

Täter-Opfer-Ausgleich im modernen Strafrecht – und in der altertümlichen Justiz?

Eine Betrachtung der Diskrepanz von gesetzlicher Regelung und deren praktischer Umsetzung

(Neuer Rotwein im Wandel der Schläuche – vom „Primeur“ zum „Novello“)

Christian Solte

Zusammenfassung

I.

Der erste Abschnitt des Referats erinnert kurz an die Geschichte des TOA von den 80er Jahren bis heute. In der Zeit der Probierphase (bis 1990: erstmalige Nennung des TOA im JGG) ging die Justiz – wenigstens zum Teil – mit ihren **Pilotprojekten** bei der Erprobung des TOA der **gesetzlichen Regelung** voraus. Nach der Änderung der Gesetze im Jahr 1994 („Verbrechensbekämpfungsgesetz“) und im Jahr 1999 (Novelle vom Dezember 1999) hat sich die anfangs beschriebene Situation umgekehrt, indem zur Zeit die Rechtslage avancierter als die Praxis ist.

II.

Im zweiten Abschnitt des Referats wird der TOA im System des modernen Strafrechts dargestellt. Das TOA-Verfahren kann als Metaverfahren im Strafverfahren beschrieben werden. Dieses Verfahren der „Mediation“ ist dem etablierten Strafrechtsverfahren „nachgeordnet“. Nur die Rechtsgarantie (Rechtsgewährungsanspruch) des Rechtssystems, jeden Lebenssachverhalt in einen Rechtsfall transformieren und durch eine **Entscheidung** abschließen zu müssen, ermöglicht das auf Verständigung beruhende Metaverfahren des TOA, da, falls im TOA die Einigung mißlingt, erneut auf die vom Recht garantierte „Entscheidung“ zurückgegriffen werden kann. Deshalb läßt sich die Mediation (im Strafrecht) – ohne eine inhaltliche Abwertung – als ein parasitäres Verfahren bezeichnen, weil sie erst auf der Basis des staatlich organisierten streitigen Verfahrens ermöglicht wird. Somit handelt es sich bei dem Mediationsverfahren um ein Verfahren mit „Angebotscharakter“ (Verständigung kann nicht erzwungen oder über eine Entscheidung festgestellt werden).

III.

Im dritten Abschnitt befaßt sich das Referat mit der Frage, ob der **TOA** eine – **alternative – Sanktion** darstellt, die mit den herkömmlichen Strafzwecken nur schwer in Einklang gebracht werden kann. Solange das Strafrecht als Strafrecht bezeichnet wird und sich somit bezüglich der Sanktionen allein durch Strafen definiert, treten dogmatische Probleme mit dem Schuldprinzip – dem Axiom des Strafrechts – auf. Deshalb führt die Implementation des TOA in das Strafrecht zur erneuten Diskussion der sogenannten „Strafzwecke“. Die im Sinne der herkömmlichen Strafzwecke geprägten Mitarbeiter der Justiz – in erster Linie betrifft dies die Staatsanwälte – müssen den **Paradigmawechsel innerlich akzeptieren**, damit dieser Wechsel auch in der über Routine laufenden Anwendung eine Chance bekommen kann.

IV.

Der vierte Abschnitt befaßt sich mit den zwar banalen – jedoch für die Praxis sehr relevanten – Fragen der bürokratischen Verträglichkeit des TOA-Verfahrens. In diesem Abschnitt wird darauf hingewiesen, daß der **Gesetzgeber zwischenzeitlich vorangegan-**

gen ist, während die Justiz bisher Schwierigkeiten hat, hierauf adäquat in ihrem bürokratischen Alltag zu reagieren.

V.

Abschließend sei eine Idee formuliert, die in dem Referat nicht reflektiert wurde:

Bei dem Rechtssystem (Konfliktregelungssystem I) und bei dem System der Mediation (Konfliktregelungssystem II) handelt es sich um **antinomische Konfliktregelungsmechanismen**: Das Rechtssystem beruht auf der Garantie der **Entscheidung** durch einen **Dritten** (Urteil, Richter). Das Rechtssystem macht somit Konflikt und Dissens im gesellschaftlichen Alltag handhabbar – und ermöglicht die sozio-kulturelle Evolution, die sich in die Richtung der Steigerung der Konfliktfähigkeit und die Entmoralisierung (Erleichterung) des Dissenses bewegt.

Hingegen beruht das System der **Mediation** auf dem Prinzip der **Einigung (Verständigung)**, die mit Hilfe des „**Dritten**“ versuchsweise herbeigeführt wird.

Diese unterschiedlichen Konfliktregelungssysteme (Entscheidung/Einigung) können – **trotz** anscheinend bestehender **Antinomie** – zur **wechselseitigen Steigerung** ihrer **jeweiligen Leistungsfähigkeit** im System des (Straf)rechts mit **Gewinn** für **beide Regelungssysteme** integriert – d.h. konstruktiv aufeinander bezogen – werden:

Jedes System profitiert von dem jeweils anderen System. Das System des Strafrechts (staatlicher Strafanspruch) motiviert den Beschuldigten, sich auf ein kommunikatives Verfahren – wenigstens versuchsweise – einzulassen, welches er ohne diese Motivation in vielen Fällen als unzumutbar ablehnen würde. So betrachtet **profitiert** die – **freiwillige** – **Mediation** vom **Zwang** des **Strafverfahrens**.

Das – unfreiwillige – **Strafrecht profitiert** seinerseits von der **Mediation**, weil, auch wenn der Beschuldigte die ihm angebotene Möglichkeit der Mediation nicht ergreift, im Strafverfahren der Beschuldigte, der die ihm angebotene Möglichkeit des Mediationsverfahrens abgelehnt hat, sich das (streitige) Verfahren **selber zurechnen muß**. Die Selbstzurechnung verstärkt die mögliche Akzeptanz (Legitimation) der verfahrensbeendenden Entscheidung.

I. Einleitung

Nachdem ich (Eintritt in die Justiz 1978) vorher verschiedene Tätigkeiten als Staatsanwalt und Richter bei verschiedenen Gerichten – zum Teil als Assessor, zum Teil als Richter – ausgeübt hatte, begann ich Ende 1983 bei der Staatsanwaltschaft Tübingen mit der Tätigkeit als Jugendstaatsanwalt. Ich hatte kaum versucht, mich in dieses neue Arbeitsgebiet einzuarbeiten, als im Frühjahr 1985 – initiiert von einer Arbeitsgruppe bestehend aus Professor Siegfried Müller (Institut für Erziehungswissenschaften der Universität Tübingen) und Professor Dieter Rössner sowie Mitarbeitern des Vereins „Hilfe zur Selbsthilfe“ in Reutlingen mitsamt dem frisch angestellten Gerd Delattre – das „Projekt Handschlag“ bei der Staatsanwaltschaft Tübingen vorgestellt wurde. In diesem Jahr begannen wir somit, den Täter-Opfer-Ausgleich als Diversionsmaßnahme im Jugendstrafrecht zu praktizieren. Der Begriff „Täter-Opfer-Ausgleich“ war im Jahr 1985 in keinem einzigen bundesdeutschen Gesetz vorhanden gewesen. Die Anwendung des TOA im Jugendstrafrecht erfolgte über den Begriff „erzieherische Maßnahme“ und wurde über den § 45 JGG abgewickelt. Zu Beginn war durchaus eine große Skepsis bei den Mitarbeitern der Justiz zu beobachten. Diese Skepsis verringerte sich nach und nach, nachdem sich in einigen Fällen gezeigt hatte, daß der „Probelauf“ funktionieren kann. Dennoch war die Fallzuweisung an das „Projekt Handschlag“ zunächst äußerst dürftig – mein Dezernat eingeschlossen. Es bedurfte einer längeren Eingewöhnungsphase, bis diese Art der Bearbeitung eines jugendstrafrechtlichen Falles zur alltäglichen Routine bei der Staatsanwaltschaft Tübingen wurde. Das „Projekt Handschlag“ war zunächst für die Bereiche Reutlingen und

Tübingen tätig. Nachdem die JGH aber auch in Calw einen Bedarf für den TOA festgestellt hatte, wurde die Tätigkeit des „Projekts Handschlag“ auch für den diesen Landkreis zur Verfügung gestellt, weshalb seit mehreren Jahren der gesamte Bezirk der Staatsanwaltschaft Tübingen (Landgerichtsbezirk Tübingen) – im Bereich des Jugendstrafrechts – mit der Einrichtung des Täter-Opfer-Ausgleichs flächendeckend versorgt ist.

