

### B u c h r e z e n s i o n

**Andreas Eicker**, Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmenwechsels, Stämpfli/Nomos Verlagsgesellschaft/Linde, Bern/Baden-Baden/Wien 2010, 367 S., € 88,-

Strafrechtliche Debatten zeichnen sich häufig durch eine bemerkenswerte Ferne zu der grundlegenden Frage aus, welche Steuerungswirkungen vom (Straf-)Recht überhaupt erwartet werden können. Dies ist umso überraschender, als staatliche Strafe schon lange nicht mehr ausschließlich mit dem Gedanken der Vergeltung, sondern der Prävention künftiger Straftaten legitimiert wird, wodurch dem Strafrecht zwangsläufig eine Steuerungsaufgabe zukommt. Die allenthalben erhobene Klage über eine Wirkungs- und Legitimationskrise des Strafrechts legt aber die Frage nahe, wieso das Strafrecht die Aufgabe der Steuerung allenfalls defizitär erfüllt und unter welchen Voraussetzungen sie von ihm möglicherweise besser erfüllt werden könnte. Es ist daher dringend notwendig, den strafrechtlichen Diskurs an die in der Rechtssoziologie geführte und bislang vornehmlich im Öffentlichen Recht und Privatrecht rezipierte Steuerungsdebatte anzubinden, in der seit langem das Konzept der Prozeduralisierung als Alternative zu traditionellen subordinativen Steuerungsmodellen propagiert wird. In diesem Zusammenhang ist die Berner Habilitationsschrift *Eickers* über die „Prozeduralisierung des Strafrechts“ von Interesse, der die Tragfähigkeit dieses alternativen Konzepts für das Strafrecht untersucht und damit einen bemerkenswerten Brückenschlag zwischen Strafrecht und Rechtssoziologie vollzieht.

Im ersten Kapitel der Arbeit legt *Eicker* fundiert dar, weshalb das Konzept der Prozeduralisierung überhaupt als alternatives Steuerungsmodell für das Strafrecht in den Blick gerät, indem er die von *Max Weber* entwickelte Unterscheidung zwischen einer formal-rationalen und material-rationalen Rechtskonzeption heranzieht (S. 10 ff.) und sodann die moderne Gesellschaft in Anlehnung an *Ulrich Beck* als Risikogesellschaft beschreibt (S. 25 ff.). Er zeichnet dabei idealtypisch die großen Linien der Strafrechtsentwicklung der letzten 250 Jahre nach, was immer die Gefahr einer Auseinandersetzung über Einzelfragen mit sich bringt.

Wo die liberale formal-rationale Rechtskonzeption das Recht als Instrument der äußeren Absicherung einzelner gesellschaftlicher Lebens- und Handlungsbereiche verstanden und Interventionen in diese Bereiche dementsprechend abgelehnt habe, sei für das material-rationale Recht des Wohlfahrtsstaates die Idee der Intervention prägend gewesen, indem einzelne gesellschaftliche Lebens- und Handlungsbereiche durch das Recht material gestaltet werden sollten. Während die Vergeltungsidee nachvollziehbar als mit dem formal-rationalen Recht korrespondierend angesehen wird, erscheint die Zuordnung *Feuerbachs* trotz der für ihn charakteristischen Betonung formaler Prinzipien sowie seiner tatstrafrechtlichen Orientierung zur formal-rationalen Konzeption nicht zwingend (vgl. aber S. 15 ff.), da er in straftheoretischer Hinsicht immerhin ein negativ generalpräventives Konzept vertrat, das im Prinzip auch für material-rationale Ge-

staltungsintentionen nutzbar ist. Wegen dieser straftheoretisch generalpräventiven Ausrichtung lässt sich die psychologische Zwangstheorie möglicherweise ebenso als Ausdruck materialer Rationalität interpretieren wie die durch *v. Liszt* entwickelte spezialpräventive Straftheorie (S. 22 f.), der trotz Täterorientierung im Strafgesetz bekanntlich die „Magna Charta des Verbrechers“ sah und dessen Rechtsdenken insofern durchaus formal-rationale Elemente aufweist.

