhaltlichen Ausrichtung der Verhaltensnorm am Verhältnismäßigkeitsprinzip), S. 68 ff. (zur Qualifizierung der Verhaltensnormen je nach mit ihr verbundener Rechtsfolge).

¹⁴ *Timm* (Fn. 2), S. 119.

¹⁵ Siehe *Hartmann*, *Ethik*, 3. Aufl. 1949, S. 154-156 („Das ethisch-ideale Ansichsein der Werte“): „Der Satz, dass Werte ein ideales Ansichsein haben, [...] besagt, dass es ein an sich bestehendes Reich der Werte gibt, [...], [das] ebenso jenseits der Wirklichkeit, wie jenseits des Bewusstseins besteht, – eine nicht konstruierte, erdichtete oder erträumte, sondern tatsächlich bestehende und im Phänomen des Wertgefühls greifbar werdende ethisch ideale Sphäre, [...]“ (S. 156).

¹⁶ Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 1 ff., zur Rechtswidrigkeit als „negatives Werturteil“ S. 51 f.

¹⁷ Vgl. dazu schon *Zaczyk*, GA 2014, 73 (85, 86).

¹⁸ Von einem solchen Selbstwiderspruch ist auch bei *Timm* (Fn. 2) die Rede, vgl. S. 140.

¹⁹ Vgl. nur *Fichte*, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, 1796, Neudruck auf der Grundlage der zweiten von *Medicus* herausgegebenen Aufl. von 1922 (1960); *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* (1. Aufl. [A] 1797, 2. Aufl. [B] 1798), Werkausgabe von Weischedel (Hrsg.) in zwölf Bänden, Bd. 13; *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, Werkausgabe in zwanzig Bänden (auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu ed. Ausgabe von *Moldenhauer/Michel* [Hrsg.]), Bd. 7.

²⁰ Vgl. *Köhler*, in: *Kahlo/Wolff/Zaczyk* (Hrsg.), *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis*, 1992, S. 93 ff.; *ders.*, *Philosophische Hefte* 1 (1993), 79; *ders.*, in: *Schmidt* (Hrsg.), *Vielfalt des Rechts, Einheit der Rechtsordnung?*, 1994, S. 61; *ders.*, *Rechtstheorie* 27 (1995), 387; *Wolff*, *ZStW* 97 (1985), 786; *ders.*, in: *Hassemer* (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, S. 137; *Zaczyk*, *Das Strafrecht in der Rechtslehre Fichtes*, 1981; *ders.*, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989; *ders.*, in: *Zaczyk/Köhler/Kahlo* (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag*, 1998, S. 509; *ders.*, in: *Söllner u.a.* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze*, 2005, S. 1111; und: *Köhler*, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, Erörtert am Problem

einer heteronomen Zwangsmacht auszusetzen, wenn er dies unbedingt vermeiden will. Dies zeigt sich in den folgenden Ausführungen *Timms*, in denen sie ihre eigene straftheoretische Basis ausarbeitet.

II. „Strafrecht vs. Polizeirecht“

Im nächsten Teil ihrer Arbeit (B.) unterscheidet *Timm* zunächst grundlegend – und im Wesentlichen zutreffend – den Bereich des Strafrechts von dem des Polizeirechts²¹ und untersucht für beide Bereiche getrennt, welche Bedeutung die Gesinnung einer Person im jeweiligen Rechtsgebiet legitimerweise haben kann (S. 38-142).²²

1. Strafrecht: „Verhaltens- und Sanktionsnorm“

Breiten Raum nimmt dabei die Selbstvergewisserung der *Autorin* im Hinblick auf Aufgabe und Legitimation der Strafe ein (S. 40 ff.). Dabei liegt in der Trennung zwischen sog. Verhaltensnormen und sog. Sanktionsnormen für sie eine „notwendige normative Grundvoraussetzung“ (S. 41 ff.). Es seien diese beiden Normenkategorien, die das Strafrecht im Kern ausmachten. Der „effektive Schutz rechtlich relevanter Interessen“ sei ausschließlich durch das Vermeiden gütergefährdender Verhaltensweisen seitens der Individuen zu realisieren; zu diesem Vermeideverhalten müssten die Bürger mittels entsprechender rechtlicher Ge- und Verbote motiviert werden. Diese Motivationsnormen seien die Verhaltensnormen. Auf einen Verstoß gegen eine solche Verhaltensnorm folge dann erst in einem zweiten, zu trennenden Schritt die (strafrechtliche) Sanktionsnorm. Deren Schutzgegenstand sei nicht das Rechtsgut selbst, sondern die Geltungskraft der jeweils übertretenen Verhaltensnorm.

Entscheidend für das Verständnis vom Strafrecht, für das sich *Timm* ausspricht, ist damit die getrennte Beurteilung der Legitimität von Sanktionsnorm und Verhaltensnorm.

der Generalprävention, 1983; *ders.*, Der Begriff der Strafe, 1986; *ders.*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 11; *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 22 ff., 37 ff.; *Seelmann*, JuS 1979, 687; *ders.*, ARSP 79 (1993), 228; *Zaczyk*, in: Landwehr (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit, Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft, 1999, S. 73; in Kontinuität des Grundgedankens: *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005; *Kelker* (Fn. 10); *Kleszczewski*, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, Eine systematische Analyse des Verbrechens- und Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1991; *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005; *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003; *St. Stübinger*, Das ‚idealisierte‘ Strafrecht, Über Freiheit und Wahrheit in der Strafrechtstheorie und Strafprozessrechtslehre, 2008.

²¹ Siehe *Timm* (Fn. 2), S. 38-40.

²² *Timm* (Fn. 2), S. 40-111: Gesinnung im Strafrecht; S. 111-142: Gesinnung im Polizeirecht.

