

Kontrafaktisches Behaupten oder kognitives Lernen – Bemerkungen zur strafgesetzlichen Abwicklung nicht erfüllter Erwartungen

Von Dr. Gloria Berghäuser, Erlangen*

Für das Individualbewusstsein wie für das Kollektibewusstsein (Durkheim) ist die ausbleibende Erfüllung von Erwartungshaltungen integrativer Bestandteil eines Lernprozesses, in dem sich das Bewusstsein entweder an die tatsächlichen Verhältnisse adaptieren oder gegenüber der erfahrenen Enttäuschung kontrafaktisch behaupten kann. Haben Erwartungen Eingang in die strafgesetzliche Teilrechtsordnung gefunden, sieht sich durch deren (zunehmende) Nichterfüllung mit hin auch das Recht vor die Wahl gestellt, inwieweit es der potenziell innovativen Wirkung rechtswidrigen Verhaltens Raum lässt oder die eigene Autorität im Wege der Ablehnung konsolidiert. In dieser Unterscheidung (des kognitiv zu Erlernenden vom kontrafaktisch zu Behauptenden) bietet ihm die („bestimmte mittlere“) Intensität der nicht erfüllten Erwartung Orientierung, die auch deshalb hinreichend ausgeprägt sein muss, damit die eingeschränkten Kommunikationsmechanismen einer Rechtsordnung verfangen können.

I. Kognitives Lernen

Erwartungen sind ein prägendes Merkmal des Strafrechts, deren Enttäuschung ist wohl das prägendste. Dabei meint der Begriff der Enttäuschung, worauf in jüngeren Jahren etwa *Augsberg* wieder hingewiesen hat, mehr als nur die Nichterfüllung einer Erwartung.¹ Wer eine Erwartung hegt, der richtet seinen Blick von der Gegenwart auf das Kommende und formt eine Vorstellung, wie sich die von ihm wahrgenommenen gegenwärtigen Verhältnisse entwickeln werden. Dass eine solche Erwartung nun mitunter nicht erfüllt wird, ist ihrem Bezug auf die Zukunft geschuldet, die immer nur prognostiziert, in Ermangelung der Kenntnis aller Wirkfaktoren aber nie mit Gewissheit vorhergesagt werden kann – sodass es nicht unüblich ist, wenn ein künftiges Ereignis entgegen der ursprünglichen Einschätzung doch nicht eintritt. Diese Diskrepanz zwischen vorgestellter Zukunft und alsdann tatsächlich erfahrener Gegenwart kann in Abhängigkeit vom Inhalt der Erwartungshaltung entweder negativ oder positiv empfunden werden, weshalb es an dieser Stelle angebracht scheint, zunächst wertfrei von nicht erfüllten² statt –

* Die *Verf.* ist Habilitandin an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und wird mit einem Stipendium aus besonderen Mitteln gefördert, die der Freistaat Bayern zur Realisierung der Chancengleichheit für Frauen in Forschung und Lehre (FFL) im Staatshaushalt bereitstellt. In Übertragung auf die „Lernfähigkeit und Lernresistenz eines Strafrechtsprofessors“ wurden vorliegende Bemerkungen erstmals zur sog. Festschrift [sic] für Hans Kudlich zum 50. Geburtstag beigetragen (Privatdruck) und seither nochmals überarbeitet; Stand: 14.2.2025.

¹ *Augsberg*, JZ 2020, 425.

² Nicht erfüllt i.S.v. „nicht Wirklichkeit geworden“; vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 10. Aufl. 2023, S. 549 mit Ziff. 4 zum Stichwort „erfüllen“. Negativ empfunden

eher negativ beurteilend – von unerfüllt bleibenden³ oder gar enttäuschten⁴ Erwartungen zu schreiben.

Vor allem aber kann eine solche Erfahrung zur Grundlage kognitiver Lernprozesse werden, in denen Erwartungen an die erlebte Diskrepanz anpasst werden. Man spricht dann von kognitiven Erwartungshaltungen, die auf faktische Entwicklungen reagieren.⁵ Beispielsweise vertrauen Menschen (auch dank der statistischen Wahrscheinlichkeiten) gemeinhin auf das Ausbleiben von Verletzungen, solange sie sich geraume Zeit unbehelligt von Schadensereignissen durch ihren Alltag bewegt und Entsprechendes bei ihren Mitmenschen beobachtet haben. Ihr Leben kann sich unter der stillschweigenden Prämisse entfalten, dass man von möglichem Schaden regelmäßig unbehelligt bleibe, gleich, ob solcher durch die Natur, indirekt durch menschliches Vorverhalten oder unmittelbar durch verletzende Einwirkung eines menschlichen Gegenübers droht: Man setzt voraus, dass im Wald schon kein Baum umstürzt und einen unter sich begräbt, dass einem kein Ziegel auf den Kopf fällt, wenn man ein Haus mit renovierungsbedürftigem Spitzdach passiert, und auch, dass kein Gesprächspartner einem unvermittelt einen (Messer-)Stich mitten ins Herz versetzt. Erst derlei grundsätzliches Vertrauen in eine vorläufig erfahrene (faktisch erlernte) Gefahrlosigkeit der eigenen Lebenswelt macht es ursprünglich möglich, dass Menschen bedenkenlos ihr Verhalten wählen, in den hier benannten Beispielen also unbesorgt durch den Wald spazieren, gelassen am Haus der Nachbarn vorbeigehen oder beruhigt die Nähe eines anderen zulassen. Werden die zugrunde liegenden kognitiven Erwartungen aber nicht mehr erfüllt, drohen die Bedingungen für einen neuen, inhaltlich entgegengesetzten Lernprozess einzutreten, in dem die betroffene Person feststellt, dass ihre bisherigen Annahmen unzutreffend waren, und sie ihr Verhalten an diesen Erkenntnisgewinn womöglich anpassen wird. Bedenkenlose Spaziergänge oder