Indes versteht *Eicker* in Anlehnung an *Ulrich Beck* die moderne Gesellschaft als Risikogesellschaft, die auf die Eingehung nicht mehr beherrschbarer Großrisiken angewiesen ist (S. 25 ff.). Dem Staat werde – verfassungsrechtlich gestützt auf grundrechtliche Schutzpflichten und ein damit korrespondierendes Grundrecht auf Sicherheit (S. 31 ff.) – die Aufgabe der Abschirmung von Risiken zugewiesen und er greife zur Erfüllung dieser Aufgabe vermehrt auf ein Sicherungsrecht zurück, das im Wesentlichen auf dem Gedanken der Prävention beruhe. Das Präventionsstrafrecht der Risikogesellschaft manifestiere sich nicht allein auf der Rechtsfolgenseite von Strafnormen, sondern in Gestalt individueller Rechtsgüter und abstrakter Gefährdungsdelikte auch auf Tatbestandsseite, wobei das Umwelt-, Wirtschafts- und Betäubungsmittelstrafrecht sowie die Gesetze zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und des Terrorismus als Beispiel benannt werden. Ob eine derart klare Distinktion von material-rationalem und Risikostrafrecht möglich ist, erscheint gleichwohl nicht ausgemacht. Denn letztlich basieren beide Rechtsregime auf dem Gedanken der Prävention, so dass das Risikostrafrecht möglicherweise nur eine von mehreren postmodernen Ausprägungen der material-rationalen Rechtskonzeption darstellt. Möglicherweise liegt das zentrale Unterscheidungsmerkmal darin, dass die (moderne) material-rationale Rechtskonzeption auf gesellschaftliche Inklusion und das (postmoderne) – und den Schatten des Feindstrafrechts vorausschickende – Risikostrafrecht auf gesellschaftliche Exklusion angelegt ist. Hierbei hätte man zudem noch deutlicher an die *Luhmannsche* Unterscheidung zwischen Risiko und Gefahr anknüpfen können (vgl. aber S. 27 ff.), die zu jeweils unterschiedlichen Formen sozialer Konfliktlösung und Solidarität führen.

Allerdings hält das Präventionsstrafrecht nach zutreffender Beobachtung *Eickers* nicht, was es verspreche, so dass gleichermaßen eine Gesetzesvollzugs-, Rechtsstaatlichkeits- und Steuerungskrise zu konstatieren sei. Während die sich in der über das materielle Recht herbeigeführten Erosion von Verteidigungspositionen äußernde Rechtsstaatlichkeitskrise überzeugt (S. 51 ff.), gilt dies nicht unbedingt für den Nachweis der Gesetzesvollzugskrise (S. 49 ff.). *Eicker* vergleicht hier Daten der Polizeilichen Kriminalstatistik zu Fahrrad- und Ladendiebstahl sowie Sachbeschädigung mit Daten „moderner“ Delikte wie §§ 264, 264a oder §§ 324 ff. StGB und schließt aus deren numerischer Unterlegenheit auf eine Gesetzesvollzugskrise, was – an dieser Stelle muss man sich auf die Skizzierung weniger Punkte beschränken – in mehrfacher Hinsicht problematisch ist. Abgesehen davon, dass „moderne“ Delikte im Regelfall keine Massenkriminalität betreffen, können auch „traditionelle“ Delikte wie Betrug oder die strukturell unterbestimmte Untreue in den Dienst des (post-)

modernen Präventionsstrafrechts gestellt werden und umgekehrt „moderne“ Delikte wie §§ 264, 264a StGB wegen ihrer typischerweise verkürzten tatbestandlichen Unrechtsbeschreibung prozessuale Funktionen übernehmen, indem Durchsuchungen und Inhaftierungen erleichtert werden. Überdies dürfte ein Rückgriff auf die Polizeiliche Kriminalstatistik auch deshalb wenig aussagekräftig sein, weil Vollzugsdefizite sich vor allem darin äußern, dass trotz der im Bereich der Wirtschafts- oder Umweltkriminalität erheblichen Schäden Strafverfahren am Ende entweder eingestellt oder aber im Wege einer Absprache beendet werden, so dass der materiellrechtliche Strafanspruch des Staates nicht vollständig durchgesetzt werden kann.