Im Hinblick auf die Sanktionsnorm grenzt sich *Timm* von individual-präventiven und negativ-generalpräventiven Begründungsansätzen ab²³ und sieht die eigentliche Legitimation der Strafe darin, dass mit ihr ein Normgeltungsschaden, bei ihr bezogen auf die Geltung der Verhaltensnorm, abgewehrt wird.²⁴ Der dieses Ergebnis stützende Gedankengang lautet in Anlehnung an *Günther Jakobs* zunächst folgendermaßen: Im Normverstoß drücke der Täter „seine – jedenfalls punktuelle – Nichtakzeptanz der übertretenen Verhaltensnorm aus. Er tritt also in Kommunikation mit der Gemeinschaft, indem er den (unzutreffenden) Anschein vermittelt, ihm stünde trotz Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag weiterhin die Möglichkeit offen, seine eigenen über die davon abweichenden Maximen der Gemeinschaft zu stellen.“²⁵

Timm will nun aber anders als *Jakobs* die Strafe nicht damit begründen, dass mit ihr die Rechtstreue der übrigen Gesellschaftsmitglieder bestärkt werde – darin liege eine nicht zu rechtfertigende Instrumentalisierung des Täters für Gesellschaftsinteressen.²⁶ Sie wendet sich vielmehr einem – aus ihrer Sicht vornehmlich *Michael Pawlik* zuzuschreibenden²⁷ – Strafbegründungsansatz zu, nach dem Strafe „geltungssichernde ausgleichende Ahndung des begangenen Verhaltensnormverstoßes“ (S. 58) sei und durch sie die Wiederherstellung des Rechts bewirkt werde, das sich aus der Geltungskraft der Normengesamtheit ergebe (S. 61). Diesen Ansatz fasst sie selbst folgendermaßen zusammen:

„[...] da das Recht den gewählten gesellschaftlichen Status quo aufrecht erhalten soll, kann man vor dem Hintergrund der Vorstellung einer freiheitlichen Ordnung mit *Pawlik* synonym auch von einer Daseinsordnung in Freiheit sprechen. Strafe dient damit nach dem hier zugrundegelegten Verständnis der Wiederherstellung des vor der Tat bestehenden Zustands der Freiheit durch Betonung der fortdauernden Geltungskraft der übertretenen Verhaltensnorm(en) im Wege einer dem Rechtsbrecher zugefügten Freiheitseinbuße. Strafe ist die geltungssichernde ausgleichende Ahndung des begangenen Verhaltensnormverstoßes (nebst Folgen)“ (S. 61, 62).

So sehr dieser Strafbestimmung im Ergebnis zuzustimmen und so sehr der widerständige Weg der kritischen Selbstvergewisserung der *Autorin* zu würdigen ist, so deutlich sind auch zwei Kritikpunkte zu benennen, die sich auf die Herleitung dieses Verständnisses durch *Timm* beziehen. Der erste betrifft die nicht ganz präzise herausgearbeitete wissenschaftliche Herkunft dieser „absoluten Strafrechtstheorie“. Der zweite, substantiellere, bezieht sich auf die fragliche Vereinbarkeit dieser Position mit der von *Timm* aufgestellten Prämisse, nach der die Legitimation von Verhaltensnorm und Sanktionsnorm unabhängig voneinander vorzunehmen sei. Beide Kritikpunkte hängen miteinander in folgender Weise zusammen:

²³ Siehe *Timm* (Fn. 2), S. 45 ff.

²⁴ *Timm* (Fn. 2), S. 43.

²⁵ *Timm* (Fn. 2), S. 42 f.

²⁶ Vgl. *Timm* (Fn. 2), S. 52.

²⁷ Siehe *Timm* (Fn. 2), S. 60, mit Hinweis auf *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 66 ff., 75 ff.

Ganz zu Recht beschreibt *Timm* das durch die Strafe zu erhaltende und wiederherzustellende Recht als „Daseinsordnung in Freiheit“ – eine Formulierung, die an *Hegels* Grundlinien der Philosophie des Rechts erinnert (Recht als „Dasein des freien Willens“²⁸ bzw. Recht als Dasein „der selbstbewußten Freiheit“²⁹). In der Nachfolge und Fortentwicklung der großen Freiheitsphilosophien *Kants*, *Fichtes* und *Hegels* wird von einer kleinen, aber wachsenden Strömung der Strafrechtswissenschaft schon seit längerem an der Fundierung des Rechts durch die Idee der Freiheit gearbeitet;³⁰ in der Folge hat sich ein eigenständiger Unrechts- und Strafbegriff entwickelt,³¹ der der von *Timm* favorisierten „absoluten Straftheorie“ notwendig zugrunde liegt. Insbesondere der tragende Gedanke der Wiederherstellung des Rechts durch die Strafe ist ohne den entsprechenden positiven Begriff eines freiheitlichen Rechts – bzw. in der Umkehrung: ohne das Verständnis des wesentlichen Moments des Unrechts als Negation fremder Freiheit – nicht begründbar.³² Denn, und das meint ja auch *Timm*, Strafe dient dem Erhalt desjenigen Rechtszustandes der Freiheit, der vor dem Normbruch bestanden hat. Die fortdauernde Geltungskraft gerade dieser Normordnung rechtfertigt die Freiheitseinbuße, die der Täter durch die Strafe zu erleiden hat. Vor diesem Hintergrund ist die Normenordnung aber nur dann legitimerweise durch Strafe zu verteidigen, wenn sie als Freiheitsordnung ausgewiesen ist. Die Legitimation der Strafe steht und fällt damit mit der Qualität des durch den Täter gebrochenen Rechts; anders formuliert: Strafe ist nur gerechtfertigt, wenn sich im Normbruch eine Freiheitsverletzung findet.³³

²⁸ *Hegel* (Fn. 19), § 29, S. 80.

²⁹ *Hegel* (Fn. 19), § 30, S. 83.

³⁰ Siehe nur grundlegend: *Köhler*, in: *Kahlo/Wolff/Zaczyk* (Fn. 20); *ders.*, *Philosophische Hefte* 1 (1993), 79; *ders.*, in: *Schmidt* (Fn. 20), S. 61; *ders.*, *Rechtstheorie* 27 (1995), 387; *Wolff*, *ZStW* 97 (1985), 786; *ders.*, in: *Hassemer* (Fn. 20), S. 137; *Zaczyk* (Fn. 20 – Rechtslehre); *ders.*, (Fn. 20 – Unrecht der versuchten Tat); *ders.*, in: *Zaczyk/Köhler/Kahlo* (Fn. 20), S. 509; *ders.*, in: *Söllner* u.a. (Fn. 20), S. 1111.