würde z.B. die Nicht-Erfüllung einer Hoffnung, positiv die Nicht-Erfüllung einer Befürchtung.

³ Das Präfix „un-“ transportiert in der deutschen Sprache zwar nur die Verneinung des zugrundeliegenden Adjektivs oder adjektivisch gebrauchten Partizips (vgl. insoweit Fn. 2), wird in Verbindung mit dem Partizip „erfüllt“ aber üblicherweise negativ wertend verwendet, wenn z.B. auf unerfüllte „Wünsche, Sehnsüchte, Hoffnungen“, „Forderungen, [...] Bitten“ oder gar auf ein „unerfülltes Leben“ Bezug genommen wird; vgl. Duden (Fn. 2), S. 1882 mit Ziff. 1, 2 zum Stichwort „unerfüllt“. Demgegenüber wäre es mindestens unüblich, positiv wertend beispielsweise von „unerfüllten Befürchtungen“ zu schreiben.

⁴ Enttäuschen i.S.v. „jmds. Hoffnungen, Erwartungen nicht erfüllen, sodass er unzufrieden, niedergeschlagen, verstimmt ist“; Duden (Fn. 2), S. 539.

⁵ *Luhmann*, Rechtssoziologie (Erstveröffentlichung 1972), 3. Aufl. 1987, S. 42 im Anschluss an *Galtung*, *Inquiry* 1959, 213.

Kontaktaufnahmen könnten so alsbald der Vergangenheit angehören, wenn der kognitiv dazulernende Mensch an deren Stelle ein Vermeidungsverhalten setzt, wenigstens aber sein Verhalten einschränkende Vorsichtsmaßnahmen ergreift.⁶ In diesem Fall wie in jenem, in dem erstmalig Erwartungen anhand der tatsächlichen Verhältnisse geformt werden (wenn man also lernt, bezüglich eines bestimmten Themas überhaupt Erwartungen zu haben, die erfüllt oder nicht erfüllt werden können), wirkt die Realität auf eine im Werden begriffene Vorstellung ein.

II. Kontrafaktisches (Sich-)Behaupten

Demgegenüber reicht die Enttäuschung einer Erwartung verschiedentlich weiter als ihre bloße Nichterfüllung. Sprachlich transportiert der wertende Begriff der Enttäuschung (der nunmehr an die Stelle des rein beschreibenden Begriffs der Nichterfüllung tritt) ein Missfallen über das Ausbleiben des erwarteten Ereignisses,⁷ das – sofern man sich dessen Eintritt zum Ziel gesetzt hatte – gar mit dem Befund des Misslingens kombiniert sein kann.⁸ Mit diesem Missfallen korrespondiert die positive Besetzung der Erwartungshaltung, deren Nichterfüllung den Erwartenden nur solange unzufrieden o.ä. stimmen kann, wie er an ihr noch (als erstrebenswert, wahrscheinlich oder „richtig“) festhält. Mithin ist es nicht allein die negative Konnotation, welche die Enttäuschung von der bloßen Nichterfüllung einer Erwartung unterscheidet; hinzu tritt ein „gewisse[r] Widerstand, das Geschehene zu akzeptieren“, d.h., die unerfüllt gebliebene Erwartungshaltung an das faktische Erleben anzupassen und insoweit aufzugeben.⁹ Solange der Zustand der Enttäuschung währt, wählt man nicht den Weg der Akzeptanz des Erlebten und Adaption seines Erwartens, sondern interpretiert umgekehrt die tatsächlichen Verhältnisse im Licht seiner Vorstellungen. Während man im erdachten Sollen weiter den Regelzustand sieht, werden abweichende Vorkommnisse als Ausnahmen abgetan bzw. als Unrecht sanktioniert.¹⁰ Im Zustand der Enttäuschung erweisen sich Erwartungshaltungen insoweit als „lernresistent“.¹¹ Erwartet wird,

was geschehen *soll*, und nicht etwa (nochmals) das, was tatsächlich bereits geschehen ist.¹²