Nach dieser anfänglichen Probierphase fühlten wir uns bestätigt, als im Jahr 1990 bei der Novellierung des Jugendgerichtsgesetzes der Täter-Opfer-Ausgleich in das Gesetz gebracht worden war. Zum einen bei § 45 Abs. 2 JGG: **„Der Staatsanwalt sieht von der Verfolgung ab, wenn eine erzieherische Maßnahme bereits durchgeführt oder eingeleitet ist ... Einer erzieherischen Maßnahme steht das Bemühen des Jugendlichen gleich, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.“**

Zum anderen in § 10 Abs. 1 Ziff. 7 JGG: **„Der Richter kann dem Jugendlichen insbesondere auferlegen ...**

7. sich zu bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer-Ausgleich) ...“

In diesen **Anfangsjahren** geriet der **TOA ins allgemeine Gespräch**, weshalb u.a. von den Justizministerien der Länder Veranstaltungen zur Förderung des TOA durchgeführt wurden. Bei einer solchen Veranstaltung hielt ich im Jahr 1990 einen Vortrag in Berlin. Bei der an diesen Vortrag sich anschließenden Diskussion fragte mich ein Mitarbeiter einer Strafvollzugsanstalt: **„Wollen Sie zurück zu den Neandertalern?“**

Ich war über diese Frage zwar zunächst überrascht; es schien mir jedoch bald ziemlich klar zu sein, worauf der Fragesteller hinaus wollte. Der Fragesteller hatte offensichtlich die Befürchtung, daß mit der Einführung des TOA eine **Regression in ein vormodernes Strafrecht** verbunden sein könnte.

Tatsächlich gibt es ja auch zahlreiche Darstellungen bei der rechtlichen Einordnung des TOA, die darauf hinweisen, daß, bevor der „moderne Staat“ das Strafrecht unter seine Fittiche nahm, in den verschiedenen Rechtssystemen eine Art TOA praktiziert worden sei. Bei diesen Darstellungen wurde teilweise auch darauf hingewiesen, daß selbst in vorgesellschaftlichen Bereichen – so z.B. bei den Primaten – als Reaktion auf verletzendes Verhalten verschiedene Formen von Wiedergutmachungen zu beobachten seien. Ich möchte diese Art von Ausgleich mit dem markanten Begriff **„TOA-Primeur“** bezeichnen.

Die 1990 in Berlin gestellte kritische Frage veranlaßte mich jedoch, mir über die rechtliche und kriminalpolitische Einordnung des TOA vertieft Gedanken zu machen.

Bevor ich mich dem TOA im modernen Strafrecht zuwende, möchte ich vorweg an die erheblichen **Veränderungen erinnern**, welche sich in der Rechtslage **von 1990 bis heute – 2000** – ereigneten:

- 1) 1990 wurde, wie bereits erwähnt, der TOA im **JGG** erstmals begrifflich aufgeführt.
- 2) 1994 wurden im Rahmen des **„Verbrechensbekämpfungsgesetzes“** die **§§ 46a StGB** und **153b StPO** eingeführt. Seit diesem Zeitpunkt wurde der TOA zunächst von den Medien und hierauf von Politikern „entdeckt“. Das heißt, die Politiker hatten festgestellt, daß – nicht zuletzt im Zusammenhang mit Diskussionen über die Besserstellung von Opfern – der TOA als eine Innovation im modernen Strafrecht auch von denjenigen geschätzt wird, welchen die Politiker ihre Macht verdanken, d.h. den Wählern. Seit dieser Zeit steht der TOA bei den wesentlichen politischen Richtungen – rhetorisch – hoch im Kurs. Hierbei zeigt sich wieder einmal, daß – wie auch in anderen Bereichen beobachtbar – das **Jugendstrafrecht** im deutschen Kriminalrecht eine sog. **„Vorreiterrolle“** innehat. Nachdem sich der **TOA im Jugendstrafrecht** offenbar bewährt hatte, verstärkte sich die Auffassung, daß der **TOA auch im Erwachsenenrecht** angewendet werden sollte.

- 3) Einen vorläufigen Schlußpunkt dieser gesetzlichen Veränderungen stellt die Novellierung vom Dezember 1999 dar:
- a) der TOA wurde in den bereits bestehenden **§ 153a StPO** (unter der Ziffer 5) eingefügt.
 - b) Mit dem **§ 155a StPO** wurde die Sollvorschrift eingefügt, daß Staatsanwaltschaft und Gericht „**in jedem Stadium des Verfahrens die Möglichkeiten prüfen ... sollen ..., einen Ausgleich zwischen Beschuldigtem und Verletztem zu erreichen**“.
 - c) Der neu eingefügte **§ 155b StPO** regelt die bisher umstrittenen datenschutzrechtlichen Probleme.

Mit dieser Novelle hat die gesetzliche Entwicklung neue Maßstäbe für die justizielle Praxis gesetzt, weshalb ich diesbezüglich vom „**TOA-Novello**“ sprechen möchte (Novello ist die italienische Variante des „Primeurs“, wie ich kürzlich bei der Aufstockung meines Weinkellers durch den Erwerb einiger Flaschen „Novello 2000“ feststellen konnte. Wie mir der Verkäufer sagte, dürfe auch dieser Novello nicht allzu lange im Keller ruhen.)

II. TOA im modernen Strafrecht

Im Jahr **1985** war die **Praxis** mit ihren Pilotprojekten dem geschriebenen **Recht voraus**; im Jahr **2000** hat sich diese **Situation umgekehrt**: das Strafrecht hat inzwischen viele Voraussetzungen für den TOA in der StPO und im StGB geschaffen. Die Rechtslage scheint nunmehr weiter zu sein als die Praxis. Entsprechende Befragungen (von Wissenschaftlern als empirische Untersuchungen bezeichnet; unempirische Untersuchungen sind mir allerdings nicht bekannt) deuten nämlich darauf hin, daß die detaillierten Neuregelungen bislang in der Praxis weithin unbekannt sind. Bevor ich auf diese Fragen (Diskrepanz von Rechtslage und praktischer Umsetzung) näher eingehen werde, möchte ich zunächst – in aller Kürze – eine **rechts-geschichtliche bzw. rechtssoziologische Einordnung des TOA in das moderne Strafrecht** vornehmen.

Wenn ich zu diesem Thema verschiedene Darstellungen lese, begegnet mir – polemisch verkürzt – des öfteren folgende Fassung, wie sie von post-modernen Rousseauisten vertreten wird:

Bevor der allmächtige Staat – manche sprechen gar vom „sich rächenden Staat“ – die Menschen (also auch Täter und Opfer) im Hinblick auf ihre Möglichkeiten, ihre Konflikte selber zu „regeln“, enteignete, habe es verschiedene Ausgleichsformen gegeben, die zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens beitrugen. Diese Formen des Ausgleichs seien durch die Etablierung des modernen Strafrechtes vernichtet worden, da der „staatliche Strafanspruch“ sich in alles hineinmische und, anstatt Frieden zu stiften, in erster Linie staatliche Stärke demonstriere – zum Nachteil der Staatsbürger.

Diese Darstellungen sind in Wirklichkeit nicht post-modern, sondern **vor-modern**, was die **Beschreibung des „Staates“** angeht, da sie einer distanzierten Betrachtungsweise entbehren, möglicherweise, weil mit den Begriffen Staat und Recht auf psychologisch unbewußter Ebene die ambivalente Figur des Vaters verbunden wird.¹ So können wir speziell in der **deutschen Tradition** einerseits eine **Überhöhung des Staatsgedankens** (Fichte/Hegel) und andererseits eine **Staatsverteufelung** (Marx) beobachten – wie wir in ähnlicher Weise Personen beobachten können, die ihre Väter vergöttlichen oder verteufeln – offensichtlich – müssen. Weder hat der Staat die allgemeine Sittlichkeit hervorgebracht (Hegel) – noch ist er abgestorben (Marx). Auch hier ist Distanz – mithin Systemtheorie – angesagt. Bei diesen Beschreibungen, die vom Gegensatz **Staat vs. Ge-**

¹ Aus dieser Ambivalenz der Vaterfigur entwickelte Jacques Lacan das Wortspiel vom „nom du père“ (Name des Vaters) und vom „non du père“ (Nein des Vaters).

Gesellschaft ausgehen, handelt es sich um eine zwar häufig verwendete, jedoch falsche Opposition.² Der umfassende Oberbegriff heißt Gesellschaft – wohingegen der Staat (als politisches System) ein **Teilsystem der Gesellschaft** – neben anderen wie Wirtschaft, Wissenschaft, Religion, Kunst, Erziehung ... – darstellt. Diese Teilsysteme stehen nicht in einem hierarchischen Verhältnis zueinander. Weder kann die Wissenschaft bestimmen, was politisch gemacht wird, noch die Wirtschaft, wie der wahrhaftige Glaube aussieht, noch die Politik, welche Preise in der Wirtschaft gelten, noch die Religion, wie die Abtreibung strafrechtlich zu regeln ist ...