³¹ Siehe dazu etwa *Köhler* (Fn. 20 – Strafrechtsbegründung); *ders.*, (Fn. 20 – Begriff der Strafe); *ders.*, in: *Küper/Puppe/Tenckhoff* (Fn. 20), S. 11; *ders.*, (Fn. 20 – Strafrecht AT), S. 22 ff., 37 ff.; *Seelmann*, *JuS* 1979, 687; *ders.*, *ARSP* 79 (1993), 228; *Zaczyk*, in: *Landwehr* (Fn. 20), S. 73 ff.; in Kontinuität des Grundgedankens: *Gierhake* (Fn. 20); *Kelker* (Fn. 10); *Kleszczewski* (Fn. 20); *Murmann* (Fn. 20); *Noltenius* (Fn. 20); *St. Stübinger* (Fn. 20).

³² So unter Hinweis auf die in Fn 30 zitierte Strömung auch *Frisch*, in: *Wolter/Freund* (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, S. 135 (146).

³³ Diese Freiheitsverletzung muss dann in weiteren Begründungsschritten näher qualifiziert werden, um Kriminalunrecht zutreffend zu erfassen. Die Schritte seien hier nur angedeutet: Es geht erstens um die Herabsetzung des Anderen in einem durch gegenseitige Anerkennung begründeten Rechtsverhältnis; zweitens um die Geltungsrestitution des durch die Tat verletzten Rechts; drittens um die Aufhebung des in der

Die These, dass die Strafe unabhängig von der Qualität der gebrochenen (Verhaltens-) Norm zu begründen ist,³⁴ lässt sich damit nicht mehr halten. Die Qualität des Unrechts ist vielmehr gerade der Grund für die Strafe; in Anlehnung an *Hegel*: Das Verbrechen trägt seine Selbstaufhebung durch Strafe schon in sich.³⁵ „Verhaltensnorm“ und „Sanktionsnorm“ stehen damit in einem notwendigen Zusammenhang.

Dass auch die Legitimität der Verhaltensnorm ausgewiesen sein muss, betont im Übrigen auch *Timm* selbst: Dieser Ausweis müsse aber bereits im „vorstrafrechtlichen Bereich“ stattfinden.³⁶ Als Kriterien für diese Untersuchung will *Timm* sich darauf stützen, dass die Norm einen legitimen Zweck verfolgen und dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein müsse:

„Sollen Verhaltensnormen dem Anspruch einer freiheitlichen Ordnung, das größtmögliche Maß an Freiheit aller Individuen zu gewährleisten, entsprechen, bedarf es durch sie eines gerechten Interessenausgleichs. Die Etablierung rechtlicher Verhaltensvorschriften ist daher dominiert durch Fragen der Verhältnismäßigkeit (i.w.S.) solchen Eingriffs in Rechte der Individuen. Die Verhaltenskontrolle durch Aufstellung einer Norm muss zu dem angestrebten Schutz eines Rechtsguts geeignet, erforderlich und angemessen i.e.S. sein“ (S. 64, 65).

Timm selbst weist nun ganz zu Recht darauf hin, dass beim „allgemeinen Abwägen“ oftmals ein gewichtiger Schritt ausgelassen wird: Es sei von entscheidender Bedeutung, ob sich für eine konkrete Verhaltensvorschrift überhaupt ein mit der freiheitlichen Ordnung in Einklang zu bringender – insoweit legitimer – Zweck benennen lasse.³⁷ Das ist uneingeschränkt richtig, bedarf aber einer entscheidenden Ergänzung: Ob eine mit Strafe bewehrte Verhaltensnorm legitim, das heißt: mit freiheitlichem Recht vereinbar ist, hängt ganz entscheidend davon ab, welches Fehlverhalten mit Strafe belangt werden darf und welches nicht, also von der Qualität des

Schuld des Täters liegenden Selbstwiderspruchs. Vgl. zu den Dimensionen eines als Freiheitsverletzung begriffenen Unrechtsbegriffs und zu seiner Herleitung *Gierhake* (Fn. 20), S. 108, und *Kelker* (Fn. 10), S. 390 ff.

³⁴ So *Timm* (Fn. 2), S. 64, vgl. auch S. 233.

³⁵ Vgl. *Hegel* (Fn. 19), § 95, S. 181 und § 97, S. 185.

³⁶ Siehe *Timm* (Fn. 2), S. 64 ff., vgl. auch S. 71: Es sei „Aufgabe der Sanktionsnormen, durch strafende Reaktion auf einen Normbruch die Geltungskraft der desavouierten Verhaltensnorm wiederherzustellen. Strafgesetze treffen daher keine unmittelbare Aussage darüber, welches Verhalten gebzw. verboten ist. Diese Beurteilung wird in einem dem Strafrecht vorgelagerten Schritt im Wege der Etablierung rechtlicher Verhaltensnormen getroffen. In den Strafgesetzen wird ausschließlich geregelt, auf welche Verhaltensnormverstöße bei u.U. zusätzlichem Erfordernis weiterer Sanktionsvoraussetzungen mit Strafe zu reagieren ist. Dabei ergibt sich die Antwort auf die Frage, welche Verhaltensnormen strafrechtlichen Schutz erfahren, aus dem Vorgang der Abwägung widerstreitender Güter und Interessen.“

³⁷ Vgl. *Timm* (Fn. 2), S. 65.