An die Stelle eines kognitiven Lernprozesses tritt so eine Lehre kontrafaktischer (normativer¹³) Erwartungen, in der das angestrebte Sollen mittels der Zurückweisung der erfahrenen Enttäuschung kommuniziert wird. Schon *Durkheims* Theorie der emotiven Dissonanz¹⁴ legt dar, wie ein Individuum die Konfrontation mit Vorstellungen, die seinen Überzeugungen zuwiderlaufen, als Bedrohung empfindet, weswegen es anlässlich einer solchen Gegenüberstellung eine ablehnende bis ausgrenzende Gefühlsreaktion zeigt, die seine infrage gestellte persönliche Wertewelt bestätigen soll. Daran anknüpfend verwundert es dann nicht, wenn die Begehung von Straftaten – welche sogar kollektive, d.h. summierte Überzeugungen antastet – eine entsprechende Reaktion des Staates nach sich zieht.¹⁵ In einem kommunikativ verstandenen Strafrecht¹⁶ folgt auf kriminelles Handeln die vergeltende und tadelnde Antwort des Staates, welcher der „Negation“ geltenden Rechts durch den Täter (bzw. einem gleichlautenden Handlungssinn, der dessen Verhalten zugeschrieben wird¹⁷) widerspricht.¹⁸ Mit dieser „ver-geltenden“¹⁹ Reaktion – die in ein die gefühls-

vgl. *ders.*, *Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 80; darauf hinweisend *Augsberg*, JZ 2020, 425 f.

¹² *Zusf. Augsberg*, JZ 2020, 425 (426) mit weiterführenden Nachweisen.

¹³ *Luhmann* (Fn. 5), S. 42 im Anschluss an *Galtung*, *Inquiry* 1959, 213.

¹⁴ *Gephart*, *Strafe und Verbrechen*, Die Theorie Émile Durkheims, 1990, S. 120. Zu *Durkheim* als „Begründer“ der Argumentationslinie, die der positiven Generalprävention zugrunde liegt, siehe *Müller-Tuckfeld*, *Integrationsprävention*, Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998, S. 145.

¹⁵ Zum Vorstehenden *Durkheim*, *Über soziale Arbeitsteilung*, Studie über die Organisation höherer Gesellschaften (Erstveröffentlichung: *De la division du travail social*, 1930), 1992, S. 148 ff.; dazu *Gephart* (Fn. 14), S. 120 ff.; *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 166 ff.

¹⁶ Exemplarisch für ein positiv-generalpräventiv ausgerichtetes Strafrecht *Hassemer*, *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*, 2008, S. 108.

¹⁷ Vgl. *Pawlik*, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, *Über die Legitimation staatlichen Strafans*, 2017, S. 17 f. und 30 (zum objektivierten Handlungssinn kriminellen Handelns).

¹⁸ Siehe etwa *Jakobs* (Fn. 6), 1/9 f.; *Hassemer* (Fn. 16), S. 11 f.; grundlegend *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Erstveröffentlichung 1820), hrsg. v. Grotzsch, 2017, S. 115 mit § 104 („Negation der Negation“), S. 108 f. mit §§ 99, 97. Für die unterschiedlichen Wortbedeutungen vgl. *Duden* (Fn. 2), S. 713 mit Stichwort „gelten“, vor *Ziff. 1: mittelhochdeutsch „zurückzahlen, entschädigen; für etwas büßen“*, *Ziff. 1: „gültig sein“*, *Ziff. 2: „etw. [Bestimmtes] wert sein“*.

¹⁹ Für die unterschiedlichen Wortbedeutungen vgl. *Duden* (Fn. 2), S. 713 mit Stichwort „gelten“, vor *Ziff. 1: mittelhochdeutsch „zurückzahlen, entschädigen; für etwas büßen“*, *Ziff. 1: „gültig sein“*, *Ziff. 2: „etw. [Bestimmtes] wert sein“*.

⁶ Siehe hierzu auch *Lesch*, JA 1994, 590 (597); *Jakobs*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1/4 ff.

⁷ Enttäuschung: „Nichterfüllung einer Hoffnung od. [sic] Erwartung, die jmdn. unzufrieden o.ä. stimmt“; *Duden* (Fn. 2), S. 539 und vgl. bereits Fn. 4.

⁸ Misslingen: „nicht den Bemühungen od. [sic] der Absicht gemäß gelingen“; *Duden* (Fn. 2), S. 1228.

⁹ Dazu und Zitat aus *Augsberg*, JZ 2020, 425. Der Sprachgebrauch ist indes nicht einheitlich; vgl. etwa nur *Luhmann* (Fn. 5), S. 42; *Lesch*, JA 1994, 590 (597) sowie *Jakobs* (Fn. 6), 1/4 ff. mit Fn. 7, welche die „Enttäuschung“ mit der Nichterfüllung einer Erwartung gleichsetzen. Während die Reaktion auf das Erleben vorliegend also in das Begriffsverständnis einbezogen wird (Enttäuschung als Zustand einschließlich Enttäuschungsabwicklung durch Widerstand), definieren letztere die Enttäuschung losgelöst davon.

¹⁰ Dazu u.a. *Augsberg*, JZ 2020, 425 (429) m.w.N.