Diese gesellschaftlichen Differenzierungen wurden seit dem 18. Jahrhundert verstärkt thematisiert – in erster Linie mit den Begriffen Freiheit der Kunst, Freiheit der Wissenschaft, Freiheit der Religion, Freiheit der Wirtschaft usw. Derselbe Grundgedanke findet sich auch in philosophischen Schriften, wie sich an Friedrich Schillers Briefen „Über die ästhetische Erziehung des Menschen“ erkennen läßt:

„Von allem, was positiv ist und was menschliche Konventionen einführt, ist die Kunst wie die Wissenschaft losgesprochen, und beide erfreuen sich einer absoluten Immunität von der Willkür des Menschen. Der politische Gesetzgeber kann ihr Gebiet sperren; aber darin herrschen kann er nicht.“³

Eine nähere Darstellung der Systemtheorie ist hier nicht angezeigt. Die Bemerkungen sollen nur auf die Naivität gewisser Darstellungen hinweisen. So heißt es z.B. im Vortrag von Prof. Dr. Uwe Wesel beim TOA-Forum (Juni 2000) in Suhl: **„Nichtstaatliches Recht ist kompensatorisch, ausgleichend, während der Staat straft“**. Ich möchte an dieser Stelle daran erinnern, daß nichtstaatliches Recht so oder so sein kann. In diesem Zusammenhang erinnere ich an den listigen, klugen und weitgereisten Odysseus, der im Anschluß an die nach ihm benannte Reise (Odyssee) nach längerer Abwesenheit zu seiner treuen Frau Penelope zurückkehrte. Bei dieser Rückkehr stellte Odysseus eigenmächtig – nicht im Rahmen eines staatlichen Verfahrens – fest, daß seine treue Ehefrau offensichtlich von zahlreichen Freiern „bedrängt“ wurde. Wie diese Bedrängung ausgesehen hat, wird von Homer – bzw. von seinem Übersetzer Gustav Schwab – nicht näher dargestellt. Möglicherweise wurde sie „nur angebaggert“, was heute nicht strafbar wäre. Tatsächlich hat Odysseus diese Freier dank seiner überlegenen Kunst des Bogenschießens in einer dramatischen Aktion getötet. Im Sinne der damaligen Vorstellungen war diese Handlung des Odysseus „gerecht“.⁴ Der Hinweis auf Odysseus sollte lediglich in Erinnerung rufen, daß **nichtstaatliches Recht** – weil es eben nichtstaatliches Recht ist – so oder so sein kann, also **nicht unbedingt restitativ sein muß**. Auch das sog. nichtstaatliche Recht erfüllt allerdings die **zentrale Funktion des Rechts überhaupt**, nämlich den **Fortbestand der Gesellschaft** dadurch zu ermöglichen, daß die **normativen Erwartungen (was gilt?) trotz erwartungswidriger – normwidriger – Handlungen durch die rechtlichen Kommunikationen bestätigt werden** (es gilt also doch noch!). Einer modernen, d.h. differenzierten Gesellschaft kann dieses Recht jedoch nicht „gerecht“ werden, selbst wenn sich Nostalgiker an den guten Seiten des vormodernen Rechts erwärmen mögen. Auch in diesem Fall kann es kein Zurück zu einfachen Verhältnissen geben kann. Soviel zum „TOA – Primeur“.

Die Vorteile des modernen Rechts für unsere Gesellschaft sind so selbstverständlich geworden, daß wir uns dieser Errungenschaften kaum bewußt sind – ich erlaube mir deshalb, gewisse Selbstverständlichkeiten in Erinnerung zu rufen:

→ An allererster Stelle steht die **Befriedung durch das Gewaltmonopol** – die ohne einen Staat nicht zu schaffen ist. „Man braucht keine Waffen zu tragen, wenn

² Siehe hierzu Helmut Willke, „Kontingenz und Notwendigkeit des Staates“, abgedruckt in „Probleme der Form“, Frankfurt 1993; Helmut Willke, „Ironie des Staates“, Frankfurt 1992; Niklas Luhmann, „Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft“, in: Soziologische Aufklärung 4, Opladen 1987.

³ Friedrich Schiller, Werke in 2 Bänden, 1959, München/Zürich, S. 581.

⁴ Bei der Tagung in Oldenburg in Oldenburg am 20. November 2000 machte mich in diesem Zusammenhang spontan ein Oberamtsanwalt darauf aufmerksam, daß die Sache mit Odysseus verjährt sei. Ich bin diesem Einwand nicht entgegengetreten.

man auf die Straße tritt, rühmten bereits die Griechen als Errungenschaft ihrer Polis“.⁵

- An weiterer Stelle steht die Regelung des **materiellen Strafrechts**. (Was ist strafbar, „Straftatbestand“. Die rechtlichen Grenzen zwischen „Anbaggern“ und sexueller Nötigung – s.o. Odysseus - sind somit scharf gezogen; die Schwierigkeiten bestehen darin, festzustellen, was stattgefunden hat.)
- Um diese Feststellungen rechtlich korrekt (also nicht eigenmächtig) treffen zu können, wurden die Regelungen für das **Verfahren** entwickelt (StPO ...). Diese Regelungen schreiben in präziser Weise vor, was die staatlich organisierten Ermittlungsbehörden (Polizei, s.o. „Polis“) tun dürfen, um festzustellen zu versuchen, ob die Freier tatsächlich Frau Penelope ...

Die Eingriffsrechte wurden somit begrenzt, weshalb auch die **staatlichen Handlungen rechtlicher Kontrolle** unterliegen (Rechtsstaat).

- In dem modernen Recht wurden jedoch auch die **Rechtsfolgen** (Sanktionen) vom staatlichen Recht festgelegt. Aus der bunten vormodernen mittelalterlichen Palette von Vierteilen, Verbrennen, Verbannen, körperlich Züchtigen, Teeren und Federn (wie geht das?) ... ist nicht allzu viel übrig geblieben.⁶ Der (sich rächende) Staat hat sich – zumindest bei uns – auf zwei Sanktionsarten konzentriert, nämlich auf Freiheitsstrafen und auf Geldstrafen.⁷ Diese beiden Strafarten stehen seit 1975 in einem funktionellen Zusammenhang, welcher durch das Tagessatzsystem geschaffen wurde.

Ich erinnere mich an einen spektakulären Fall, der sich zu Beginn meiner Amtszeit als Jugendstaatsanwalt (1983) ereignete. Der Begriff der Diversion war damals – auch für mich – neu. In einem anderen Bundesland hatte sich ein Kollege (Jugendstaatsanwalt) im Bereich der Diversion dadurch profiliert, daß er den Jugendlichen einige Prügel auf den sog. Allerwertesten gab, woraufhin er diese Verfahren nach Durchführung dieser – von ihm so bezeichneten – erzieherischen Maßnahmen gemäß § 45 JGG einstellte. Man hat diesem Pionier der Diversionsbewegung diese zumindest zeitsparende Auslegung des JGG nicht honoriert: er wurde erst wegen Körperverletzung im Amt verurteilt – und dann aus demselben entfernt. Dieses Beispiel erinnert uns daran, daß selbst in dem wegen seiner Differenziertheit so gelobten Jugendstrafrecht, in dem angeblich alles möglich ist, doch nicht alles möglich ist.

Diese Grundpfeiler des modernen Rechts (materielles Recht, Verfahrensrecht, Sanktionsrecht) fallen in der modernen Gesellschaft weder vom Himmel noch werden sie von dem Phantom namens Staat produziert, sondern werden von der Legislative, dem gewählten Parlament, als einem Teil des Teilsystems Politik beschlossen. Dieser Hinweis auf die gewählte Legislative zeigt nun in aller Deutlichkeit, was aus dem „Übervater Staat“ geworden ist:

Gesellschaft bedeutet **Kommunikation**, d.h. **Austausch bzw. Zirkulation** von Zeichen (Sprache), von Gegenständen (erst Tausch, dann Kauf gegen Geld), Liebe („Der Reigen“, Arthur Schnitzler) und – last but not least – auch von Macht. Deshalb sprechen wir nicht nur vom Geldkreislauf, sondern auch vom Machtkreislauf.

⁵ Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Hamburg 1972, S. 115.

⁶ Ich kenne mich in der Geschichte der Sanktionen nicht so gut aus, weshalb diese Liste keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt – die Beschäftigung mit der „**Kunst der Fuge**“ scheint mir zur „Recreation des Gemüts“ – J.S. Bach – ersprißlicher zu sein als die Beschäftigung mit der „**Kunst der Folterung**“.

⁷ So zumindest im Erwachsenenstrafrecht. Inzwischen wird darüber nachgedacht, ob nicht diese Beschränkung (Geld- oder Freiheitsstrafe) ähnlich wie im JGG aufgehoben werden soll. Hierbei wird allerdings nicht an die Wiedereinführung der oben angeführten Sanktionen wie z.B. „Vierteilen“ gedacht, sondern – unter dem Stichwort „Schwitzen statt Sitzen“ – u.a. an die Einführung „gemeinnütziger Arbeit“ als weitere Sanktionsmöglichkeit; siehe den Gesetzentwurf mit dem Titel „Gesetz zur Reform des Sanktionenrechts“. „DIE ZEIT“, 23. November 2000, S. 1.

Im **politischen System** werden zwar die **kollektiv bindenden Entscheidungen** getroffen; das politische System ist jedoch „rückgekoppelt“ an Wählerstimmen, Parteitagsbeschlüsse, öffentliche Meinung und Skandale und deshalb also in seiner Macht abhängig von der Macht der Wähler, der Macht der Parteien, der Macht der öffentlichen Meinung sowie der Macht der Massenmedien usw. Die im politischen System getroffenen **Entscheidungen** sind – in erster Linie – durch die **Verfahren legitimiert**, die zu den Entscheidungen hinführen. Die Grundlagen für diese Entscheidungen, z.B. die Gesetze, können jederzeit – zumindest im Rahmen des Grundgesetzes – geändert werden. Auf die Diskrepanzen, die hierbei entstehen können, habe ich bereits oben hingewiesen: Manchmal geht die „Rechtswirklichkeit“ dem „Recht“ voraus; manchmal ist es umgekehrt.