Kriminalunrechts.³⁸ In der Terminologie *Timms*: Bei welchem „Rechtsgut“ und bei welchem Grad seiner Bedrohung lässt sich sagen, dass der „Schutz“ durch eine Verbotsnorm gerechtfertigt ist, deren Bruch zur Bestrafung führt? Muss nicht die Rechtsfolge (etwa: Strafe, Geldbuße, Verwarnung), die auf das verbotene Verhalten folgt, in den Zusammenhang der Legitimation einbezogen werden? Kann der Gedanke des „gerechten Interessenausgleichs“ zwischen dem zu schützenden Rechtsgut und dem Freiheitseingriff beim einzelnen Verbotsadressaten tatsächlich ein allgemeines Kriterium für eine Qualifizierung als „legitime Verhaltensnorm“ hervorbringen – noch dazu unabhängig davon, wie der Eingriff in die Freiheit des Einzelnen ausgestaltet ist? Ist es tatsächlich so, dass nur überhaupt eine Vereinbarkeit der Zwecksetzung mit der Verfassung gegeben sein muss, um eine Verbotsnorm zu legitimieren?³⁹

Die Überlegungen zeigen: Eine Verhaltensnorm kann, anders als *Timm* meint, nicht unabhängig von der Sanktion Strafe auf ihre Legitimation überprüft werden. Nur die Verbindung der Unrechtsqualität mit der das Unrecht aufhebenden Strafe verspricht einen schlüssigen Begründungszusammenhang, bei dem die Strafe als Wiederherstellung des durch das Unrecht gebrochenen freiheitlichen Rechts begriffen und gerechtfertigt ist.⁴⁰

2. Gesinnungen im Strafrecht

Auf der Basis der erarbeiteten Straflegitimation geht *Timm* nun in einem weiteren Schritt der Frage nach, welchen Stellenwert „Gesinnungen“ im Strafrecht einer freiheitlichen Grundordnung haben können (S. 76 ff.). Nach einem „Exkurs“ (S. 76-79), der sich mit dem Stellenwert der Gesinnung in der kantischen Rechtsphilosophie beschäftigt – hier seien Bedenken im Hinblick auf die doch etwas zu flüchtige Abhandlung der Problematik geäußert –, vertieft *Timm* zunächst die Frage, inwiefern Verhaltensnormen legitimiert werden können, die das „Haben“ oder „Sich-Aneignen“ einer „wertwidrigen“ Gesinnung als solche betreffen.⁴¹ Sie kommt zu dem zutreffenden Ergebnis,⁴² dass nur nach außen tretendes Verhalten (und zwar nur solches, das die Freiheit anderer betrifft)⁴³ Gegenstand staatlicher Eingriffe sein darf, nicht aber bloß im Internum der Person verbleibende Gedanken.⁴⁴ Diese „Gesinnungsabstinenz“ wird nicht nur für die strafbe-

gründenden Tatbestände, sondern auch für die Strafzumessung gefordert;⁴⁵ insbesondere eine strafscharfende Berücksichtigung „wertwideriger Geisteshaltungen des Täters“ hält *Timm* für nicht legitimierbar.⁴⁶

3. Gesinnungen im Polizeirecht

Im nächsten Schritt (S. 111 ff.) wendet sich *Timm* der Bedeutung von Gesinnungen im Polizeirecht zu. Als theoretisches Fundament der Gefahrenabwehr weist sie zutreffend den Gedanken der Individualprävention aus, der in der Folge *Franz v. Liszts* lange Zeit fälschlicher Weise als Straftheorie gehandelt wurde.⁴⁷ Im Rahmen der Gefahrenabwehr, nicht des Strafrechts, könnten nun Gesinnungen folgende Bedeutung haben:

„Die Gefährlichkeit von Personen, die sich eine wertwidrige Gesinnung angeeignet haben, lässt sich nunmehr unschwer aufzeigen: Sie liegt in der Erkenntnis, dass der Mensch sich nicht in jeder relevanten Phase seines Verhaltens gegen die Vorgaben seiner Einstellung entscheiden wird. Vielmehr wird es zu Situationen kommen, in denen er in Konfrontation mit dem betreffenden Wert dem entspricht, was sein inneres Programm als Verhaltensmöglichkeit anbietet. Aus seiner unwerten Gesinnung lässt sich folglich die Vermutung ableiten, dass es von Seiten ihres Inhabers zu einer Artikulation seiner Werthaltung durch entsprechendes Verhalten kommen wird. Es steht damit die Gefahr im Raum, dass solche Personen eher geneigt sind, Güter und Interessen anderer (sofern sich ihre wertnegierende Gesinnung auf diese bezieht) zu verletzen. Dabei handelt es sich um eine reine Prognose – mehr können Gefährlichkeitserwägungen aber auch nicht sein“ (S. 123).

Zuzustimmen ist *Timm* zunächst uneingeschränkt in zweierlei Hinsicht: Erstens handelt es sich bei der skizzierten Gefährlichkeitsprognose ganz gewiss um eine andere Kategorie als um strafrechtliche Schuld – das Strafrecht ist also der falsche Ort für solche Erwägungen; dies zeigt *Timm* im Übrigen in ihren folgenden Ausführungen in Bezug auf das sog. „Feindstrafrecht“ nochmals überzeugend auf.⁴⁸ Zweitens ist auch die „Gefahrendiagnose“ selbst zutreffend, denn es lässt sich tatsächlich sagen, dass Grundüberzeugungen danach drängen, in die Wirklichkeit umgesetzt zu werden – auch wenn ihre Realisierung gegen geltendes Recht verstoßen sollte. Die „Neigung“ einer Person zum Unrecht kann also eine Gefährlichkeitsprognose durchaus stützen.

Nicht ausgemacht ist damit aber, ob eine Gefährlichkeitsprognose aufgrund der – den Behörden irgendwie zur Kenntnis gelangten – Gesinnung einer Person tatsächlich präventive Freiheitseingriffe bei dieser Person legitimieren kann. Dieser Schritt ist seinerseits zu begründen, und das ist ein sehr schwieriges Unterfangen: Eine solche Begründung muss erstens die mit jeder Prognose verbundene tatsächliche Unsicherheit bevorstehenden Unrechts als Legitimationsproblem

³⁸ Zur Notwendigkeit eines „materiellen Verbrechensbegriffs“ siehe auch *Frisch* (Fn. 32), S. 138-140.

³⁹ *Timm* (Fn. 2), S. 66 mit Fn. 174.