¹¹ Begriff nach *Luhmann* (Fn. 5), S. 43, der von einer „Entschlossenheit, aus Enttäuschungen nicht zu lernen“, schreibt;

mäßigen Gründe rationalisierendes Verfahren eingebettet ist – zahlt der Staat nicht nur das Unrecht der Enttäuschung einer kollektiven Erwartungshaltung zurück. Er demonstriert zugleich den fortdauernden Geltungsanspruch seiner verletzen Norm, sodass sie und die mit ihr verbundenen Wert- und Unrechtsvorstellungen im positiv-generalpräventiven Sinne verstanden und aufgrund dieses Verständnisses sogar verinnerlicht werden können.²⁰ Dergestalt bestätigt und von der Enttäuschung (Straftat) als individuelle Anomalie abgegrenzt soll die normative Erwartung forthin das Verhalten im Sinne der vorgestellten Regelmäßigkeit prägen, wird also deren Aufrechterhaltung im Angesicht der Enttäuschung gelehrt und die alternative Anpassung an ihre Nichterfüllung unterbunden. Letztlich wird so der Anschein der Beherrschbarkeit von Gefahren vermittelt, mindestens die Autorität des „Herrschenden“ vor Enttäuschungen immunisiert – ein Konzept, das etwa bei *Herodot* sogar auf die Natur erstreckt worden ist²¹ und einen Erklärungsansatz auch für so manchen Tierprozess in der Rechtsgeschichte bieten mag.²² Im heutigen Strafrecht beschränkt man sich freilich darauf, erwartungswidriges menschliches Verhalten zu negieren (während Furcht vor einer sich dem menschlichen Einfluss entziehenden Natur allenfalls kognitiv wieder verlernt werden kann).

Anders als kognitive Erwartungen realisieren sich kontrafaktische, „lernresistente“ Erwartungshaltungen somit nicht erst, wenn sie (faktisch) erfüllt worden sind, sondern vorbehaltlich eines mit ihnen noch vereinbaren Hellfelds²³ bereits aus dem Grund, weil sie erfüllt worden sein sollen. Während man einen Zustand anstrebt, der dem gesellschaftlichen Nor-

malzustand noch nicht entspricht, setzt man als Mittel zu seiner Verwirklichung die Vorstellung ein, dass diese Entsprechung bereits bestände, und kombiniert diese mit dem Widerstand gegen sichtbar werdende Enttäuschungen. Wenn Normadressaten ihr Verhalten am vorgestellten Soll-Zustand als dem präsentierten Regelzustand ausrichten, vermag dieser so letztlich als eine „self-fulfilling prophecy“ zu wirken.²⁴

III. Auswahl der präferierten Erwartungsabwicklung

Die Nichterfüllung von Erwartungshaltungen ist damit nicht nur eine unausweichliche, weil empirisch normale Abweichung von Verhaltensannahmen; sie erweist sich auch als integrativer Bestandteil von Lernprozessen. Sie gibt Anlass zur Anpassung an die tatsächlichen Verhältnisse oder schafft im Falle der Enttäuschung eine Gelegenheit zur Stellungnahme, durch die sich der vorgestellte Soll-Zustand gegenüber individuellen Infragestellungen behaupten kann. Ausgestattet mit „alle[n] Symptomen der Normalität“²⁵ zählen demnach auch Straftaten zu den notwendigen Erscheinungen einer Gesellschaft, die sich wahlweise an ihrem Beispiel stabilisiert oder aber sich ihrer innovativen, d.h. evolutionären Wirkung aussetzt: Rechtswidriges Verhalten kann als Verhaltensenttäuschung den Status quo konsolidieren, wenn auf die Tat eine Strafe folgt und hierdurch die Autorität der jeweils verletzen Norm bestätigt wird.²⁶ Es kann alternativ aber auch einen Status ad quem ankündigen, wenn man der (zunehmenden) Tatbegehung zugesteht, eine Veränderung in den kollektiven Überzeugungen anzuzeigen, auf welche der – insoweit kognitiv lernende – Gesetzgeber mit einer Anpassung der geltenden Normen reagieren kann.²⁷ Im einen wie im anderen Fall vollzieht sich ein Fortschritt; von welcher Art dieser Fortschritt ist, darüber entscheidet die Reaktion, die der Abweichung von Verhaltensannahmen folgt.

Die strafgesetzliche Teilrechtsordnung kennt mithin beides, lässt gleichermaßen kognitive Lernprozesse zu wie sie über die Zurückweisung von Enttäuschungen kontrafaktische Normalitäten schafft. Wann aber gibt sie ersterem Raum und wann beschreitet sie letzteren Weg, d.h. hält der Erfahrung enttäuschter Verhaltensannahmen stand?

1. Bestehende Voraussetzungen

Eine grobe Skizze der Antwort auf diese Frage findet sich bereits in der Zielsetzung einer positiv-generalpräventiven Einflussnahme, die dem Schutz bestehender Erwartungen dient. Denn die Strafrechtsordnung produziert keine Wert-

²⁰ Zur „Einsicht“ als Erfolg positiv-generalpräventiver Lernprozesse in Abgrenzung zur verständnislosen Nachahmung oder „Furcht“ infolge klassischer Konditionierung oder rationaler Kosten-Nutzen-Kalkulation (Erfolge negativ-generalpräventiver Lernprozesse) siehe *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, Der symbolische Schutz des menschlichen Lebens in vivo und sein Fortwirken in einer allopoietischen Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft, 2015, S. 234 f.