Fazit zum modernen Strafrecht: Das moderne Strafrecht ist ein öffentliches Recht. Das **moderne Rechtssystem** hat die **Stelle des aktuellen Opfers übernommen** und hierbei das **Recht auf Rache den Bürgern entzogen** (Entdramatisierung, Professionalisierung und Autonomisierung des Rechts). An die Stelle des **individuellen Rechts auf Rache** (s.o. Odysseus) ist der **staatliche Strafanspruch** getreten, für dessen Ausgestaltung wir als Bürger selber Verantwortung tragen – nachdem (s.o.) die schönen alten Zeiten der Glorifizierung oder Verteufelung des „Staates“ vorbei sind.

Wenn sich das moderne Strafrechtssystem **etabliert** hat (was gar nicht so einfach ist, wie der Hinweis auf den – schlagkräftigen – Pionier der Diversionsbewegung zeigen sollte), können die mit diesem System notwendigerweise verbundenen **Nachteile** in den Blick geraten: der Verstaatlichung entspricht tatsächlich eine Enteignung. Wie häufig formuliert wird, können Täter und Opfer nicht mehr über den „Konflikt verfügen“, da das **Rechtssystem** das Verfahren – nach seinen **spezifischen Regelungen (Selbstreferenz)** – betreibt. Das moderne Recht abstrahiert vom konkreten Opfer (besser formuliert als Verletzten), weshalb das Opfer im Strafverfahren lediglich in seiner Rolle als Zeuge in Erscheinung tritt.

An dieser Stelle setzt der TOA als eine **Möglichkeit der weiteren Differenzierung** ein. TOA im modernen Strafrecht bedeutet zunächst, daß die für uns **geltenden Standards des rechtsstaatlichen Verfahrens erhalten bleiben müssen**. Unter der Obhut des Rechts (manche formulieren: „in the shadow of the law“) findet eine **„Reprivatisierung“ des Konfliktes** statt. So bleiben z.B. sowohl die **Rechte des Täters** (Unschuldsvermutung, keine Pflicht zur Mitwirkung bei der Aufklärung ...) als auch die **Rechte des Verletzten erhalten. Nur unter der Aufsicht des Rechts** (unter der Entscheidungskompetenz von Staatsanwaltschaft und Gericht) **wird der Konflikt „reprivatisiert“**.⁸

⁸ TOA-Insidern mögen diese Überlegungen als überflüssig erscheinen. Daß diese Form der Darstellung jedoch wichtig ist, zeigt z.B. der Aufsatz von Frank von der Heide in der Zeitschrift „Der Kriminalist“ vom Oktober 2000 (S. 419, 420). Dort wird u.a. behauptet, daß es beim TOA um die **Vermeidung des Strafrechts** ginge. Um TOA-Insidern die Möglichkeit zu geben, einmal eine andere Sichtweise zur Kenntnis zu nehmen, werden im folgenden längere Auszüge aus diesem Aufsatz zitiert: „Worauf ist TOA im Kern gerichtet? Zur letzten Frage gibt ein kriminologisches Lexikon Auskunft: „Ein entwickelter TOA dient der Vermeidung des Strafrechts üb. erhaup. ...“ Das ist kein Irrtum. Ziel des TOA als Maßnahme der Diversion ist die Verhinderung des Strafverfahrens. Es soll also weder ein polizeiliches Ermittlungsverfahren noch ein gerichtliches Strafverfahren durchgeführt werden. Wird berücksichtigt, daß gegenwärtig schon etwa zwei Drittel der Ermittlungsverfahren gegen bekannte Tatsverdächtige eingestellt werden, so geht es den Befürwortern des TOA folglich um die weitere Reduzierung der verbleibenden Drittels von Tätern, die sich bisher noch in den gerichtlichen Hauptverhandlungen bzw. in Strafbefehlsverfahren zu verantworten haben ... Hier ist deutlich zu erkennen, wohin die Fortsetzung der bisherigen Kriminalpolitik letztlich führen wird. Die Opfer von Straftaten sollen keine Anzeige mehr bei der Polizei erstatten, sondern sich an freie Träger wenden und ihre Probleme gefälligst ‚dort klären‘. Ein bedeutender Vorschlag zur Entlastung der Strafjustiz! Gefordert wird daher, ‚im Gesetz eine höhere Verbindlichkeit der Anwendung des § 46a StGB für Staatsanwälte und Richter zu schaffen‘. Folgerichtig beabsichtige das BMJ auch, in die StPO eine Regelung einzufügen, die den Staatsanwalt verpflichtet, den § 46a zu prüfen und anzuwenden. Dann dauert es nicht mehr lange, und Strafverfahren müssen auch bei schweren Straftaten eingestellt werden, wenn der Staatsanwalt keine stichhaltige Begründung für die Nichtanwendung des § 46a hat. Und da immer ein schlauer Rechtsanwalt oder Richter diese ‚Keule‘ schwingen wird, kann

auf diese Weise die ohnehin geringe Zahl der Angeklagten bei den Gerichten noch weiter gesenkt werden ... Also werden auch schwere Vergewaltigungen, sexuelle Mißbrauchshandlungen, brutale Raubüberfälle und Mißhandlungen aller Art als für den TOA geeignet angesehen! Und was passiert nach erfolgten TOA? In jedem Fall liegt ein gesetzlicher Grund für eine zu prüfende Strafmilderung vor. Um die geht es aber eigentlich nicht, sondern um die ‚Vermeidung des Strafrechts überhaupt‘ ... TOA ordnet sich vielmehr ein in die seit vielen Jahren bestehende Tendenz zur ‚Nichtstrafe‘, die ihre Wurzeln in der achtundsechziger Bewegung und deren Forderung nach antiautoritärer Erziehung zu haben scheint. Der Staat soll mit dem Strafrecht ‚Du-Du machen‘, es aber nicht anwenden. Wenn Politiker seit Jahren den allgemeinen Verfall der Normen und Werte in der Gesellschaft beklagen, dann haben sie diesen Prozeß zu einem wesentlichen Teil selbst in Gang gesetzt. Wie soll sich bei einem Straftäter ein Schuldgefühl entwickeln, wenn der Staat auf eine angemessene Reaktion verzichtet? ...“

Hierbei ergeben sich für die Betroffenen – Täter und Verletzte – **Wahlmöglichkeiten**, die sie ergreifen **können** – und **nicht müssen**.

Zunächst bleibt festzustellen, daß die Staatsanwaltschaft entscheidet, ob ein Fall für einen TOA mit dem Ziel der Einstellung des Verfahrens geeignet sein könnte (hiervon bleibt unberührt, daß in jedem Fall Täter und Opfer von sich aus „aufeinander zugehen“ können – völlig unabhängig vom staatlichen Verfahren). Bei der Entscheidung der Einleitung eines TOA-Verfahrens mit dem Ziel der Verfahrenseinstellung ist ggf. die Mitwirkung des zuständigen Gerichtes erforderlich. Erst nach dieser positiven Entscheidung für die Durchführung des Versuchs eines TOA findet eine **Delegation** in die **Mediation** statt. Die **Mediation** kann **als ein Verfahren „eigener Art“** beschrieben werden, welches das Ziel verfolgt, die **kommunikativen Nachteile des staatlichen Verfahrens im „Kommunikationssystem TOA“ zu kompensieren**. Diese Nachteile seien hier kurz angedeutet: Das Verhalten des Angeklagten in der Hauptverhandlung ist regelmäßig an dem Ziel orientiert, daß die Feststellung seiner Schuld entweder gar nicht möglich (Freispruch) oder nur eingeschränkt getroffen werden kann. Die volle Übernahme der Verantwortung würde diesem taktischen Ziel widersprechen. Die Inaussichtstellung von Strafmilderung im Falle eines Geständnisses vermag hieran nur in einzelnen Fällen etwas zu ändern. Das Opfer (der Verletzte) wird in der Hauptverhandlung „nur“ unter dem Gesichtspunkt der Tatsachenfeststellung (Wahrheitsfindung) gehört. Häufig geschieht es in der Hauptverhandlung, daß der Verletzte durch die – zulässige – Art der Befragung – insbesondere durch den Verteidiger – sich zum zweiten Mal in der Rolle eines Opfers sieht, wenn ihm seine Darstellung der Sicht der Tat als unglaubwürdig vorgehalten wird. Diese immanenten Zwänge eines gerichtlichen Verfahrens verhindern insbesondere in streitigen Verfahren regelmäßig, daß Täter und Opfer in eine konstruktive Beziehung zueinander treten können.

Nach Beendigung der Delegation an das System TOA (Mediation) geht der Fall zurück in das Rechtssystem, wo die Staatsanwaltschaft – ggf. mit Zustimmung des Gerichts – die möglichen rechtlich korrekten Abschlußentscheidungen zu treffen hat.⁹

III. TOA als andersartige Sanktion

⁹ Auf dem **Deutschen Juristentag 2000** wurde die „Autonomie des TOA“ streitig diskutiert. Es wurde vorgeschlagen, daß auch „Ablauf und Verfahren des TOA gesetzlich zu regeln seien“. Was hiermit gemeint ist, habe ich noch nicht genau verstanden.

Ich vermute, daß Juristen ihre Schwierigkeiten mit der „Delegation“ an einen anderen gesellschaftlichen Bereich haben, in welchem die Kommunikation nicht durch die Strukturen des Rechtes, sondern durch andere Strukturen – eben Mediation – bestimmt werden. Ich vermute hierbei, daß insgesamt noch nicht verstanden wurde, welche **Effekte verschiedenartige Kommunikationen** bei den hieran beteiligten Personen haben können. An dieser Stelle kann man selbstverständlich anderer Meinung sein und die grundsätzliche Auffassung vertreten, daß keine Kommunikation die beabsichtigten Veränderungen hervorrufen könne, weshalb auch jede Art von Therapie als wirkungslos anzusehen sei. Ungeachtet dessen muß an dieser Stelle festgestellt werden, daß – soweit ich sehe – die spezifischen Varianten der **Kommunikation**, was sie im Hinblick auf die **psychischen Systeme** bedeuten, bisher nicht genügend erforscht und durchgedacht sind. Kommunikation im Strafprozeß, Kommunikation im Schulunterricht, Kommunikation in der Verhaltenstherapie, Kommunikation in der Psychoanalyse, Kommunikation in der Mediation, Kommunikation in der Liebe, Kommunikation in der Wissenschaft. Ich beziehe mich hierbei **nicht** darauf, daß jeweils auf der **inhaltlichen Ebene verschieden kommuniziert** wird. Vielmehr geht es darum, daß die an den Kommunikationen beteiligten Personen sich in verschiedener Weise „einbringen“ – mit unterschiedlichen Auswirkungen auf die Personen. In der Terminologie Niklas Luhmanns geht es um die **strukturelle Kopplung** von **Kommunikation** und **Bewußtsein**, also um die Frage, wie Bewußtsein an Kommunikation beteiligt ist – bzw. wie sich die Kommunikation auf das hieran beteiligte Bewußtsein auswirkt. Diese möglichen „Auswirkungen“ sind, da es sich bei Personen nicht um sogenannte „Trivialmaschinen“ handelt, nie im Sinne einer „Technologie“ kontrollierbar, weder im Strafprozeß noch im Schulunterricht noch in der Mediation ... Hier liegt der tiefere Grund dafür, daß das Rechtssystem sich zunächst als **Konditionalprogramm** mit dem **Wenn (Tatbestand)-Dann (Rechtsfolge)-Schema** entwickelt und sich bei der Berücksichtigung der unbekannteren Zukunft (**Zweckprogramm, Prognose**) zurückgehalten hat. Wenn die Rechtssysteme – was gegenwärtig der Fall ist – sich mehr und mehr auf Zukunftsorientierung umzustellen versuchen, gehen sie das erhöhte Risiko ein, wegen möglicherweise „falsch gestellter Prognose“ – nachher ist man klüger – in Mißkredit zu geraten.

Das **Recht** beruht auf der **Anerkennung** der **Normen**, die ich – im Anschluß an Luhmann, Rechtssoziologie – als „**kongruent generalisierte Verhaltenserwartungen**“ bezeichnen möchte. Diese Verhaltenserwartungen „sind“ nicht – sie „**gelten**“: Recht = Geltung.

Deshalb reagiert die Gesellschaft auf Unrecht – zumindest zunächst – mit **Vergeltung**, um so – für potentiell alle beobachtbar (Öffentlichkeit) – die **Geltung der Normen zu demonstrieren**.¹⁰

Eine rechtswidrige Handlung, welche die Geltung der Normen in Frage stellt, stört die soziale Ordnung und verstört die Beobachter. Unrechtshandlungen führen zur Instabilität (Asymmetrie) in mehreren Hinsichten. Zum einen stellt sich die Frage auf der Ebene der **Erwartungen**: Was gilt? (Kann ich die Erwartungen an normgerechtes Verhalten aufrecht erhalten?). Zum anderen hat eine **reale Verletzung** stattgefunden: es ist etwas weggenommen worden oder man ist verletzt worden. Die erste Idee lautet dann: Kompensation durch „dasselbe“. Der Täter nimmt etwas weg – man nimmt dem Täter etwas weg. An dieser Stelle muß daran erinnert werden, daß das alt-testamentarische Prinzip des „Aug' um Auge“ (Talion) bereits einem „fortgeschrittenen“ Stand der rechtlichen Evolution entspricht, da die **Gegenreaktion limitiert** wird. Richtig verstanden heißt dieses Prinzip: **Nur Aug' um Auge** (die Urform für das sog. **Verhältnismäßigkeitsprinzip**).

Dieser Hinweis auf die Kompensation durch „dasselbe“ soll daran erinnern, daß die sog. absoluten Straftheorien (Kant, Hegel) philosophische Ausformulierungen von fundamentalen sozialen Mechanismen darstellen.

Strafe heißt so gesehen: „**Auschlechtmachung** durch den **Verletzten**“ (oder durch die Gesellschaft im Namen des Verletzten und im Namen der symbolischen Ordnung) – im Gegensatz zu „**Wiedergutmachung** durch den **Täter**“.¹¹

Bei der Wiedergutmachung sieht es anders aus: Dort handelt jeweils der Täter, zunächst durch Verübung der Straftat (negativ), dann durch die Wiedergutmachung (positiv).

Bei dieser Darstellung erkennt man die andere Art und Weise, in welcher der Zustand der sozialen Ordnung wiederhergestellt wird: Bei der **Wiedergutmachung** ist – zunächst – die **Gesellschaft, also die „Drittheit“, als Agierende ausgeschaltet**.

Deshalb ergeben sich bei den Versuchen, den TOA im System der Strafzwecke einzuordnen, dogmatische Schwierigkeiten. Aus diesem Grund wird gelegentlich behauptet, daß dem TOA ein dem **Strafrechtsparadigma fremdes Denkmodell zugrundeliege**¹²:

¹⁰ Es handelt sich hierbei um einen fundamentalen sozialen Mechanismus der Resymmetrierung: Die Basis von Gesellschaft ist **Kommunikation** und damit in gewisser Weise auch **Reziprozität**. Wer jemandem etwas schenkt, produziert eine asymmetrische Situation; der Beschenkte fühlt sich verpflichtet, dem Schenker seinerseits etwas zu schenken. Wenn diese Verpflichtung als unangenehm empfunden wird, geht man sich aus dem Wege. Das gleiche gilt für die Liebe, wenn eine Person die andere liebt und dieses durch Handlungen jedweder Art zu erkennen gibt. Entweder kommt es dann zu einer Reziprozität, indem der/die diese Handlungen erwidert – oder man geht sich aus dem Weg, man vermeidet eine Begegnung und damit weitere Kommunikationen. Wenn ein Kind auf die Welt gekommen ist, wird es gestillt und gefüttert. Nach einigen Monaten nimmt das Kind den Löffel mit Alete (Nouvelle Cuisine) und reicht diesen Löffel dem Papa. Dieser versteht, obwohl es ihm nicht schmeckt. Das Kind strahlt: Es hat etwas zurückgegeben.

¹¹ Die Strafe (Auschlechtmachung) stellt die „perfekte Resymmetrierung“ dar, weil insgesamt das Verhalten gespiegelt wird: Zunächst fügt der Täter ein Übel zu. Hierauf reagiert das Recht in der Form einer Gegenreaktion mit seiner Übelszufügung (Strafe). Der Täter nimmt etwas weg, der Täter handelt (Straftat). In der Gegenreaktion nimmt das Recht (als Vertreter des Opfers) dem Täter etwas weg. Das Recht handelt. (Der Begriff des Opfers wird mit nachvollziehbaren Argumenten kritisiert und stattdessen die Verwendung des Begriffs „Verletzter“ vorgeschlagen. Der Begriff des Opfers hat jedoch insoweit eine gewisse Richtigkeit, als an dem Opfer die Geltung der Norm – also etwas Positives – demonstriert wird. So gesehen leistet das Opfer einen Beitrag zur Rechtsbildung wie in ähnlicher Weise das Tieropfer – agnus dei – einen Beitrag zur Wiederherstellung der Weltordnung leistete. Weiter ging Friedrich Nietzsche mit seinem Diktum, daß in der Gesellschaft jeder Täter, da er zur Demonstration der Geltung der symbolischen Ordnung gebraucht werde, zum Opfer gemacht werde.)

Im Fall der herkömmlichen Bestrafung wird das Bestehen auf der Norm durch das **Recht** (als Zeichen der **Drittheit**) demonstriert.

Im Falle des TOA, der Wiedergutmachung, versucht der **Täter** zu demonstrieren, daß er trotz seiner Tat die Norm anerkennt.

Deshalb läßt sich der TOA als eine Form der **normaner kennenden Wiedergutmachung** bezeichnen – allerdings dürfte klar sein, daß der Täter durch seine Wiedergutmachung nicht selber über das Recht (als Zeichen der Drittheit) verfügen kann. Der Täter kann durch seine positive Handlung dem Recht zeigen, daß es diese Wiedergutmachung doch bitte berücksichtigen möge. Nur – wie soll diese Berücksichtigung im konkreten Fall erfolgen?

Hierbei ergibt sich die Schwierigkeit, wie diese Form der normaner kennenden Wiedergutmachung mit dem Axiom des Strafrechts, dem Schuldprinzip, in Einklang gebracht werden kann, sofern die Durchführung des TOA nicht zur Einstellung des Verfahrens führt.

Anders formuliert: Wie passen Normanerkennung durch Wiedergutmachung und Strafzumessung zusammen? (§ 46 StGB „**Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.**“)¹³

Die **Wiedergutmachung** (normbestätigende Reaktion durch den Täter) läßt sich somit **nicht als Strafe bezeichnen**. Daraus folgt jedoch, daß auch der mit dem Begriff der Strafe verknüpfte Begriff der Schuld, der zur „Umrechnung“ in eine maßvolle Sanktion gebraucht wird, nicht – unmittelbar – paßt.

¹² Hierzu Prof. Thomas Trenczek, Königsweg oder Irrweg? TOA als Handlungsinstrument von Justiz und Jugendhilfe. 8. TOA-Forum 2000, S. 15; Dr. Wolfgang Stein, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, S. 393ff.

¹³ An dieser Stelle sind einige Anmerkungen zum Begriff der Schuld hilfreich, da meines Erachtens die zentrale Bedeutung der sozialen Konstruktion „Schuld“ in dem Bemühen um eine zeitgemäße Rationalität regelmäßig verkannt wird. Deshalb wird im folgenden kurz dargelegt, was der Begriff der „Schuld“ für die Rechtsentwicklung leistet. Um die im wörtlichen Sinne katastrophalen Folgen der normbestätigenden Reaktionen – solange diese **maßlos** waren – zu mildern, wurde zunächst die **normbestätigende Reaktion limitiert** (s.o. Talions-Prinzip). Die nicht durch das „Gleich-um-Gleich-Prinzip“ begrenzten Reaktionen führten zu gesellschaftlichen „Flächenbränden“, welche die Existenz einer ganzen Gesellschaft in Frage stellten (Blutrache ...). Aus diesem Grund stellte die Erfindung des „Aug' um Auge-Prinzips“ einen ersten Versuch der Begrenzung der normbestätigenden Reaktionen dar. Dieses Prinzip erweist sich jedoch bei der weiteren Entwicklung der Gesellschaft als nicht flexibel genug. Bei dem Talionsprinzip (analog) bleibt die normbestätigende Reaktion zu eng an die zu vergeltende Tat gekoppelt. Erst die „Erfindung“ der Schuld ermöglicht die Umwandlung der „analogen Strafe“ (Aug' um Auge) in eine „digitale Strafe“ (Freiheit/Geld um Auge). Unter Verwendung der imaginären Größe „Schuld“ verschafft sich die Gesellschaft im Hinblick auf ihre normbestätigenden Reaktionen größere Freiheitsmöglichkeiten. Hierbei fungiert die imaginäre Größe „Schuld“ als eine Art „Umrechnungsfaktor“. Auch wenn dieser Gedankengang zunächst als abenteuerlich erscheinen mag, wird jedem einleuchten, daß die moderne Gesellschaft nicht mehr auf die schlichte Symmetrie von Aug' um Auge, Holocaust um Holocaust zurückgreifen kann. Die Denkfigur der Schuld stellt so gesehen einen „Ausweg“ aus der tragischen Verkettung von Gleich um Gleich dar. Möglicherweise besteht hier ein Zusammenhang mit der griechischen Tragödie: dort wird der Schicksalszusammenhang nicht durch die individuelle Schuld „unterbrochen“. Um also der normbestätigenden Reaktion jenseits von „Aug' um Auge“ eine konkrete Dimension (Maß) zu geben, wird die Strafe an der **Schuld gemessen**. Nur mit Hilfe des Begriffs der **Schuld** kann die „**Umrechnung**“ von „**Aug' in Geld** oder **Freiheitsbeschränkung**“ erfolgen. **Erst die Fiktion der Schuld ermöglicht die Umrechnung des „Hämatoms“ in „Tagessätze“**. Viele moderne Beobachter des Strafrechts behaupten, daß es sich bei der Schuld um einen „metaphysischen Begriff“ handle. Der Begriff der Schuld ist jedoch nicht „metaphysischer“ als andere zentrale Kategorien unseres Strafrechts – oder unserer Gesellschaft. Der Begriff der Schuld ermöglicht „nach außen“ – also für die Beobachter – die Zumessung der Sanktion: wenig Schuld bei Falschparken, viel Schuld bei Banküberfall. Für das handelnde Subjekt („nach innen“) ermöglicht der Begriff der Schuld den Aufbau des Gewissens und damit den Aufbau der Persönlichkeit. Das menschliche Zusammenleben würde in aller Kürze zusammenbrechen, wenn wir uns nicht wechselseitig Freiheit und Schuld unterstellen würden. Es wird ja bereits schwierig genug, wenn entsprechend geschulte Personen im privaten Zusammenleben sich wechselseitig das Unbewußte – also eine Art von Determination – vorhalten.

Aus diesem Grund haben die Juristen Schwierigkeiten, den TOA als Wiedergutmachung im Strafgesetzbuch – mit den an der Schuld zu orientierenden Sanktionen – dogmatisch einzuordnen, weshalb „neue Strafzwecke“ konstruiert wurden. Dieter Rössner versteht den TOA in diesem Sinne als „**eigenständigen Strafzweck**“.¹⁴

Es geht somit für die Strafzweckdogmatiker um die Frage, inwieweit der TOA mit dem Schuldprinzip als dem maßgeblichen Zumessungsgesichtspunkt der staatlichen Strafe zu vereinbaren ist. Hierbei vertreten einige die Auffassung, daß **Schuld** nicht nur durch das **Erleiden eines Strafübels (Strafe)**, sondern auch durch das Erbringen einer **positiven Leistung (Wiedergutmachung) ausgeglichen** werden kann. Diese dogmatische Flexibilisierung (Schuldausgleich durch Wiedergutmachung) bestätigt die – siehe oben – soziologischen Überlegungen, wonach der Begriff der Schuld die Entkopplung von Normverletzung und normbestätigender Reaktion ermöglicht. Die von Dieter Rössner vorgeschlagene Lösung läßt sich – ob man sie für dogmatisch korrekt hält oder nicht – so gesehen als eine konsequente Fortsetzung in der Entwicklung der normbestätigenden Reaktionen sehen.

Manche Autoren meinen deshalb, daß der TOA wegen dieser Andersartigkeit der Sanktion nicht in das Strafgesetzbuch passe. Diese Auffassung ist richtig, sofern das Strafgesetzbuch nach wie vor als **Strafgesetzbuch** bezeichnet wird. Daran zu denken wäre für die Zukunft, das Strafgesetzbuch in ein Kriminalgesetzbuch umzubenennen. Dieser Begriff würde auf der Seite der **Rechtsfolgen aller Möglichkeiten** offen lassen. Andererseits dürfte auf jeden Fall klar sein, daß der TOA in kein anderes Buch als in das Strafgesetzbuch paßt.

Fazit: Sofern der **TOA** als eine **weitere Differenzierung des modernen Rechts** – unter Wahrung der bisherigen Errungenschaften – begriffen und umgesetzt wird, läßt er sich in das moderne Strafverfahren integrieren – wenn auch mit **Schwierigkeiten bei der „Schulldogmatik“**. Voraussetzung hierfür ist zum einen die **rechtsstaatliche Kontrolle**, die dadurch gewährleistet wird, daß Staatsanwaltschaft (und Gericht) sowohl über die Frage entscheiden, **ob** ein TOA durchgeführt wird (wenn es um die mögliche Einstellung der Verfahrens geht), als auch über die Frage, was **nach** Durchführung des TOA geschieht, ob das Verfahren tatsächlich eingestellt wird oder ob trotz Durchführung des TOA eine Anklage erhoben wird.

Die – oben bereits beschriebene – Delegation des TOA in das spezielle Mediationsverfahren kann jedoch nur „riskiert“ werden, wenn sichergestellt ist, daß der TOA unter **professionellen Bedingungen** (vgl. Therapie, Psychoanalyse) durchgeführt wird.¹⁵

III. TOA – in der altertümlichen Justiz?

Wie bereits dargestellt, hat sich die Gesetzeslage massiv verändert, nachdem der TOA an zahlreichen Stellen Eingang in das Strafgesetzbuch und in die Strafprozeßordnung gefunden hat (**§§ 46a, 59aII1, 56II2, 56bIII StGB; §§ 153aI1,5, 153b, 155a, 155b StPO**).

¹⁴ D. Rössner, Wiedergutmachung statt Übelvergeltung, in: Marks/Rössner, Täter-Opfer-Ausgleich, 1989

¹⁵ Da sich die Juristen gelegentlich durch die Erfindung sonderbarer Fälle auszeichnen, möchte ich den folgenden – fiktiven – Mediationsfall zur Diskussion stellen:

TOA wegen Hausfriedensbruchs:

Der Täter (nennen wir ihn der Einfachheit halber Masoch) hat gegen den Willen des Berechtigten (nennen wir ihn der Einfachheit halber Sade) dessen Schrebergarten betreten und sich auf die Aufforderung des Berechtigten namens Sade nicht sogleich aus dem Schrebergarten entfernt. Täter und Opfer einigen sich – spezialpräventiv – dahingehend, daß die Amputation beider Füße ausreiche, um das Strafverfolgungsinteresse des Opfers namens Sade zu befriedigen. Masoch ist sehr glücklich angesichts dieser Einigung ... Dieser Beispielfall soll einerseits darauf hinweisen, daß auch der TOA nur unter professionellen Bedingungen durchgeführt werden darf, daß also ein professioneller Garant notwendig ist, um die in diesem Fall beschriebene Einigung und deren Umsetzung zu verhindern. Gleichzeitig mag dieser Fall auch demonstrieren, daß es sich bei der Idee der „absoluten Parteiautonomie“ im TOA um eine „Lebenslüge“ der Mediation handeln könnte. Wie dieser sado-masochistische Fall zeigt, darf die Mediation nicht im rechtsfreien Raum stattfinden.

Wie immer wieder zu Recht festgestellt wird, stellt der TOA ein **neues Denkmodell im System der Strafzwecke** dar. Wenn wir dieses neue Denkmodell anwenden, geht es nicht nur darum, daß wir – wie bei der Änderung eines Paragraphen – uns „juristisch“ auf die neue Gesetzeslage einstellen. Bei der Einführung eines neuen „**Paradigmas**“ geht es eben auch darum, daß die mit den verschiedenen Paradigmen verbundenen **mentalen Einstellungen** sich als **flexibel** erweisen.

Es ist vermutlich kein Zufall, daß der TOA im Bereich des **Jugendstrafrechtes** zunächst die breiteste und am meisten akzeptierte Anwendung fand. Das liegt möglicherweise daran, daß Jugendstaatsanwälte sich an zwei Phänomene gewöhnt haben, die bei der Anwendung des TOA eine Rolle spielen:

- Jugendstaatsanwälte haben sich daran gewöhnt, daß sie bei der Erledigung ihrer Aufgaben mit **Institutionen kooperieren** müssen (dürfen), die gegenüber der Justiz **eigenständig organisiert** sind. Jugendstaatsanwälte sind somit damit vertraut, daß sie die Verfahren **nicht vollständig in eigener „Regie“ durchführen können**.
- Außerdem ist den Jugendstaatsanwälten der Gedanke vertraut, daß die Strafe als Übelzufügung nicht die einzig mögliche Reaktion auf strafbares Verhalten sein muß. Der oft zitierte und durchaus nicht unumstrittene „**Erziehungsgedanke**“ im Jugendstrafrecht bedeutet auf der Ebene der sog. „**Strafzwecke**“, daß der staatliche Strafanspruch zurücktreten kann, wenn **erzieherische Maßnahmen** – soziologisch gesprochen als **funktionale Äquivalente** – an die Stelle der Strafen getreten sind.

Diese Überlegungen machen plausibel, daß der TOA im Bereich des Jugendstrafrechtes zunächst die günstigsten Bedingungen für eine Umsetzung in der Justiz fand.

Als Juristen sind wir nicht nur Rechtslogiker – auch wenn wir diese Denktechniken während des Studiums trainieren –, die ohne emotionale Beteiligung Sachverhalte unter Tatbestände subsumieren. Vielmehr sind wir Juristen – wie im übrigen auch die Nichtjuristen – durch die allgemeinen Lebenserfahrungen und die spezielle **berufliche Sozialisation geprägt**, woraus sich spezifische „**Einstellungen**“ ergeben können. Wir müssen bei einem derartig fundamentalen Paradigmenwechsel nicht nur auf der logischen Ebene umdenken, sondern uns in einem tieferen Sinne neu orientieren. Diese Neuorientierung kann dann zunächst zu Veränderungen des persönlich-privaten Selbstbildes, aber im weiteren Verlauf auch des beruflich definierten Selbstbildes („corporate identity“) führen. Man muß sich immer wieder neu der Frage stellen, wie man seinen Beruf definiert bzw. worin man den „Sinn und Zweck“ der Tätigkeit sieht.

Bei dieser Änderung des Selbstbildes muß man als Staatsanwalt – trotz der **Sachleistungsbefugnis** – die Vorstellung aufgeben, daß man über alles die Kontrolle haben könne. Die Kontrolle der Justiz beim Strafverfahren mit „eingefügter Mediation“ besteht in der **Auswahlkontrolle (vorher)** und in der Kontrolle durch die **Abschlußverfügung (nachher)**. Die Delegation in das Mediationsverfahren sollte vom Grundsatz des **Vertrauens in die Professionalität** dieses Verfahrens getragen sein. Das Vertrauen in die Qualität der Mediation hat deshalb eine überragende Bedeutung. Das **Rechtssystem** arbeitet mit **Zuständigkeiten** (Ämtern, Stellen ...); d.h. der Staatsanwalt erhebt die Anklage, wenn er die rechtlichen Voraussetzungen als gegeben ansieht – ob ihm der zuständige Richter gefällt oder nicht. Das Verfahren der **Mediation** – bei der die Kommunikation im Vordergrund steht und nicht die Entscheidung – ist **personenorientierter**. Deshalb wird sich die Frage der möglichen Delegation an dieses Mediationsverfahren – abgesehen davon, daß § 155a StPO eine **Sollvorschrift** und § 170 StPO (Erhebung der Anklage) eine **Mußvorschrift** ist – an den **Mediatoren als individuellen Personen orientieren**.

Im Vergleich mit anderen Professionen ergibt sich für die Tätigkeit des Staatsanwalts eine **unübersichtlichere Motivationslage**, wie ein Vergleich mit der Wirtschaft zeigt.

Dort ist die Motivationssituation durch das Prinzip der Wirtschaft selbst – die **Profitmaximierung** – definiert.¹⁶

Strafmaximierung kann in unserem Beruf nicht diese Stelle einnehmen. Auch wenn man sich als bedeutend erleben mag, wenn die eigene Tätigkeit – zumindest in der regionalen Presse – öffentlich erwähnt wird, kann das Ziel der Tätigkeit nicht in der Aufmerksamkeit bestehen, die einem spektakuläre Fälle verschaffen können. Der Staatsanwalt muß als „Strafverfolger“ seine **Identität** auch im **gelingenden Konfliktmanagement** – welches regelmäßig in aller Stille geschieht – suchen. Als Jugendstaatsanwalt kann man zahlreiche Erfolgserlebnisse in der Weise haben, daß man bei der Durchführung eines Verfahrens – ob mit oder ohne Hauptverhandlung – an einem für alle Beteiligten (Angeklagten, Opfern, Eltern, Polizeibeamten, Sozialarbeitern ...) zufriedenstellenden Ergebnis mitwirken kann. Das Ziel unserer Tätigkeit besteht in der Befriedung von Konflikten, im Rechtsfrieden. Wir müssen deshalb das Strafrecht mehr in der Richtung eines **Kontrollrechtes zur Wiederherstellung und Sicherung des Rechtsfriedens verstehen** – so lautet eine Formulierung von Dieter Rössner.

IV. Innovation und Bürokratie

Angesichts der **hohen Fallbelastung**, welche **Staatsanwälte** bewältigen müssen, kann die Implementation einer neuartigen Verfahrensweise jedoch nur gelingen, wenn diese **reibungslos im bürokratischen Alltag**¹⁷ umgesetzt werden kann. Im Jugendstrafrecht haben wir diesen reibungslosen Umsatz bereits erreicht. Im Erwachsenenstrafrecht scheint es hieran deutlich zu fehlen.

Wenn neue Regelungen – wie in unserem Fall die bereits mehrfach genannten zahlreichen den TOA betreffenden Paragraphen – in einer Organisation, die angesichts des Massenarfs nur mit **Routine** über die Runden kommen kann, umgesetzt werden sollen, muß zum einen die **Überzeugung von der inhaltlichen Richtigkeit** der anzuwendenden Regelungen vorhanden sein. Hierzu habe ich bereits einiges angemerkt.

Die beste Überzeugung nützt jedoch nichts, wenn die Umsetzung nur mit „Hindernissen“ möglich ist.

An dieser Stelle muß man leider über **banale Sachverhalte** sprechen:

Für den **TAO im Jugendstrafrecht** benötige ich zwei verschiedene Formulare, die ich bei Bedarf in Sekundenschnelle aus der Schublade ziehen kann. Das erste Formular verwende ich für die Einleitung des TOA (dieses Formular geht mitsamt Mehrfertigung der Akten an die JGH). Mit dieser Übersendung wird der Fall von der Geschäftsstelle als „erledigt“ (Zählkarte) ausgetragen. Ob nun das „Projekt Handschlag“ zwei Monate oder sechs Monate für die Durchführung des TOA benötigt, spielt dann bürointern (Rückstandsliste) keine Rolle mehr.

Falls der Fall als mit Erfolg durchgeführter TOA in Form eines Abschlußberichtes an die STA zurückgemeldet wird, genügt ebenfalls ein kurzer Griff, um das zweite Formular auf den Tisch zu bringen. Hierbei handelt es sich um einen Vordruck für die Erledigung nach § 45 Abs. 2 JGG. Seitdem sämtliche Diversionsmaßnahmen mit der Auftragserteilung – z.B. an die JGH – bei „uns“ (STA Tübingen) statistisch als erledigt geführt werden, ist die Diversionsrate merklich angestiegen. Auch wenn der TOA „nur“ bei etwa 70 % der Fälle mit Erfolg durchgeführt und das Verfahren anschließend nach § 45 Abs. 2, JGG eingestellt werden kann, ist mit dieser Erledigungsart keine Mehrarbeit verbunden, da die Auftragserteilung mit keiner Arbeit für den Schreibtisch (es gibt nichts zu schreiben – allerdings muß die Geschäftsstelle den Fall „austragen“ – **Zählkarte**) verbunden ist und da

¹⁶ Eine vergleichbare eindeutige Motivation ergibt sich in jedem Sommer zu Beginn der Bundesliga-Saison für die mitspielenden Vereine ... alle wollen Meister werden.

¹⁷ Der Begriff Alltag ist ausnahmsweise korrekt gebraucht. Der bürokratische Sonntag findet nämlich nicht statt. Hingegen habe ich mich oft gefragt, was mit den in den Sozialwissenschaften so bezeichneten **Alltagstheorien** an Sonn- und Feiertagen geschieht.

die Abschlußverfügung ebenfalls in den meisten Fällen schnell diktiert werden kann. Hinzu kommt die Zeitersparnis, was den Sitzungsdienst bei den Amtsgerichten angeht (diese Zeitersparnis kommt allerdings nicht dem Sachbearbeiter, sondern der ganzen Behörde zugute) – von der Entlastung der Amtsgerichte ganz zu schweigen. Die inzwischen hohe Diversionsrate hat meines Erachtens dazu geführt, daß die Amtsgerichte (Jugendrichter) trotz stetig steigender Fallbelastungen im Jugendstrafrecht von diesem Anstieg nicht betroffen wurden. Die Mehrarbeit in den Fällen der „gescheiterten“ TOAs kann vernachlässigt werden, da diese Mehrarbeit lediglich in der **Auswahl des Falles** mit der **beschriebenen Formularausfüllung** besteht. Mit anderen Worten: Im Jugendstrafrecht konnte die Anwendung des TOA mühelos in den Arbeitsablauf integriert werden, zumal die Aktenversendung an die JGH „mit der Bitte um Bericht“ (wegen zu erwartender Anklage) in jedem Fall erfolgt, es sei denn, daß die Akte auf den ersten Blick bereits erkennen läßt, daß wegen folgenloser Einstellung (§ 45 Abs. 1 JGG oder § 170 Abs. 2 StPO) die Mitwirkung der JGH nicht erforderlich ist.

Ganz anders sieht es bisher im Bereich des Erwachsenenstrafrechts aus:

Die Rationalisierung der Schreibtätigkeiten in der Justiz durch Einführung des „Sijus-Straf“-Schreibsystems hat zwar dazu geführt, daß die vorhandenen, griffbereiten Texte rationeller gefertigt werden können. Gleichzeitig hat die Einführung eines solchen Systems jedoch auch dazu geführt, daß **nur noch standardisierte Texte verfaßt** werden können. Als ich vor etwa zwei Jahren einen gelungenen TOA durch Anfertigung mehrerer Einstellungsverfügungen abschließen wollte, stellte ich fest, daß bei den fünf Personen, die am TOA erfolgreich teilgenommen hatten, ein erwachsener Beschuldigter beteiligt gewesen war. Mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung hatte ich das Formular gefunden (§ 46a StGB in Verbindung mit § 153b StPO), welches wir vor längerer Zeit für den Dienstgebrauch (Marke Eigenbau) angefertigt hatten. Nachdem ich dieses Formular entsprechend ausgefüllt hatte, wurde mir vom Serviceteam erklärt, daß diese Erledigung mit dem vorhandenen System nicht umgesetzt werden könne. Aus diesem Grunde blieb der Fall eine längere Zeit in meinem Dezernat „liegen“. In der Folgezeit achtete ich verstärkt darauf, daß kein Erwachsener mehr bei der Durchführung eines TOA beteiligt war.

Ich habe – allerdings erst bei der Vorbereitung dieses Vortrages – festgestellt, daß in unserem neuen Texthandbuch (Sijus-Straf) ein Textbaustein für die Einleitung eines TOA (vorläufige Einstellung des Verfahrens gemäß § 153a Abs. 1 Nr. 5 StPO) und ein weiterer Textbaustein für die endgültige Einstellung gemäß § 153a StPO nach erfolgreicher Durchführung des TOA seit kurzem vorhanden ist.

Bei den Tagungen in Oldenburg und Hannover hat sich jedoch insoweit folgendes Problem herausgestellt: Was geschieht, wenn sich der Täter im Sinne dieser Vorschrift bemüht hat, der TOA jedoch nicht gelingt, da das Opfer hierzu nicht bereit ist? In diesem Fall sind die Bedingungen für die endgültige Einstellung des Verfahrens erfüllt, weshalb der Staatsanwalt das Verfahren einstellen **muß** und nicht mehr auf eine andere Maßnahme (z.B. auf die Zahlung eines Geldbetrages an eine gemeinnützige Einrichtung) „umsteigen“ kann. Allein dieses „Risiko“ wird viele Staatsanwälte von der Anwendung des neuformulierten § 153a Abs. 1 Nr. 5 StPO „abschrecken“. Andererseits ermöglicht nur § 153a StPO die „vorläufige Erledigung“ mit der zählkartenmäßigen Austragung des Verfahrens (s.o.: Diversion JGG).

Die sowohl für den Jugend- als auch für den Erwachsenenbereich genannten Fälle betreffen bisher – im wesentlichen – die Variante, daß die Durchführung des TOA zur **Einstellung des Verfahrens** führen soll. Das **Verbrechensbekämpfungsgesetz von 1994** hat mit der Einführung des **§ 46a StGB** jedoch insbesondere auch daran gedacht, den TOA anzuwenden, wenn aufgrund der **Schwere der Schuld keine Einstellung des Verfahrens in Frage kommt**. Von dieser Möglichkeit wird – soweit ich sehe – bisher nahezu kein Gebrauch gemacht (ein entsprechender Textbaustein ist für die Variante § 46a StGB in Verbindung mit § 153b StPO nicht vorhanden, s.o.). Insgesamt kann vorläufig festgestellt werden, daß die **Gesetznovelle vom Dezember 1999** sich auf die Anwendung des TOA im Erwachsenenbereich bisher nicht oder nur kaum bemerkbar gemacht hat. Möglicherweise würde eine genauere Untersuchung ergeben, daß, soweit der

TOA in „Beziehungsfällen“ (z.B. Körperverletzung unter nahestehenden Personen) durchgeführt wurde, die Einstellung anschließend – nach Rücknahme des Strafantrags – nach § 153 StPO oder gar nach § 170 Abs. 2 StPO erfolgte. Für diese Fälle wäre eine Änderung des Gesetzes gar nicht erforderlich gewesen.

Ich denke, daß durch diese Ausführungen der Begriff „altertümliche Justiz“ etwas an Anschaulichkeit gewonnen hat.

Was die Anwendung des TOA im Erwachsenenbereich betrifft, möchte ich nun mit einer persönlichen Einschätzung schließen:

Eine der immer wieder diskutierten Fragen läuft darauf hinaus, wer denn den TOA durchführen solle, die bei der Staatsanwaltschaft situierte **Gerichtshilfe** oder ein **freier Träger**? In der Jugendabteilung haben wir bei der Staatsanwaltschaft Tübingen nunmehr 15 Jahre lang Erfahrungen mit dem freien Träger „Projekt Handschlag“ gesammelt. Die Justizverwaltung in Baden-Württemberg hat sich offenbar dafür entschieden, den TOA durch die **Gerichtshilfe** durchführen zu lassen. Diese Lösung ist sicherlich kostengünstig. Wenn man – so wie ich – den TOA als „autonomes Verfahren“ (Mediation) ansieht, ist die Beauftragung eines freien Trägers mit Sicherheit zu bevorzugen – allerdings auch teurer (im Bereich des Jugendstrafrechts werden die Kosten für die Durchführung des TOA von der Jugendhilfe – also in unserem Bereich von den Landkreisen – getragen). Für den Fall, daß die Durchführung des TOA allein der Gerichtshilfe überlassen bleibt, befürchte ich, daß der TOA sich mehr in die Richtung einer Schadenswiedergutmachung ohne die spezifischen Elemente der Mediation entwickeln wird. Mir schwebt insoweit eine differenzierte Lösung vor: In ähnlicher Weise, wie wir im Jugendstrafrecht die **JGH** mit der Durchführung von **Schadenswiedergutmachungen** mit dem Ziel der Einstellung des Verfahrens nach **§ 45 Abs. 2 JGG** beauftragen, wohingegen für die Durchführung des insgesamt viel aufwendigeren TOA der freie Träger „Projekt Handschlag“ in Anspruch genommen wird, könnte ich mir eine konkurrierende Lösung für den Erwachsenenbereich vorstellen. Hierbei würde sich dann ggf. herausstellen, daß gewisse Fälle besser durch die Gerichtshilfe im Hause des Staatsanwalts (unter dessen „Sachleitung“) durchgeführt werden können und daß für die schwierigeren Fälle (die eigentlichen Mediationsfälle) ein freier Träger für die Durchführung des TOA geeigneter sein wird. Auf jeden Fall wird bei der Etablierung des TOA im Erwachsenenbereich entscheidend sein, daß die Staatsanwälte nicht nur von dem **TOA als Institution** überzeugt sind, sondern auch **Vertrauen in die Kompetenz der Konfliktregler**, seien diese nun als Gerichtshelfer bei der Staatsanwaltschaft oder als Mitarbeiter bei einem freien Träger tätig, haben – und daß die „Umsetzung“ die alltägliche Routine nicht nachhaltig stört.

Freundlicherweise hat uns Staatsanwalt Christian Solte die schriftliche Fassung der Referate zum Abdruck zur Verfügung gestellt, welche der Verfasser bei Fortbildungsveranstaltungen für Staatsanwälte in Oldenburg und Hannover im November und im Dezember 2000 gehalten hat.