⁴⁰ Vgl. etwa *Köhler* (Fn. 20 – Strafrecht AT), S. 37: „Rechtsgrund der Strafe ist die notwendige ausgleichende Wiederherstellung des durch die Tat in seiner Allgemeingültigkeit verletzten Rechtsverhältnisses in schlüssiger Negation/Aufhebung des Verbrechens – [...]“

⁴¹ Siehe *Timm* (Fn. 2), S. 79 ff.

⁴² Zusammenfassend formuliert: *Timm* (Fn. 2), S. 86 und 110.

⁴³ Dieser Punkt ist im Konzept *Timms* unabgeleitet, denn bei der Bestimmung der Qualität von legitimen Verhaltensnormen ist der Begriff der Freiheit nicht konstitutiv eingeführt worden; siehe dazu schon die Kritik im Text oben.

⁴⁴ Vgl. schon *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (755 ff.).

⁴⁵ Vgl. *Timm* (Fn. 2), S. 89 ff.

⁴⁶ *Timm* (Fn. 2), S. 91.

⁴⁷ Siehe dazu die sehr eingängige Argumentation bei *Timm* (Fn. 2), S. 115-122.

⁴⁸ *Timm* (Fn. 2), S. 129 ff.

aufnehmen; sie muss zweitens Freiheitseingriffe gegenüber einem vernünftigen Subjekt rechtfertigen, das sich (noch) nicht ins Unrecht gesetzt hat; sie muss drittens klären, warum das „unrechtsgeneigte“ Subjekt allein aufgrund der Gefährlichkeitsprognose staatlichem Zugriff ausgesetzt wird.⁴⁹

So sehr *Timms* strikte Trennung von Strafrecht und Polizeirecht kategorial zu begrüßen ist, – die grundsätzliche Problematik der Legitimation von Präventivmaßnahmen bleibt bei ihr offen.

III. „Gesinnung“ im Straftataufbau

Der folgende Teil der Arbeit (C.) (S. 143-214) handelt von der „Gesinnung als Element der Straftat“. *Timm* beginnt diesen Teil mit einer wichtigen Feststellung zur Schlüssigkeit strafrechtsdogmatischer Aussagen überhaupt. Den Überlegungen liege die „Einsicht zugrunde, dass die Straftat und deren Ausrichtung an einem freiheitlichen Grundmodell des gesellschaftlichen Miteinanders in den Elementen der Straftat fortwirken. Sollten die Straftatkategorien die Einbeziehung von Elementen ermöglichen, die sich vor dem straftheoretischen Hintergrund nicht legitimieren lassen, ist hierin ein eklatanter Bruch im System zu erkennen, der Zweifel an dessen Richtigkeit laut werden lässt“ (S. 145).

Mit diesem Plädoyer für systematische Stimmigkeit dogmatischer Aussagen mit der die Grundlage des Strafrechts bildenden Straftheorie ist ein Anspruch benannt,⁵⁰ dem in der heutigen Strafrechtsdogmatik nur noch selten genügt wird. Dass gültige Ergebnisse für strafrechtsdogmatische Fragestellungen nur formuliert werden können, wenn sie auf einem schlüssigen Begründungsgang beruhen, der bei der Freiheit der Person und ihrer Vernunftbegabung seinen Ausgang nimmt, ist zwingend. Dass dieser Anspruch tatsächlich ernst genommen, geschweige denn erfüllt würde, lässt sich bei der heutigen Flut von Beiträgen in Kommentaren, Lehrbüchern, Zeitschriften etc. allerdings nicht ernstlich behaupten. Insofern ist *Timms* Erinnerung sehr zu begrüßen.

Als allgemeine Straftatkategorien weist *Timm* nun im Folgenden das Unrecht und die Schuld aus (S. 150 ff.).

Das Unrecht sei – (nur) in ihrem Denken konsequent⁵¹ – durch einen „Verhaltensnormverstoß des Normadressaten gekennzeichnet. Durch sein Verhalten bringt der Täter zum Ausdruck, dass die übertretene Verhaltensnorm jedenfalls in der konkreten Situation für ihn keine Geltung entfaltet. Es sollen seine eigenen Maximen anstelle des Rechts der Gesell-

schaft gelten. Verhaltensunrecht kann daher in Orientierung an den straftheoretischen Grundlagen als Infragestellung des Rechts durch dessen Miss- oder Nichtbeachtung definiert werden.“⁵²

Der Gegenstand des Vorwurfs könne allein das zu verantwortende Verhaltensunrecht (nebst spezifischen Fehlverhaltensfolgen) sein. Der Täter müsse sich gegen das Recht entschieden haben, obgleich er fähig war, sich in Orientierung an den maßgeblichen Verhaltensnormen rechtlich richtig zu verhalten. Schuld sei die Fähigkeit des Einzelnen zum Andershandeln.⁵³

Timm erwägt nun in zwei Schritten, ob sich „die Gesinnung“ als Element des Unrechts oder als Element der Schuld in den Straftataufbau einordnen lässt.⁵⁴

Bemerkenswert ist insofern, dass *Timm* die Innerlichkeit des Täters bei der näheren Umschreibung des das Unrecht ausmachenden Normverstoßes durchaus berücksichtigen will: „Der Normbruch liegt nicht schon in einem äußerlich in Erscheinung getretenen – rechtlich irgendwie negativ zu bewertenden – Geschehen. Vielmehr ist entscheidend, ob es sich um einen Verhaltensnormverstoß des konkreten Subjekts in der entsprechenden Situation handelt. [...] Maßgeblicher – und unverzichtbarer – Ansatzpunkt für die strafrechtliche Reaktion ist die fehlerhafte Entscheidung der Person, die diese in ihrem Verhalten umsetzt.“⁵⁵

Die Kategorien von Fahrlässigkeit und Vorsatz werden von der *Autorin* anhand der inneren Einstellung des Täters zum Unrecht differenziert: Fahrlässig handele, wer sich des Normverstoßes nicht in vollem Umfang bewusst sei, insofern einem Irrtum unterliege; Vorsatz liege dagegen vor, wenn der Täter sich „sehenden Auges“ für den Normverstoß und damit gegen die Geltung der übertretenen Verhaltensnorm entscheide.⁵⁶