Unter dem Stichwort der Steuerungskrise legt *Eicker* sodann fundiert dar, dass traditionelle strafrechtliche Steuerungsmodelle auf individualistischen Erklärungen basieren, die für eine in verschiedene Systeme ausdifferenzierte Gesellschaft unterkomplex sind und den Rückgriff auf systemtheoretische Erklärungsmodelle rechtfertigen, die als Steuerungsadressaten nicht mehr das Individuum, sondern gesellschaftliche Teilsysteme in den Blick nehmen (S. 54 ff.). Damit ist zugleich die Vorstellung zu verabschieden, das Strafrecht könne kausal in andere soziale Systeme intervenieren, sondern stattdessen sind allenfalls indirekte Einwirkungen im Sinne einer „Regulierung“ möglich, für die neuartige rechtliche Instrumente jenseits einer Konditional-, aber auch Zweckprogrammierung erforderlich seien. Hierbei hätten die aus systemtheoretischer Perspektive mit unterschiedlichen Programmtypen verbundenen Implikationen für die Art der Erwartungsstrukturen (normativ oder kognitiv?) und damit für die Funktion des Rechts etwas klarer herausgearbeitet werden können, da gerade hier wesentliche Legitimationsprobleme des material-rationalen, aber auch eines prozeduralen Rechts liegen, während das konditional programmierte formal-rationale Recht seine Legitimation ausschließlich aus der Anwendung des diesen Programmtypus kennzeichnenden Wenn-Dann-Schemas zieht. Ebenso wäre die in dieser Frage nicht immer klare Position *Luhmanns*, der jeglicher Zweckprogrammierung skeptisch gegenüberstand und die damit verbundenen Strukturverschiebungen nicht wirklich überzeugend in seine Rechtssoziologie einbauen konnte, kritisch zu würdigen gewesen.

Ist damit deutlich geworden, dass eine ausdifferenzierte Gesellschaft alternativer prozeduraler Steuerungskonzepte bedarf, geht es *Eicker* im zweiten Kapitel um eine terminologische und theoretische Grundlegung des prozeduralen Rechts, wobei er zunächst verschiedene Konzeptualisierungsansätze für prozedurales Recht darstellt (*Teubner, Willke, Eder, Ladeur, Wiethölter*) (S. 86 ff.), die in ihrem begrifflichen Präzisionsgrad im Vergleich zu ihrem systemtheoretischen Ausgangspunkt zuweilen etwas zurückfallen, wenn man etwa an den Interferenzbegriff bei *Teubner* (S. 89 f.) oder die Rolle von Individuen als Knotenpunkte bei *Ladeur* (S. 99) denkt. In Anlehnung an Überlegungen *Teubners* rückt der Begriff der Reflexion in den Mittelpunkt der weiteren Ausführungen, so dass das Recht unter den Bedingungen einer in verschiedene Systeme ausdifferenzierten Gesellschaft sich seiner Umwelt bewusst werden und danach seine Funk-