²¹ *Herodot* (in: *ders.*, Historien, hrsg. v. Josef Feix, 7. Aufl. 2006, S. 7, 34–36) zeichnet ein Bild des persischen Großkönigs Xerxes I., nach dem dieser den Hellespont (heutige Dardanellen: Meerenge im Mittelmeer) habe auspeitschen lassen, ferner Fußfesseln und zwei Henker im Meer versenkt haben soll, damit diese die Meerenge brandmarkten. Dem vorausgegangen war der Zusammensturz zweier Brücken nach einem Sturm.

²² Simulierte Unterwerfung eines (tatsächlichen oder vermeintlichen) tierischen Gefahresträgers unter das Recht. Vgl. in diesem Kontext *Dinzelbacher*, in: *Deutsch/König* (Hrsg.), Das Tier in der Rechtsgeschichte, 2017, S. 413 ff., vgl. insb. S. 438; vgl. auch *ders.*, in: *Hirte/Deutsch* (Hrsg.), „Hund und Katz – Wolf und Spatz“, Tiere in der Rechtsgeschichte, 2020, S. 159 ff., insb. S. 161.

²³ Grundlegend zur normstabilisierenden Kraft von Dunkelziffern *Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, Dunkelziffer, Norm und Strafe, 1968, insb. S. 9, 14, 17 und 19; daran anknüpfend *Diekmann/Przepiorka/Rauhut*, Zeitschrift für Soziologie (ZfS) 2011, 74 ff.

²⁴ Dazu und Zitat aus *Augsberg*, JZ 2020, 425 (429) m.w.N.

²⁵ Zitat aus *Durkheim*, Die Regeln der soziologischen Methode, 1961, S. 156; weiter ausführend zur Normalität des Verbrechens *ders.* (a.a.O.), S. 156 ff.; Bezug nehmend *Schwind*, Kriminologie und Kriminalpolitik, Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 24. Aufl. 2021, § 7 Rn. 5.

²⁶ *Durkheim* (Fn. 25), S. 159; dazu *Schwind* (Fn. 25), § 7 Rn. 5.

²⁷ Zum Verbrechen als „Antizipation der zukünftigen Moral“ siehe *Durkheim* (Fn. 25), S. 160; grundlegend zu einem normativ geschlossenen und zugleich kognitiv offenen Rechtssystem *Luhmann* (Fn. 11), S. 85 ff.; anschl. *Augsberg*, JZ 2020, 425 (426) m.w.N.

vorstellungen und Anschauungen über Recht und Unrecht, sondern konserviert solche, die „im Volke lebend[ig]“ sind. Entsprechend liest man in verschiedenen Entscheidungen des BVerfG denn auch, dass Strafgesetze Wert- und Unrechtsvorstellungen „stärken und unterstützen“²⁸, „erhalten und [...] beleben“²⁹ oder „festigen“³⁰ sollen. D.h., man vollzieht ebenda eine Umschreibung des Strafzwecks nach, in der das Gericht Synonyme für eine *abbildende* Einwirkung auf Vorhandenes und nicht für eine *bildende* Erzeugung von etwas gänzlich Neuem verwendet.³¹ Gegenstand gesetzgeberischer Bemühungen sollen Regelungen sein, „die auch vom allgemeinen Rechtsbewußtsein getragen“³² werden. Widerstand gegen die Enttäuschung von Erwartungen ist mithin jedenfalls dann denknotwendig ausgeschlossen, wenn entsprechende Überzeugungen in der Gemeinschaft gar keinen Widerklang finden; sei es, dass sie nie vertreten wurden, oder sei es, dass sie zwischenzeitlich aufgegeben wurden. Wo keine kontrafaktisch aufrechtzuerhaltenden Erwartungen bestehen, entbehrt strafgesetzlicher Erwartungsschutz seinen ihn legitimierenden Anhalt und tut sich vorbehaltlich der unveränderlich zu achtenden „ewigen“ Verfassungsinhalte³³ stattdessen Raum für kognitives Lernen auf – solange, bis sich (womöglich) eine gesamtgesellschaftlich relevante Vorstellung herausgebildet haben wird, zu deren Enttäuschungsfestigkeit der Staat seinen Beitrag leisten kann.