Das Moment der Gesinnung sei von dieser grundsätzlichen Differenzierung aber zu trennen. Während Vorsatz und Fahrlässigkeit die konkrete Einstellung des Täters zur Tat kennzeichneten, erfasse die Gesinnung die „grundsätzliche Einstellung des Täters zu dem angegriffenen Wert“ und lege den „Blick auf die Täterpersönlichkeit frei“ (S. 159). Aus diesem Grund könne die Gesinnung des Täters, anders als sein Vorsatz, für die Graduierung (Steigerung oder Milderung) des Unrechts keine Bedeutung haben.⁵⁷ Auch dem von *Timm* favorisierten Schuldbegriff – Schuld als „Fähigkeit des Täters, die eine Strafbarkeit begründende Situation durch Orientierung am Recht zu vermeiden“ – lasse sich das Merkmal der Gesinnung nicht zuordnen, jedenfalls nicht in

⁴⁹ Zu einem Lösungsansatz, der diese drei Punkte berücksichtigt, siehe *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 383 ff.

⁵⁰ Vgl. zu diesem Anspruch auch *Zaczyk*, in: *Hettinger u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 723; zur Notwendigkeit systematischer Geschlossenheit der Straftheorie zutreffend auch *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 86, insbesondere Fn. 448.

⁵¹ Dass für die Bestimmung legitimen Kriminalunrechts allein der Verweis auf einen „Verhaltensnormverstoß“ nicht hinreicht, stattdessen ein materieller Unrechtsbegriff (i.S.e. konkreten Freiheitsverletzung, vgl. Fn. 31) entwickelt werden muss, wurde schon angemerkt.

⁵² *Timm* (Fn. 2), S. 151, mit Fußnotenverweisen auf Werke *Freunds*, *Frischs* und *Pawliks*.

⁵³ *Timm* (Fn. 2), S. 152.

⁵⁴ *Timm* (Fn. 2), S. 153 ff.: Gesinnung als Element des Unrechts; S. 178 ff.: Gesinnung als Element der Schuld.

⁵⁵ *Timm* (Fn. 2), S. 154 f.

⁵⁶ *Timm* (Fn. 2), S. 155, mit Verweis auf *Freund* und *Frisch*.

⁵⁷ Vgl. das Fazit bei *Timm* (Fn. 2), S. 165.

schuldsteigernder Form.⁵⁸ Denn die „Fähigkeit zur Normbefolgung“ liege entweder in voller Form vor oder könne aus Gründen, die nichts mit der Gesinnung des Täters zu tun haben, schwach ausgeprägt sein und dann zu einer Schuld-minderung führen.⁵⁹

Timms Ansatzpunkt, nach dem verschuldetes Kriminalunrecht als in die Tat umgesetzte „fehlerhafte Entscheidung der Person“⁶⁰ die strafrechtliche Reaktion rechtfertigt, ist im Prinzip zuzustimmen. Gleichzeitig ist aber festzuhalten, dass die für das Strafrecht basalen Begriffe „Unrecht“, „Vorsatz“, „Fahrlässigkeit“ und „Schuld“ bei *Timm* nicht angemessen erfasst sind. *Vorsatz* wird von *Timm* als bewusster, Fahrlässigkeit als nicht (voll) bewusster Normverstoß definiert; bei der Vorsatztat werde die Geltung der übertretenen Verhaltensnorm negiert, bei der Fahrlässigkeit kann dementsprechend von einer bewussten Entscheidung zum Geltungsbruch nicht gesprochen werden (was im Übrigen konsequenterweise zur Strafflosigkeit führen müsste). Schuld ist nach *Timm* die „Fähigkeit des Täters, die eine Strafbarkeit begründende Situation durch Orientierung am Recht zu vermeiden.“

Damit werden im Begriff des Vorsatzes der Verletzungswille im Hinblick auf das – in *Timms* Terminologie – geschützte Rechtsgut (z. B. körperliche Unversehrtheit) und der konkrete Wille zum Normbruch (z.B. Verstoß gegen das Verbot der Körperverletzung) in eins gesetzt,⁶¹ während für die Schuld nur noch die Normbruch-Vermeidungsfähigkeit bleibt, die in der Regel bei jedem gesunden, erwachsenen Menschen vorliegt. Nicht die Schuld wäre es damit, die wegen der in ihr liegenden konkreten Entscheidung zum Unrecht (gegen „das Recht als Recht“) Strafe nach sich zieht, sondern der Vorsatz.⁶² In jeder bewussten Rechtsgutsverletzung läge dann zugleich auch ein bewusster Normverstoß; die Schuld würde nicht als Akt der Entscheidung zum Unrecht positiv festgestellt werden müssen, sondern immer schon vorausgesetzt bzw. fingiert. Wenn allein die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht Gegenstand der Schuld wäre, dann fehlte zudem jeglicher Bezug zwischen Unrecht und Schuld: Die Vermeidungsfähigkeit „umranke“ die konkrete Unrechtstat, wie auch jedes andere Handeln des Subjekts, das sich dann in einem fort „schuldig“ machte, selbst wenn es gar kein Unrecht beginge.

Den Begrifflichkeiten *Timms* ist deshalb die folgende, aus einem freiheitlichen Rechtsverständnis entwickelte Unrechts- und Schuldbestimmung entgegenzusetzen: Straftat-Unrecht setzt sich zusammen aus der (gewollten, dann vorsätzli-

chen)⁶³ konkreten Verletzung fremder Freiheit (tatbestandliches Verletzungshandeln als Verletzung des konkreten Rechtsverhältnisses zwischen Täter und Opfer) und dem Bruch der darauf bezogenen allgemeingültigen Verbotsnorm (beim Unterlassungsdelikt: Gebotsnorm);⁶⁴ Schuld ist der freie, selbstbestimmte Entschluss zur Verletzung des „Rechts als Recht“, also die in der konkreten Situation bewusste Geltungsnegation des grundsätzlich vom Täter mitkonstituierten allgemeinen Rechts durch die Tat.⁶⁵

Von dieser Begriffsbestimmung ausgehend ist dann auch die Frage nach der Verortung der „Gesinnung des Täters“ zu beantworten. Besonders bedeutsam – weil einen Teil der vorzubringenden Einwände antizipierend – ist die bei *Timm* folgende Auseinandersetzung mit einem Schuld- und Gesinnungsverständnis, das aus der Perspektive eines freiheitlichen Rechtsverständnisses⁶⁶ von *Brigitte Kelker* entwickelt wurde (in den Worten *Timms*: „Wertwidrige Gesinnung als gesteigerte Herabsetzung des gegenseitigen Anspruchs auf Anerkennung“, S. 184 ff.). *Kelker* begründe die mögliche Steigerung des schuldhaften Normverstoßes durch anstößige Gesinnungen damit, dass der Täter in solchen Fällen seine Ablehnung gegenüber dem Normensystem ganz besonders deutlich zum Ausdruck bringe. Hierin liege aus *Kelkers* Sicht eine Missachtung des gegenseitigen Anerkennungsverhältnisses nicht nur gegenüber dem betreffenden Opfer, sondern gegenüber der Rechtsordnung und deren Mitgliedern im Allgemeinen.⁶⁷ *Timm* meint nun, dass diese Argumentation eine Schuldsteigerung deshalb nicht trage, weil es nicht auf den sichtbaren (Geltungs-)Schaden für die Normenordnung und schon gar nicht auf die sich in der verstärkten Geltungsverkehrung des Rechts zum Ausdruck kommende Tätergefährlichkeit ankommen könne.⁶⁸ Beides ist richtig, trifft aber *Kelkers* Argumentation nicht. Denn die Vertiefung der Anerkennungsverletzung durch das Handeln aufgrund einer basal rechts-negierenden Gesinnung beruht nicht auf ihrem äußeren Schein der Normwidrigkeit oder auf der manifestierten (vermeintlichen oder wirklichen) Gefährlichkeit des Täters, sondern darauf, dass ein Vernunftsubjekt das von ihm selbst mitbegründete Rechtsverhältnis zum Anderen und zur Gemeinschaft nicht nur punktuell – im aktuellen Unrechtsakt –, sondern grundsätzlich in Frage stellt. Darin liegt durchaus ein den Grad der Verantwortlichkeit des Subjekts für seine Tat betreffendes Moment, eine vertiefte Rechtsnegation. Die „Gesinnung“ hat deshalb dadurch, dass sie die Willensbildung des Einzelnen zum Recht oder zum Unrecht beeinflusst, durchaus Schuldrelevanz; das „Warum“ einer Tat ist nicht

⁵⁸ Siehe *Timm* (Fn. 2), S. 184. Vgl. zum Schuldbegriff nochmals *dies.* (Fn. 2), S. 152 (Schuld als Fähigkeit des Einzelnen zum Andershandeln).

⁵⁹ *Timm* (Fn. 2), S. 184; *dies.* (Fn. 2), S. 152. Zu letzterem auch *dies.* (Fn. 2), S. 191 ff.

⁶⁰ *Timm* (Fn. 2), S. 152.

⁶¹ Die Schuld (als Unrechtseinsicht) wird also gewissermaßen „in den Vorsatz gezogen“.

⁶² Die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit müsste gesondert begründet werden, denn nach *Timm* läge lediglich ein irrtümlicher Normbruch vor – also gerade keine die Strafe rechtfertigende Geltungsverkehrung.

⁶³ Bei der (bewusst) fahrlässigen Unrechtsbegehung setzt der Täter bewusst eine Verletzungsgefahr. Vgl. *Köhler* (Fn. 20 – Strafrecht AT), S. 121.

⁶⁴ Siehe *Köhler* (Fn. 20 – Strafrecht AT), S. 116.

⁶⁵ Vgl. nochmals *Köhler* (Fn. 20 – Strafrecht AT), S. 348. In der Schuld kommt das „subjektiv-willentliche Grundsein des Täters“ für das Strafunrecht zum Ausdruck. (Vgl. *ders.* [Fn. 20 – Strafrecht AT], S. 349).

⁶⁶ Vgl. dazu: *Hegel* (Fn. 19), § 29, S. 80; § 30, S. 83.

⁶⁷ *Timm* (Fn. 2), S. 188.

⁶⁸ Vgl. *Timm* (Fn. 2), S. 188 f.

bedeutungslos, sondern gehört zum Prozess der Selbstbestimmung, der in die Tat mündet; und es kann sowohl entlastende als auch belastende Wirkung haben.

IV. Unzulässiges Gesinnungsstrafrecht

Im folgenden Teil D. der Arbeit (S. 215-261) benennt die *Autorin* verschiedene „Spuren unzulässigen Gesinnungsstrafrechts im geltenden Strafrecht“; sie richtet den Fokus ihrer Beobachtung dabei auf solche Bereiche, die die „Grenzen zum Polizeirecht verschwimmen lassen“ (S. 215). Das Kriterium für die Überschreitung dieser Grenze umschreibt sie dabei folgendermaßen: „Gesinnungsstrafrecht wird sich also immer dort finden, wo sich ‚strafrechtliche‘ Missbilligung eines Verhaltens ausschließlich auf die potentielle Gefährlichkeit einer Person bezieht. Schielt die Norm allein auf den Faktor der Person als mögliche Gefahrenquelle, ist die Grenze des Strafrechts zum Polizeirecht überschritten. Der auch strafrechtlichen Verhaltensmissbilligung verbliebe in einem solchen Fall kein anderer Gegenstand als die bösen Gedanken der Person – das Postulat der Rechtsstaatlichkeit ließe sich nicht halten“ (S. 215, 216).

Gesichtet werden drei Bereiche, in denen *Timm* unzulässiges Gesinnungsstrafrecht im geltenden Recht ausmacht: 1. „Echte Gesinnungsmerkmale“⁶⁹ (z.B. die Mordmerkmale „aus Mordlust“ und „zur Befriedigung des Geschlechtstriebs“), 2. Vorfeldstrafbarkeit⁷⁰ (z.B. Delikte, die allein dem Schutz des „öffentlichen Friedens“ dienen, und § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB, die Verbrechenverabredung) und 3. Gesinnungsstrafrecht in der Strafzumessung⁷¹ (z.B. die strafscharfende Berücksichtigung von Vorstrafen bzw. -taten des Täters).

Unabhängig davon, ob die Argumentation *Timms* in jedem einzelnen Fall überzeugt (etwa im Hinblick auf die Mordmerkmale sind Zweifel anzumelden), weist sie mit den genannten Bereichen zutreffend auf rechtsstaatlich fragwürdige bzw. besonders begründungsbedürftige Strafnormen hin. Dem von ihr hervorgehobenen Kriterium, nach dem nicht „der Mensch selbst“, sondern allein sein „Verhalten“ Anknüpfungspunkt von Strafe sein darf,⁷² ist zuzustimmen (wobei das „Verhalten“ auch subjektive Komponenten hat, die durchaus Gegenstand strafrechtlicher Würdigung sein können). Insofern ist die von ihr vorgenommene Sichtung einzelner Normen für die Diskussion gewinnbringend.

V. Verhältnis von Freiheit und Sicherheit

Der letzte, abschließende Teil der Arbeit (E.) (S. 262-267) enthält einige knappe Gedanken zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit, die allerdings in ihrer Begründungsdichte nicht hinreichen und auch im Ergebnis nicht überzeugen.

Die *Autorin* rekurriert zunächst auf die Staatsentwürfe *Hobbes‘* und *Rousseaus*, die sie mit folgenden Worten zusammenfasst: „Der Eintritt in die Gemeinschaft durch Etab-

lierung eines Gesellschaftsvertrags ist vernunftgemäßer Befreiungsschlag der Individuen. Die Geltung allgemeiner Regeln soll die Sicherheit gewährleisten, persönliche Freiheit auszuleben.“⁷³

Timm sieht daneben aber auch die Gefahr für das freiheitliche Gemeinwesen, die durch die „Machtausübung des Staates“ entstehen kann.⁷⁴ Es offenbare sich im Verhältnis von Freiheit und Sicherheit „der elementare Konfliktfall des rechtsstaatlichen Gemeinwesens“. Die Lösung könne nur in einem „Ausgleich der widerstreitenden Interessen“ liegen, der „das größtmögliche Maß an Freiheit aller garantieren soll.“⁷⁵ Dazu bedürfe es einer „mehrpoligen Verhältnismäßigkeitsprüfung, in der auch Gemeinwohlbelange Bedeutung erlangen können. In Orientierung am Grundsatz der praktischen Konkordanz werden den beteiligten Interessen auf diese Weise Grenzen gezogen, die ihnen zu optimaler Wirksamkeit verhelfen.“⁷⁶

Bei dem „Ausgleich widerstreitender Interessen“, den *Timm* als Lösung für das rechtsstaatliche Problem vorschlägt, bleibt allerdings unklar, an Hand welchen Maßstabs ein Eingriff in die Freiheit des Subjekts für „noch verhältnismäßig“ erklärt werden kann. Wann sollen „Gemeinwohlbelange“ gewichtiger sein als die Freiheit des einzelnen Subjekts? Wie lässt sich die Grenze zwischen noch verhältnismäßigen und unverhältnismäßigen Eingriffen abstrakt bestimmen? Die Schwäche der „Abwägungslösung“ zeigt sich besonders darin, dass je nach Formulierung der betroffenen „Gemeinwohlbelange“ (die Sicherheit der Gesellschaft, das Bestehen des Staates, die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen, etc.) kaum ein Fall denkbar ist, indem „die Interessen“ eines einzelnen Subjekts überwiegen. Ferner wird nicht deutlich, wie durch die „Grenzziehung“ von Interessen diesen zu „optimaler Wirksamkeit“ verholfen werden soll. Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit ist durch die Vorstellung von auszubalancierenden Werten nicht richtig begriffen.⁷⁷

VI. Fazit

Timms Buch enthält trotz der genannten Bedenken im Bereich der Fundierung des vertretenen Verbrechens- und Strafbegriffs vielfältige Anregungen zum wissenschaftlichen Diskurs um die Grundfragen des Strafrechts. Das Plädoyer für ein rechtsstaatlich begründetes Strafrecht und die deutliche Kritik an „unzulässigem Gesinnungsstrafrecht“ sind wohlthuend in einer Zeit, in der die Strafrechtswissenschaft ihre kritische Potenz immer mehr einzubüßen droht und sich selbst immer stärker der Kriminalpolitik ausliefert. *Timm* formuliert ihre Thesen klar und bietet dafür eigenständige Begründungen an. Dass die Begründungsgänge nicht überall tiefgehend genug sind und deswegen auch die Ergebnisse nicht durchge-

⁶⁹ *Timm* (Fn. 2), S. 216 ff.

⁷⁰ *Timm* (Fn. 2), S. 224 ff.

⁷¹ *Timm* (Fn. 2), S. 250 ff.

⁷² Vgl. *Timm* (Fn. 2), S. 260.

⁷³ *Timm* (Fn. 2), S. 263. Eine etwas differenzierte Auseinandersetzung mit den beiden genannten Philosophen wäre angesichts ihrer doch recht unterschiedlichen Konzepte notwendig gewesen.

⁷⁴ Vgl. *Timm* (Fn. 2), S. 264.

⁷⁵ Vgl. *Timm* (Fn. 2), S. 265 f.

⁷⁶ *Timm* (Fn. 2), S. 266.

⁷⁷ Genauer dazu *Gierhake* (Fn. 49), S. 26 ff. und S. 161 ff.

hend überzeugen, ändert nichts daran, dass die Lektüre des Buchs zu empfehlen ist – und sei es nur, um sich der Richtigkeit der eigenen Begründungsansätze erneut, auch in Entgegensetzung zur Argumentation *Timms*, zu versichern.