tion, Rolle und Struktur bestimmen muss (S. 104 f., 116 ff.). Dies laufe auf die Etablierung eines lernenden Rechts hinaus, wobei sich an diesem Punkt abermals eine nähere Analyse des systemtheoretischen Strukturbegriffs empfohlen hätte, denn mit einem solchen Paradigmenwechsel geht eine Bedeutungsaufwertung kognitiver und gleichzeitige Bedeutungsabwertung der für das traditionelle Rechtsverständnis charakteristischen normativen Erwartungsstrukturen einher, die Folgen für die gesamtgesellschaftliche Funktion des Rechts in Gestalt der Stabilisierung normativer Erwartungen hat. Insgesamt werde dem Recht damit eine Selbstbeschränkung abverlangt, bei dem es allenfalls gemeinsame Zielorientierungen vorgeben und die Voraussetzungen für selbstregulatorische Prozesse schaffen kann (S. 116 ff.). Ein Gewinn für die künftige wissenschaftliche Diskussion besteht hier sicher – über Details lässt sich streiten – in der durch *Eicker* vorgenommenen Skizze der für ein solches prozedurales Recht typischen rechtstechnischen Instrumente, die er in Verfahren der Selbst-Information (Wissensakkumulation), experimentellen Selbst-Erprobung (Simulation), Selbst-Beteiligung (Partizipation), Selbst-Beobachtung (Evaluation) und Selbst-Korrektur (Revision) erkennt (S. 121 ff.). Nachvollziehbar wird prozedurales Recht als ein in seiner Struktur und Temporalität flexibilisiertes Recht definiert, zu dem in ihrer temporalen Dimension auf Lernfähigkeit angelegte Rechtsnormen zählen, die als personen- und sachbetonende Rechtsvorschriften darauf gerichtet sind, bei struktureller Beschränkung auf Zielvorgaben und selbstregulatorische Prozesse durch verfahrensmäßige Einzelinstrumente Rechtsinhalte zu beeinflussen (S. 131). Ob der von ihm gezogene Schluss, mit dem prozeduralen Recht handele es sich um etwas strukturell anderes als materielles oder formelles Recht (S. 126 f.), weiterführt, erscheint aber nicht sicher, da die Unterscheidung materiell versus formell eher analytischer Natur ist und in der Rechtswirklichkeit – mit jeweils unterschiedlichen Anteilen – oftmals Mischformen zu beobachten sind, wie sich etwa an § 153a StPO zeigt, der durchaus materielle Aspekte enthält. Insofern wird man vielleicht weniger von einer klaren Distinktion ausgehen können, sondern vielmehr dürften quantitativ größere formelle Anteile charakteristisch für ein prozedurales Recht sein. Richtig ist aber zweifellos die Erkenntnis, dass sich ein prozeduraler Rechtstypus nicht jeglicher materialer Aussagen enthält, was im Übrigen mit den Überlegungen *Teubners* korrespondiert, der dem materiellen Recht immerhin eine Hintergrundfunktion zuweist.<sup>1</sup>

Allerdings bedarf auch ein prozedurales Recht der Legitimation, da anderenfalls rechtliche Entscheidungen keine Akzeptanz in anderen gesellschaftlichen Bereichen finden (S. 131 ff.), wobei die Formulierung einer „ethischen Justierung“ des Rechts nicht ganz glücklich ist (S. 346). Hierbei greift *Eicker* auf prozedurale Gerechtigkeitstheorien von *Habermas* und *Rawls* zurück (S. 134 ff.), die angesichts eines fehlenden verfahrensexternen Referenzpunktes für Gerechtigkeit den Konsens als Legitimation bewirkende Rationalitätsbedingung ansehen. Die Frage, ob ausgerechnet gerichtliche – namentlich strafgerichtliche – Verfahren den Schau-

<sup>1</sup> *Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 83 ff.

platz für die Erzielung eines solchen Konsenses bilden können, hätte insoweit noch etwas tiefgreifender diskutiert werden können (vgl. aber S. 143 f.), zumal *Habermas* hier unter dem Einfluss von *Alexy* in der Vergangenheit mehrfach seinen Standpunkt gewechselt hat (Stichwort: Exklusions- bzw. Sonderfallthese). Zutreffend ist aber die Überlegung, dass die erarbeiteten rechtstechnischen Instrumente des prozeduralen Rechts die Rationalität ihrer Verfahrensergebnisse zwar nicht garantieren, aber immerhin aufgrund ihrer gesellschaftsintegrativen, Folgen berücksichtigenden und das Ergebnis an der Realität erprobenden Wirkung jedenfalls fördern oder wahrscheinlicher machen können, wobei die Partizipation am Entscheidungsprozess den maßgeblichen Grund für die Akzeptanz der schließlich gefundenen Entscheidung bildet (S. 158).