2. Hinreichend intensive Erwartungen

Widerstand gegen Enttäuschungen ist außerdem aber überholt oder voreilig – und gemessen an der grundrechtlich garantierten Handlungsfreiheit unverhältnismäßig –, wenn kontrafaktische Erwartungshaltungen (unter Umständen auch nur in Teilen der Gesellschaft) zwar vorhanden sind, aber in den Worten *Durkheims* nicht „eine bestimmte mittlere Intensität“ haben, d.h. nicht „tief eingepägt“ oder „stark in uns verwurzelt“ sind.³⁴ So hat *Durkheim* für die strafrechtliche Teilrechtsordnung festgehalten, dass jene Ausdruck einer mechanischen Solidarität sei, welche aus Ähnlichkeiten erwachse,³⁵ nämlich ein kollektives Bewusstsein widerspiegele.³⁶ Dieses

Kollektivbewusstsein (conscience collective), das mehr als die Summierung der individuellen Bewusstseine sei, konkretisiert er weiter als die „Gesamtheit der gemeinsamen religiösen Überzeugungen und Gefühle im Durchschnitt der Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft“,³⁷ wobei man „religiös“ in einem weiten Sinne als „unhinterfragt“,³⁸ „als außerhalb oder über uns stehend empff[un]den“,³⁹ zu lesen hat. Damit korrespondiert die Schlussfolgerung, dass umgekehrt ein Mangel an Ähnlichkeiten – oder eine Abnahme solcher – sich gleichermaßen im Recht wird abbilden müssen. Denn hat sich eine Gesellschaft über den Wert eines Rechtsguts bzw. das Unrecht eines Verhaltens nicht⁴⁰ ein Urteil von mindestens „mittlerer Intensität“ gebildet (was seinerseits Gegenstand des Streits sein kann), haben sich vielleicht individuelle Überzeugungen, aber keine gesamtgesellschaftliche Erwartungshaltung herausgebildet, die in ihrem Bestand strafgesetzlich zu schützen wäre. Nicht nur die Existenz einer Überzeugung, sondern auch deren hinreichende Intensität präsentiert sich damit als Bedingung eines bewusstseinsabbildenden „Widerstands“ und stellt als solche die Weiche für die Wahl eines kontrafaktischen Sich-Behauptens anstelle eines kognitiven Lernens.⁴¹

3. Für die kommunikative Einwirkung der Rechtsordnung empfängliche Erwartungen

Diese Bedingung spiegelt sich folgerichtig auch in den begrenzten Wirkweisen eines positiv-generalpräventiv orientierten Strafrechts wider,⁴² das nicht nur seiner Idee nach, sondern auch in seiner Effektivität⁴³ auf Entsprechungen im Wert- und Unrechtsbewusstsein der von ihm adressierten Allgemeinheit angewiesen ist. Geleitet vom übergeordneten Zweck, eine „Einsicht“ in die durch es repräsentierten Wert- und Unrechtsvorstellungen zu bewirken,⁴⁴ verfolgt das Recht mittels Strafandrohung und -anwendung das unmittelbare

³⁷ Dazu und Zitat aus *Durkheim* (Fn. 15), S. 128; siehe *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 157 f.

³⁸ *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 158.

³⁹ *Durkheim* (Fn. 15), S. 150 (zur Religiosität des Strafrechts): „etwas Heiliges, das wir mehr oder weniger undeutlich als außerhalb oder über uns stehend empfinden“ (*Hervorhebungen* durch die Verf.).

⁴⁰ Einschließlich: noch nicht oder nicht mehr.

⁴¹ Zur Illegitimität von Strafregele ohne emotive Grundlage *Durkheim* (Fn. 15), S. 158 mit Fn. 45; *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 169 f. mit Fn. 101.

⁴² Ausführlich dazu und zum Nachfolgenden *Berghäuser* (Fn. 20), S. 212 ff.

⁴³ Effektivität i.S.e. Verwirklichung der Normziele in Abgrenzung von normativer Wirksamkeit i.S.e. Normbefolgung oder -durchsetzung bei Zuwiderhandeln; siehe *Neves* (Fn. 33), S. 43 f., 49 f.

⁴⁴ Zum übergeordneten Zweck eines Kommunikationsprozesses vgl. die Kommunikationstheorie *Ungeheuers* (Einführung in die Kommunikationstheorie, 3. Aufl. 2010, S. 10 f.: Beeinflussung der Einstellung oder Steuerung der konkreten Handlungen des Perzipienten); *Krallmann/Ziemann*, Grundkurs Kommunikationswissenschaft, 2006, S. 265 f.

²⁸ Vorstehende Zitate aus BVerfGE 88, 203 (253).

²⁹ BVerfGE 88, 203 (204 Ls. 10, 261).

³⁰ BVerfGE 45, 187 (256 f.).

³¹ Näher *Berghäuser* (Fn. 20), S. 127 ff. zur (verneinten) *Bildung* noch nicht vorhandenen Bewusstseins und (bejahten) *Abbildung* des bereits Gegebenen durch positiv-generalpräventiv motivierte Strafgesetze.

³² BVerfGE 39, 1 (66).

³³ Zur Verfassung als „Grenze für die Lernfähigkeit“ *Neves*, Symbolische Konstitutionalisierung, 1998, S. 65. Jenseits der Ewigkeitsklausel (Art. 79 Abs. 3 GG) ist allerdings auch diese Grenze lernfähig, u.a. einer dynamischen Auslegung zugänglich; *Berghäuser* (Fn. 20), S. 851.

³⁴ Zitate aus *Durkheim* (Fn. 15), S. 126; darauf hinweisend *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 162.

³⁵ *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 150.

³⁶ „Wir können also sicher sein, im Recht alle wesentlichen Varianten der sozialen Solidarität *widergespiegelt* zu finden“; *Durkheim* (Fn. 15), S. 112 (*Hervorhebung* durch die Verf.).

(Kommunikations-)Ziel, ein diesbezügliches Verständnis zu vermitteln.⁴⁵ Der einzelne Bürger als Teil der das Recht beobachtenden Allgemeinheit soll verstehend nachvollziehen können, welche Information ihm selbiges vermitteln will (eine bestimmte Verhaltensweise verwirkliche Unrecht, weil sie ein für schutzwürdig anerkanntes Rechtsgut verletze), um die von ihm zutreffend erfasste Information in sein Wert- und Unrechtsempfinden zu integrieren. Nicht nur die kommunikative Einflussnahme auf den Täter fällt dem Recht aber verschiedentlich schwer;⁴⁶ eine darüber hinaus reichende Einwirkung auf die Allgemeinheit setzt außerdem voraus, dass das Recht seine das Täterverhalten ablehnende Antwort öffentlich macht und man sein öffentliches Wirken auch verstehend zur Kenntnis nimmt.⁴⁷ Jedenfalls die unmittelbaren kommunikativen Zugänge der strafgesetzlichen Teilrechtsordnung sind indes eingeschränkt.⁴⁸ Die generell-abstrakte Strafandrohung (die auf einen antizipierten Normbruch antwortet) wird für sich genommen die „Einsicht“ einer Gesellschaft, in der die zu übermittelnden Vorstellungen noch *nicht* hinreichend Fuß gefasst haben, kaum herbeiführen können; Gleiches gilt für Entscheidungen der Gerichte als öffentliche Anwendung der Norm im konkreten Fall. Denn nur solche Gesetzesadressaten, welche die fraglichen Wert- und Unrechtsvorstellungen bereits verinnerlicht hätten, würden das Verstandene als Bestätigung erfahren, sodass es selbst bei spärlich bemessener Kommunikation in ihrem Bewusstsein verfängt.⁴⁹ Demgegenüber werden andere, denen diese Vorstellungen fremd sind, geneigt sein, sie zu hinterfragen, sodass es weiterer Überzeugung bedarf, bevor sie ihre innere Einstellung ggf. adaptieren. Die vergleichsweise wenigen Informationen, die Strafandrohung und -anwendung nach außen tragen, können dies – vorbehaltlich dessen, dass sie überhaupt zur Kenntnis genommen werden⁵⁰ – schwerlich leisten.⁵¹

⁴⁵ Verständigung zwischen Sender und Empfänger als „minimalste Bedingung dessen, was zwischenmenschliche Kommunikation heißen kann“; Zitat aus *Krallmann/Ziemann* (Fn. 44), S. 264 (zur Kommunikationstheorie *Ungeheuers*). In Übertragung auf die Kommunikation des Rechts *Berghäuser* (Fn. 20), S. 215 f.

⁴⁶ Aufgrund von Störungen auf dem Kommunikationsweg vom Sender zum Empfänger, ggf. fehlender Kompatibilität individueller Erfahrungen und mangelnder Wertungsklarheit gleich Verstehbarkeit der Inhalte; zusf. *Berghäuser* (Fn. 20), S. 238 ff. m.w.N.

⁴⁷ Zur Ausrichtung des Strafrechts nach außen siehe auch *Hassemer* (Fn. 16), S. 105 und 108.

⁴⁸ *Berghäuser* (Fn. 20), S. 213 f., 216 f.

⁴⁹ Vgl. zur Verstärkung gleichläufiger Bewusstseinszustände *Durkheim* (Fn. 15), S. 149.

⁵⁰ Zur eingeschränkten Kenntnisnahme von Normänderungen durch die Allgemeinheit vgl. exemplarisch Untersuchungen von *Walker/Argyle*, *British Journal of Criminology* (BJC) 1964, 570 (572); *Schumann*, *Positive Generalprävention, Ergebnisse und Chancen der Forschung*, 1989, S. 36; allg. zum „Vermittlungsproblem“ eines generalpräventiv ausgerichteten Strafrechts *Hassemer*, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke* (Hrsg.), *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, S. 29 (43 ff.).

Die so beschriebene, beschränkte Wirkmacht eines nur bestätigenden (nicht überzeugenden) Rechts setzt sich sodann ungebrochen fort, wenn man den Blick auf die Weiterleitung seiner Inhalte durch informelle Sozialisationsinstanzen richtet, mithin die mittelbaren kommunikativen Zugänge einer Rechtsordnung in die Betrachtung einbezieht: Denn gleich, ob man den Peergroup-Effekt bemüht, d.h. die Verhaltensbeeinflussung durch die Kenntnisnahme von der Bewertung des eigenen Handelns durch andere,⁵² die Assimilation von Werten und Normen aus der Umgebung⁵³ oder speziell die Beobachtung des Verhaltens anderer und der sich daraus für diese Personen ergebenden Konsequenzen⁵⁴ – stets wäre einer Erstarkeung des Rechts vorausgesetzt, dass dessen Inhalte in der (bewertenden, assimilierten oder beobachteten) Umgebung seiner Adressaten verankert sind. Wirkmechanismen und Idee des Strafrechts sind damit gleichermaßen auf eine Gesellschaft angewiesen, in welcher sich „der Durchschnitt der Mitglieder“⁵⁵ den Strafgesetzen schon und noch freiwillig unterwirft.

4. Schluss (und ein Seitenblick auf §§ 218 ff. StGB)

Zuletzt gelangt man so zu der vielleicht relativistisch anmutenden Feststellung, dass „Widerstand“ nur dort zielgerichtet zur Anwendung kommen kann, wo die zu verteidigenden Wert- und Unrechtsvorstellungen hinreichender Teil des gemeinschaftlichen Bewusstseins sind – ein Befund, der durch die Anerkennung einer dynamischen Auslegung der Grundrechte noch weiter gestützt werden könnte.⁵⁶ Wie jedem Einzelnen anlässlich einer Infragestellung seiner individuellen Überzeugungen fällt vor diesem Hintergrund auch dem Strafgesetzgeber und den Gerichten die Aufgabe der Unterscheidung zu: zwischen solchen Momenten, in denen aufgrund der „Religiosität“⁵⁷ der verletzten Vorstellungen Widerstand zu leisten ist, und solchen, in denen es gilt, überlieferte Einstellungen an die tatsächlichen Verhältnisse anzupassen. Die Schwierigkeit dürfte darin liegen, den hierfür jeweils maßgebenden Zeitpunkt (noch Widerstand? oder schon Akzeptanz? und vice versa) zu identifizieren oder, falls er noch nicht identifiziert werden kann, im Übergang vom einen zum ande-

⁵¹ *Berghäuser* (Fn. 20), S. 810 f.

⁵² Dazu etwa *Berkowitz/Walker*, *Sociometry* 1967, 410 (421); *Hirschi*, *Causes of Delinquency*, 1969, S. 16 ff., 135 ff.; *Schumann* (Fn. 50), S. 37.

⁵³ Siehe dazu *Sutherland/Cressey*, in: *Rubington/Weinberg* (Hrsg.), *The Study of Social Problems, Seven Perspectives*, 6. Aufl. 2003, S. 135 (138 ff.); zu einer Identifikation mit Leitfiguren *Glaser*, *American Journal of Sociology* (AJS) 1956, 433 (440); zusf. *Schwind* (Fn. 25), § 6 Rn. 21 und 26.

⁵⁴ Siehe nur *Bandura*, *Sozial-kognitive Lerntheorie*, 1979, S. 31 ff. („Lernen am Modell“); *Myers*, *Psychologie*, 4. Aufl. 2023, S. 346 ff.

⁵⁵ Zitat aus *Durkheim* (Fn. 15), S. 128; siehe dazu bereits oben Fn. 37.

⁵⁶ Vgl. *Berghäuser* (Fn. 20), S. 850 ff.

⁵⁷ Nach *Durkheim* (Fn. 15), S. 128; vgl. dazu bereits oben Fn. 38, 39.

ren einstweilen im Kompromiss, präzise im dilatorischen Formelkompromiss, zu verharren.

In den Tagen, in denen dieser Beitrag fertiggestellt wird, zeichnet sich Ebensolches neuerlich für §§ 218 ff. StGB ab: Ein in der 20. Legislaturperiode zu beobachtender kognitiver Lernprozess⁵⁸ findet sein zeitweiliges Ende, nachdem der Rechtsausschuss in seiner 133. Sitzung vom 10. Februar 2025 entschieden hat, keine Abstimmung über den Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/13775 im Bundestag zu ermöglichen. Im Ringen um die präferierte Erwartungsabwicklung im Wege des kognitiven Lernens oder kontrafaktischen Behauptens dauert auf dem Gebiet des Schwangerschaftsabbruchs mithin der geltende dilatorische Formelkompromiss an, wird im Angesicht eines fortgesetzt schwindenden kollektiven Wert- und Unrechtsbewusstseins⁵⁹ beizeiten (d.h. vorbehaltlich entsprechender politischer Verhältnisse) aber wieder in Frage gestellt werden.

⁵⁸ Rekapitulierend zu einschlägigen Gesetzesänderungen in der 19. und 20. Wahlperiode *Rogall/Berghäuser*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, Vorbem. §§ 218 ff. Rn. 60 ff.; *Berghäuser*, ZfL 2023, 407 (412 ff.).

⁵⁹ Dieser Bewusstseinserosion leistet das Gesetz selbst Vorschub; *Berghäuser* (Fn. 20), S. 767 ff. (zum Unterlaufen der positiv-generalpräventiven Wirkung durch den Wertungswiderspruch), S. 785 ff. (zur Funktionalisierung des Wertungswiderspruchs in einer symbolischen Abtreibungsgesetzgebung).