Sind somit die Konturen und Legitimationsbedingungen des prozeduralen Rechts entwickelt, wendet sich *Eicker* im dritten Kapitel der Frage zu, ob bereits im geltenden Strafrecht Anklänge des prozeduralen Rechtskonzepts zu finden sind. Unter Rückgriff auf die von der Frankfurter Schule entwickelte Unterscheidung zwischen klassischem und modernem Strafrecht weist er detailliert prozedurale Elemente anhand der Reformansätze im deutschen Recht der Sterbehilfe als Beispiel für das auf Individualschutz gerichtete klassische Strafrecht und im Schweizer Recht der Geldwäschebekämpfung als Beispiel für das moderne Strafrecht nach (S. 166 ff.). Die Ausführungen machen deutlich, dass im materiellen Recht bereits deutliche Elemente des prozeduralen Rechtstypus zu identifizieren sind, so dass ein prozeduraler Steuerungsmodus erkennbar wird, der insgesamt durch einen vierfachen Trend vom einseitig-hierarchischen zum mehrseitig-nichthierarchischen Recht, vom starren Voll-, zum flexiblen Teil-Recht, vom dauerhaft-perfekten zum temporär-imperfekten und schließlich vom passiv-unkooperativen zum initiativ-kooperativen Recht gekennzeichnet wird (S. 225 ff.). Die sich hieraus ergebende prozedurale Steuerungsarchitektur verleiht dem Recht nach *Eicker* letztlich einen intermediärmediatisierten Hybridcharakter, da das prozedurale Steuerungsarrangement aus der kumulativen Integration hierarchischer und kooperativer Elemente bestehe, die mit deutlichen Entlastungseffekten für das Recht verbunden sei (S. 230 ff.). Auf diese Weise würden hierarchieöffnend gesellschaftliche Akteure in Entscheidungsprozesse einbezogen, ohne dabei vollständig die einseitig-hierarchische Handlungsfähigkeit des Staates aufzulösen.

Im abschließenden Kapitel wirft *Eicker* die Frage auf, nach welchen Kriterien die Analyse und Bewertung von Gesetzgebung erfolgen kann und differenziert dabei zwischen normativen und funktionalen Gesichtspunkten (S. 238 ff.). Mit Blick auf den funktionalen Aspekt legt er dar, dass in der modernen Gesellschaft häufig keine Klarheit über das Ziel oder die Wirkungsweise der Gesetzgebung bestehe und zuweilen sogar eine Situation doppelter Unklarheit bezogen auf Ziel und Wirkungsweise zu konstatieren sei. Je nach Konstellation müsse daher auf unterschiedliche Regelungsformen zurückgegriffen werden, da der für die konditionale Rechtsprogrammierung typische Fall der Klarheit gleichermaßen

über Ziel und Wirkungsweise heutzutage im Regelfall verschlossen sei. Angesichts dieser in den vorangegangenen Kapiteln bereits deutlich gewordenen Erkenntnis untersucht *Eicker* Strategien wie experimentelle, befristete, reversible oder Rahmengesetzgebung, die sich an die von ihm entwickelten Ausführungen zu rechtstechnischen Instrumenten des prozeduralen Rechts anschließen. Allerdings komme ein prozedurales Strafrecht nicht umhin, spezifisch prozedurale Rechtsstaatlichkeitsparameter zu entwickeln, zumal eine strafrechtsspezifische Grenze im staatlichen Gewaltmonopol besteht. Vor diesem Hintergrund erörtert *Eicker* abschließend verfassungsrechtliche und strafrechtsimmanente Grenzen eines prozeduralen Strafrechts (S. 248 ff.), wobei er eine absolute Tabuzone für jegliche Prozeduralisierung im Folterverbot sieht (S. 331 ff.).

Insgesamt handelt es sich um eine lesenswerte Darstellung der bislang weitgehend unbehandelten, für das Recht insgesamt aber sehr bedeutenden Thematik, ob und inwiefern eine Akzentverschiebung in Richtung auf mehr Prozeduralisierung im Strafrecht beobachtet und legitimiert werden kann. Dass eine solche Arbeit nicht alle Facetten der Thematik erschöpft, liegt auf der Hand und ändert nichts daran, dass *Eickers* Überlegungen die gerade erst im Entstehen begriffene Debatte sicher nachhaltig beeinflussen werden. Man wird sich mit dieser Untersuchung auseinandersetzen müssen.

*Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz*