

Wahrheit im Recht. Neues zur Pragmatik der einzig richtigen Entscheidung*

Von Prof. Dr. Lorenz Schulz, M. A., Frankfurt a.M.

I. Einleitung

Von Wahrheit im Recht zu sprechen, ist für die Rechtspraxis nicht ungewöhnlich. Im materiellen Strafrecht ist dies bei den Aussagedelikten geläufig. Dort hält die Praxis zwar die Falschaussage gerade in Zivilverfahren für ubiquitär, erhebt indes zugleich den Anspruch, der Richter könne und müsse die Wahrheit erkennen. Auch das überwiegende Schrifttum folgt der ständigen Rechtsprechung, indem es die objektive Theorie vertritt.¹ Angesichts zahlreicher konstruktivistischer Ansätze in der neueren Rechtstheorie scheint die Rede von Wahrheit den Vorwurf des Gestrigen und, sobald der Finger in die Wunde der Macht gelegt wird, der Ideologie auf sich zu ziehen.² Den Vorwurf könnte man gut juristisch sparsam mit Begründungsversuchen durch die Umkehrung der Beweislast ausräumen, d.h. mit dem Hinweis darauf, dass die Praxis sich in ihrer Betriebsamkeit ohnehin wenig um solche Anfechtungen kümmert.³ In einer gewachsenen Rechtswissenschaft, in der rechtstheoretische Fragen in der Dogmatik integriert sind und die rechtsphilosophische Reflexion weitgehend im Kontext des Verfassungsrechts stattfindet, bedarf es dieser Immunisierung nicht. Die Alternative zu ihr liegt allerdings nicht in einem starken Begründungsanspruch. Vielmehr könnte es genügen, der Rede von Wahrheit auf den Grund zu gehen, indem man die pragmatisch-institutionellen Voraussetzungen einer dogmatisch orientierten Rechtspraxis offenlegt. Diese Praxis scheint, obwohl sie gerade im Strafrecht die Einwände des Labeling-Ansatzes auf sich gezogen hat und viele Beobachter des Systems Recht bis heute irritiert und zuweilen düpiert, zumindest in elementaren straf- und verwaltungsrechtlichen Belangen am Anspruch der einzig richtigen Entscheidung ausgerichtet zu sein.⁴ Von der Pragmatik dieses Anspruchs zu sprechen, ist wiederum voraussetzungsreich, sobald sich Praxis nicht in strategisch gewählten

Praktiken erschöpfen soll. Die Perspektive des Anspruchs ist mit der These verknüpft, dass die Figur der einzig richtigen Entscheidung eines pragmatisch-institutionellen Zusammenhangs bedarf. Damit wird insbesondere die These überwunden, dass sich eine einzig richtige Entscheidung – ontologisch naiv – in der Wirklichkeit vorfinden lässt, sie nur der Entdeckung bedarf, und die These präzisiert, wonach im Rückgriff auf die Unterscheidung von empirischen und theoretischen Begriffen an einer raffinierten Form der Feststellung von Wirklichem festgehalten werden könne. Ersteres ließe sich am Beispiel der Strafzumessung illustrieren. Dort hat die so genannte Punktstrafentheorie,⁵ die neuerdings subkutan im Zusammenhang der Absprachen im Hinblick auf Unter- und Obergrenzen der Strafe eine unerwartete Neuaufgabe erfährt,⁶ in der Wirklichkeit ein Fixpunkt vorausgesetzt, der in der Strafzumessung zu entdecken wäre. *Arthur Kaufmann*, der diese Auffassung vertreten hatte, nahm allerdings später nicht zuletzt aufgrund der Diskussion mit dem Jubilar Abstand von ihr und legte sie als „substanzontologisch“ ad acta.⁷ Diese These gerät vor allem dann in kaum überwindbare Schwierigkeiten, wenn es nicht nur um die für die strafrechtliche Zurechnung elementare Feststellung der Schuld geht, sondern eben um die Bemessung einer Strafe. Sie muss hier auf sich beruhen, zumal ihr Verhältnis zu der hier im Vordergrund stehenden prozeduralen Perspektive der Klärung bedürfte.

Auch die zweite These ist einer kaum ausräumbaren Schwierigkeit ausgesetzt, sobald theoretische Begriffe mit Dispositionsbegriffen in eins gesetzt werden.⁸ Wie sich am Begriff des Verdachts zeigen lässt, kann dieser nicht als die Disposition einer Person begriffen werden. Vermeidet man diese Gleichsetzung und stellt beispielsweise den Verdacht

* Zu Ehren von *Ulfrid Neumann* anlässlich seines 60. Geburtstags am 20. August 2007.

¹ *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 53. Aufl. 2005, § 153 Rn. 4; ausf. *Kargl*, GA 2003, 791 ff. m.w.N.

² Beispielhaft der Sammelband von *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), *Neure Theorien des Rechts*, 2006. Schon der Zusammenhang von Recht und Literatur, zu dem der Jubilar eine anregende Studie über *Dürrenmatt* beigetragen hat, zeigt, wie ambivalent solche Zweifel sind; s. *Neumann*, in: *Jung* (Hrsg.), *Das Recht und die schönen Künste*. Heinz Müller-Dietz zum 65. Geburtstag, 1998, S. 161-169. Während auf juristischer Seite der Akzent auf narrativen Strukturen im Recht liegt und damit die Rede von Wahrheit in Zweifel gerät, besteht auf literaturwissenschaftlicher Seite oft genug die Hoffnung, gerade der juristische Betrieb könne Beliebigkeit heilen und der Wahrheit ein Refugium bieten.

³ *Fish*, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, 1989.

⁴ Zum rechtstheoretischen Überblick s. die Darstellung von *Ratschow*, *Rechtswissenschaft und Formale Logik*, 1998.

⁵ In der Strafzumessungslehre verband sich die frühere Auffassung der Punktstrafe mit dem deduktiven Modell. *Kaufmann* wendete sich mit dem Votum für die Punktstrafe vornehmlich gegen die Verwechslung von Erkenntnistheorie und Ontologie. Die „Undeutlichkeit der metaphysischen Erkenntnis“ räumte er ein; *ders.*, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl. 1976, S. 66 und 261.

⁶ Der Anspruch der einzig richtigen Entscheidung hat in jüngster Zeit auch im Strafrecht, im Zusammenhang mit der Frage der Wahrheit im Strafverfahren und der dort verbreiteten Tendenz zum einvernehmlichen, abspracheorientierten Verfahren, eine lebhaftere Diskussion erfahren; s. *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539; *Hörnle*, RTh 35 (2004), 175-194 sowie *Jahn*, GA 2004, 272-287, der die wahrheitsemphatische Diskurstheorie des Rechts als Paradigma eines konsensualen Verfahrens vorstellt.

⁷ Für die von einer Rezeption der *Peirceschen* Philosophie ausgelöste Wende zu einer relationalen Ontologie s. vor allem *Kaufmann*, ARSP 1986, 425 ff. Zur Konsequenz für die Theorie der Punktstrafe s. bereits *ders.* (Fn. 5), Anhang, S. 270 Fn. 29.

⁸ Vgl. *Mylonopoulos*, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998.

als eine unter dem Anspruch der Richtigkeit erfolgende Zuschreibung, dann ließe sich an ihm die Irreduzibilität einer pragmatischen Einrahmung der Figur der einzig richtigen Entscheidung demonstrieren:⁹ „Die *Möglichkeit der Täterschaft* stellt keine *Disposition des Beschuldigten* dar. Dass wir die Täterschaft (nur) als möglich ansehen, ist keine Behauptung über die Wirklichkeit, sondern eine Behauptung über das Verhältnis unseres Wissens zur Wirklichkeit“¹⁰. Nehmen wir den Ermittler, der an einer Leiche Fingerabdrücke findet. Sobald er die Person ausfindig macht, von der diese Abdrücke stammen, fällt auf diese ein Verdacht. Dieser Verdacht wird gebildet nach Regeln, derer man sich angesichts des tatsächlichen Anknüpfungspunktes der Abdrücke bewusst oder unbewusst bedient. Für die rechtliche gebotene Kontrolle der Verdächtigung wird jedenfalls dann in der Sache eine rationale Grundlage geliefert, wenn der Verdacht als unbestimmter Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum qualifiziert und damit die Wahrnehmung der empirischen, auch ontologisch genannten Basis und der Schlussfolgerung dem Anspruch der Richtigkeit unterworfen wird. Auch die revisionsrechtliche Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage¹¹ könnte, so hat Volk geltend gemacht, mit der Unterscheidung von Beobachtungs- und theoretischem Begriff präzisiert werden. Demnach sei eine Verknüpfung zwischen theoretischen Begriffen z.B. in der theoretischen Aussage „Der Vorsatz ist Teil des subjektiven Tatbestands“ definitorischer Natur. Anders verhalte es sich bei den Zuordnungsregeln, die theoretische Begriffe mit Beobachtungsbegriffen verbinden und sie dem Beweisverfahren zugänglich machen. Solche Regeln haben die nachprüfbare Zuordnung von theoretischem Begriff und empirischem Material im Sinn, sorgen also für den Bezug zur „Wirklichkeit“¹². Da die Kriterien für den Gebrauch eines theoretischen Begriffs mit dessen Symptomen in eins fallen und sich damit Begriffsdefinition und Beweisregeln nicht mehr dissoziieren ließen, werde aus dem Beweis eine Rechtsfrage und die freie Beweismwürdigung eingeschränkt. Daraus resultiere eine Strukturverwandtschaft zwischen Beweiserhebung und juristischer Argumentation, derentwegen die Feststellung von Tatsachen prinzipiell prozeduralisiert wird, was Volk allerdings in einem pragmatisch sozialen Begriff von Wahrheit fundiert.¹³ Kehren wir damit

zur Feststellung zurück, dass die Rede von Pragmatik voraussetzungsreich ist. Damit ist die inhärente Normativität der Pragmatik angesprochen. Denkt man sie – beispielsweise in einem rechtsrhetorischen, auf den Herstellungshorizont zielenden Zugriff – hinweg, kann angesichts der tatsächlichen, gewissermaßen diensthermeneutischen Spielräume die Figur der einzig richtigen Entscheidung allenfalls als strategisch eingesetztes Instrument einer Legitimation durch Verfahren gerechtfertigt werden. Ausgehend von der Voraussetzung einer normativen Pragmatik soll nachfolgend eine normativ ausgerichtete funktional-pragmatische Konzeption vorgestellt und gewürdigt werden, die *Ulfrid Neumann* kürzlich unterbreitet hat.

II. Normative Pragmatik

Der Bereich normativer Pragmatik hat in der Rechtstheorie der jüngeren Zeit durch die philosophischen Arbeiten von *Robert Brandom* einen wichtigen Impuls erhalten. Er steht für die in erster Linie auf den philosophischen Pragmatismus¹⁴ zurückgehende Einsicht, dass eine semantische Perspektive unzureichend ist.¹⁵ *Brandoms* Konzeption entspricht ein experimenteller, lerntheoretischer Konstruktivismus des Gebens und Nehmens von Gründen, der abweichend von der traditionellen Semantik mittels einer kommunikativen Pragmatik formuliert wird. Die jedem Handeln eingeschriebene Normativität, die es in der Tradition von *Hegels* Figur wechselseitiger Anerkennung systematisch zu explizieren gelte,¹⁶ formuliert *Brandom* in einem Modell der deontischen Buchführung. Buch geführt wird über Verpflichtungen und Berechtigungen. Beide Elemente konstituieren erst Intentionalität. Die Basis der Buchführung ist die Ich-Du-Perspektive einer irreduziblen Kommunikativität. Es gibt keine Welt der rohen Fakten außerhalb diskursiver Praxis. Der Einwand des Konstruktivismus ist damit allerdings noch nicht ausgeräumt. Die Differenz von Schein und Sein wird von *Brandom* wiederum im normativen Vokabular vollzogen. Sofern sich Wahrheit in der Korrektheit der pragmatischen Buchführung erschöpfen sollte, wäre ihm eine Wahrheitsreduktion entgegenzuhalten.

dieses soziale Verständnis von Wahrheit schließt die pragmatische Konzeption von *Albrecht*, GA 1983, 214 ff. an, die auf eine „vermehrte Berücksichtigung human- und sozialwissenschaftlicher Einsichten und Explorationsmethoden“ und generell auf die „pragmatische Ausschöpfung der zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen [...] unter Wahrung prozessualer Schutznormen“ zielt (216).

¹⁴ Für den Begründer des Pragmatismus, *Peirce*, s. *Schulz*, Das rechtliche Moment der pragmatischen Philosophie von Charles S. Peirce, 1988.

¹⁵ *Brandom*, *Expressive Vernunft*, 2000. *Brandom* sieht sich selbst in der Tradition von *Hegel* stehend. In der an *Richard Rortys* deflationärer Deutung *Brandoms* anschließenden Lesart wird diese Verortung relativiert; s. zuletzt *Christensen/Lerch*, JZ 2007, 438 (441).

¹⁶ „Making it Explicit“, lautet der Originaltitel von *Brandoms* Hauptwerk von 1996 (deutsche Ausgabe 2000). Für eine Kurzfassung s. *Brandom*, in: *Philosophy and Phenomenological Research* 57 (1997), 153 ff.

⁹ Vgl. *L. Schulz*, Normiertes Misstrauen, 2001, passim.

¹⁰ *J. Schulz*, Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie, 1992, S. 303 Fn. 36.

¹¹ *S. U. Neumann*, GA 1988, 387 m.w.N.

¹² *Volk*, in: A. Kaufmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 81 ff. Daran schließt die Frage, ob solche Zuordnungsregeln, die einen Begriff wie „Vorsatz“ erst operabel machen, nur das Beweisverfahren oder auch das materielle Recht berühren.

¹³ „Dem groben Raster des materiellen Rechts, das nicht die ganze Fülle des Geschehens, sondern nur wenige typisierte Anknüpfungspunkte für entscheidungserheblich erklärt, entspricht eine soziale Definition von Wahrheit, die sich mit dem zufriedengeben muss, was man mit relativ knappen Mitteln in relativ kurzer Zeit erreichen kann.“ *Ders.*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß, 1980, S. 9. An

In der Tat ist Wahrheit bei ihm nur ein, wenn auch prominenter, Modus jener Explikation. Entscheidend ist weiterhin, dass *Brandom* zugunsten inferentieller Rationalität, bei der die Ausrichtung an Wahrheit zumindest nicht expliziert wird, die Vorstellung einer Wahrheitskonvergenz zurückweist.

III. Richtigkeit als einzig richtige Entscheidung

Kommen wir zurück zur verfassungsrechtlichen Praxis. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung stärkt das BVerfG seit längerem die Figur der einzig richtigen Entscheidung. An der wegweisenden Entscheidung zum Begriff „Gefahr im Verzug“¹⁷ ist dieser Wandel greifbar. Wenn das Verfassungsgericht hier den Anspruch der einzig richtigen Entscheidung erhebt, so strebt es eine höhere Kontrolldichte an. Das wird mit der Wahrung der Gewaltenteilung begründet. Empirischer Ausgangspunkt war, dass mit der Annahme von „Gefahr im Verzug“ durch Staatsanwaltschaft und Polizei der für die Durchsuchung vorgesehene Richtervorbehalt systematisch unterlaufen wird. Weil die Wohnung als elementarer Lebensraum des Einzelnen durch Art. 13 GG besonders geschützt ist, folge aus Art. 19 Abs. 4 GG die Pflicht, „dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird.“¹⁸ Aus dieser prozeduralen Erwägung werden nicht nur institutionelle Vorkehrungen abgeleitet, ihr korrespondiert begrifflich, dass das Merkmal voll nachprüfbar ist. Dies lässt sich, so lautet der hiesige Ausgangspunkt, damit reformulieren, dass dem Ermittler, um die Kontrolldichte zu gewährleisten, der normative Anspruch unterstellt wird, dass seine Entscheidung die einzig richtige war.

Einen ähnlich gelagerten Fall, in dem das praktische Potential des Anspruchs der einzig richtigen Entscheidung ausgelotet werden kann, liefert das Deliktsrecht. Der vornehmlich durch das Strafverfahren wahrgenommene Fall Mannesmann/Vodafone demonstrierte dies im Hinblick auf den geforderten Schadensersatz wegen einer Amtspflichtverletzung in der Führung des Ermittlungsverfahrens, insbesondere wegen pflichtwidriger Pressehinweise.¹⁹ Dabei war namentlich strittig, an welche Voraussetzungen die Überprüfung eines Anfangsverdachts der Untreue zu knüpfen ist. Das LG Düsseldorf berief sich nicht auf die verwaltungsrechtliche, sondern auf die strafrechtliche Rechtsprechung zum Verdacht, in der die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nach § 152 Abs. 2 StPO nicht auf ihre Richtigkeit, sondern nur auf ihre Vertretbarkeit hin zu überprüfen ist. Zwar entzieht sich auf der Rechtsfolgenseite der Entschluss zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens dem Ermessen, so dass diese Entscheidung der vollen richterlichen Kontrolle unterliegt. Allerdings wird der Staatsanwaltschaft auf der Tatbestandsseite ein Beurteilungsspielraum in der Annahme eines Tatverdachts zugesprochen.²⁰ Ob die zitierte Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs noch lange Bestand haben wird, ist zweifelhaft, da die Gesichtspunkte der Entscheidung des BVerfG zu Gefahr in Verzug gleichermaßen auf den Begriff des Tatverdachts zutreffen. Auch bei diesem Merkmal hat die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits das Vorbild geliefert, so dass hier eine Harmonisierung von Verwaltungs- und Strafrecht ansteht. Damit wäre die wesentliche Voraussetzung geschaffen, für die zahlreichen Fälle, in denen zumindest ein Beweisverwertungsverbot als effektives Kontrollinstrument für ein rechtswidriges Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden nicht zum Zug kommt,²¹ im Wege des „Schmerzensgelds“ eine wirksame Kontrolle von Fehlern im Ermittlungsverfahren zu erreichen.

Blickt man von der Dogmatik kommend in die rechtstheoretische Diskussion, spricht nach den Jahrzehnten der Anleihen in der soziologischen Ethnomethodologie und Systemtheorie, radikaler Konsenstheorien und der Dekonstruktion manches für eine konstruktivistisch geläuterte Rückkehr zu einer Figur, die fast bis in die Gegenwart als substanzontologisch oder essentialistisch vor die Tür gesetzt wurde. Die kleine, dichte Monographie „Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform“ (Baden-Baden 2004) des Jubilars steht für diesen Sinneswandel, sofern *Neumann* die Figur ebenso wie die mit ihr im Zusammenhang stehende These, dass der praktisch-juristische Diskurs ein „Sonderfall“ des allgemeinen, wahrheitsorientierten Diskurses sei, bislang zurückgewiesen hat. Weil *Neumann* darin eine genuine Konzeption vorstellt, mit der die Figur pragmatisch-institutionell „gerettet“ wird, verdient die Schrift besondere Aufmerksamkeit.

1. Die Funktion der Figur der einzig richtigen Entscheidung

Einleitend skizziert *Neumann* sein Vorgehen knapp und widersetzt sich der Gleichsetzung des Begriffes Wahrheit durch den in der Tendenz toleranteren der Richtigkeit.²² Seinen Gegenstand identifiziert er als Frage nach der „Funktion von Wahrheitsansprüchen im Recht“. Schon an dieser Stelle stellt er klar, dass mit der Umstellung der Fragen des Was und Warum (mit welchem Grund) auf das Wie, die jede Funktionalisierung bedeutet, das „kritische Potential“ solcher Ansprüche nicht aufgegeben wird.²³ Deshalb kehrt eben dieses Potential in der Gliederung der Untersuchung ausdrücklich

werden, wenn bei Würdigung aller entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte die Einleitung der Ermittlungen gegen den Beschuldigten nicht mehr verständlich ist (vgl. BGH NJW 1989, 96 [97] = NSStZ 1988, 510).“ LG Düsseldorf NJW 2003, 2536.

²¹ Nur noch ein Zehntel der Ermittlungsverfahren führt zu einer Aburteilung nach Hauptverhandlung.

²² *Neumann*, Wahrheit im Recht, 2004, S. 9 f.

²³ Dem entspricht das Fazit *Neumanns* am Ende der Untersuchung: „Die entscheidende Frage [...] heißt nicht, mit welcher Berechtigung man im Bereich des Rechts reden kann. Entscheidend ist, wie wir mit der Vorstellung rechtlicher Wahrheit (Richtigkeit), mit dem Denkmuster der wahren (richtigen) Rechtserkenntnis praktisch umgehen.“ (S. 63).

¹⁷ BVerfG NJW 2001, 1121.

¹⁸ BVerfG NJW 2001, 1122.

¹⁹ Art. 34 GG; § 839 BGB; § 266 StGB; § 4 NWPresseG.

²⁰ „Im Streitfall war es vertretbar, von einem Anfangsverdacht auszugehen, der zur Aufnahme der Ermittlungen berechtigte. Denn die Vertretbarkeit darf nur dann verneint

wieder.²⁴ *Neumann* geht der Frage in zwei großen Abschnitten nach, indem er zunächst diese Ansprüche differenziert diagnostiziert („II. Wahrheitsansprüche im Rechtssystem“, S. 11-39) und sie dann nach ihrer Funktion befragt („Zur Funktion von Wahrheitsansprüchen im Rechtssystem“, S. 41-63). Das Scharnier beider Teile, an dem die Diagnose übergeht in die Funktionsbestimmung, ist die Behandlung der einzig richtigen Entscheidung. Davor liefert *Neumann* einen souveränen Überblick über die Wahrheitstheorien in Philosophie und Rechtsphilosophie, in dem nicht zuletzt der Revision der Konsens Theorie der Wahrheit bei *Habermas* Rechnung getragen wird,²⁵ was bei dem nicht absehbaren Ende der beliebten Spiegelfechtereie gegen diese Theorie²⁶ der Bemerkung wert ist. Zugleich macht er den Leser mit seiner institutionellen Perspektive vertraut (S. 11 f., 22 f.), die das nachfolgende Votum für die Figur der einzig richtigen Entscheidung prägt. Nach der Zurückweisung ihrer ontologisch als Existenzbehauptung aufgeladenen Deutung bei *Dworkin*, der sie in die rechtstheoretische Diskussion eingeführt hat,²⁷ geht ihr *Neumann* in ihrer Deutung als regulative Idee nach.²⁸

²⁴ „III. 2. ‚Wahrheit‘ als kritisches Potential“, (Fn. 22), S. 48-53.

²⁵ *Habermas*, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung, 1999, S. 271 ff. Sie verdient nicht nur aus wissenschaftlicher Akkuratess der Erwähnung. Entscheidend ist, dass sie der in „Faktizität und Geltung“ (1992) gelungenen Integration des Rechts in die Diskurstheorie als theoretisches Echo nachfolgt. *Neumann* (Fn. 22), S. 37 Fn. 71 weist mit Recht darauf hin, dass *Habermas’* Auflösung der Gleichung von Wahrheit und Rechtfertigung zugunsten einer regulativen Wahrheit jenseits der Rechtfertigung zunächst moralischen Kontroversen vorbehalten ist und nicht unversehens in das Recht überführt wird.

²⁶ S. nur *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, der sich trotz einer anhaltenden Diskussion für die Darstellung der Diskurstheorie auf *Habermas’* frühen Aufsatz über „Wahrheitstheorien“ (in: ders.: Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1995, S. 127 ff.) beschränkt. In gleicher Weise finden sich die anhaltenden Versuche, dass auch das Strafverfahren sich als rationaler Diskurs rekonstruieren lässt, auf den anfänglichen Versuch *Alexys* (Theorie der juristischen Argumentation, 1978, zit. in der bis auf das Nachwort unveränderten 2. Aufl. 1991) reduziert dargestellt; s. nur *Schulz* (Fn. 9), S. 241 ff.

²⁷ Mit Recht kann dahin gestellt bleiben, ob *Dworkin* zuletzt selbst die Bürde der Ontologisierung abgeworfen hat. Auf die entscheidende, von Anfang an bestehende methodologische Brechung des starken Anspruchs weist *Neumann* anhand der starken Erkenntnisfigur von „Herkules“ hin: Sie war vonnöten, weil die Ineinssetzung von Interpretation und reflective equilibrium für den regulären Richter Herbert ein Ermessen bewirkt, das *Dworkin* mangels einer ausgebildeten Dogmatik (wie jener des unbestimmten Rechtsbegriffs im deutschen Verwaltungsrechts) anders nicht zu eliminieren weiß.

²⁸ So auch *Saliger*, in: *Alexy* (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, ARSP-Beiheft 104 (2005), 138 (143).

Diese Deutung erlaubt es, besser noch: regt dazu an, sie funktional zu konzipieren. Dafür erinnert *Neumann* zunächst an die Richterperspektive, in der schon das Gleichheitsgebot (Art. 3 GG) eine selbstwidersprüchliche Judikatur verbietet: „Der Richter sollte in seiner Entscheidungspraxis so verfahren, *als ob* in jedem Fall nur eine Entscheidung richtig wäre.“²⁹ Spricht man von „als-ob“, wie später auch für den Berufungs- und Revisionsrichter,³⁰ könnte das bedeuten, dass in jenem Leuchtturm nur noch jenes schwache Kerzlein brennt, das in Kirchen das ewige Licht gewährleistet. Die auf *Vaihinger* zurückgehende Rede ist nämlich identisch damit, von einer *Fiktion* zu sprechen. Das tut folgerichtig *Neumann*.³¹ Dass ihn die Nachteile dieser Gleichung nicht kümmern müssen, verdankt sich der funktionalen Perspektive, die in erster Linie zum heilsamen Befund eines insgesamt intakten Rechtswesens führen wird:

„Die Grenze zwischen dem Herrschaftsbereich der regulativen Idee der einzig richtigen Entscheidung einerseits und dem der Einsicht in die tatsächliche Vertretbarkeit unterschiedlicher Rechtsauffassungen andererseits wird jedenfalls nicht von rechtstheoretischen Erwägungen, sondern von institutionellen Vorgaben bestimmt. Maßgebend sind die Bedürfnisse des Rechtssystems, nicht die Erkenntnisse der Rechtswissenschaft. Kurz: Die Frage nach der *Funktion* von Wahrheit im Recht beantwortet sich in dem Befund ihrer *Funktionalisierung*.“³²

Die „Begründung“ der Figur wird damit von der theoretischen auf die praktische Argumentation „umgestellt“. ³³ Der Auftritt der Theorie ist nur noch dann angesagt, wenn der institutionelle Kontext ihn gebietet.³⁴ Damit scheint auch die Frage erledigt, ob der juristische Diskurs als „Sonderfall“ des allgemein-praktischen Diskurses interpretiert werden kann.³⁵ Sie wurde nämlich vorher unter der Voraussetzung eingeführt, dass in der richterlichen Entscheidung „eher eine Aufgabe der theoretischen als der praktischen Vernunft“ gesehen wird.³⁶

Die Leistungen des zweiten Abschnitts liegen demnach auch in erster Linie in der Zurückweisung von Positionen, die sich mit der Figur der einzig richtigen Entscheidung auch dann nicht vertragen, wenn sie zur Fiktion geronnen ist. Zurückgewiesen wird zunächst die in der Freirechtsschule favorisierte Vorstellung einer souveränen Richterpersönlichkeit, mit der die Entscheidung immunisiert werde.³⁷ Auch der

²⁹ *Neumann* (Fn. 22), S. 40.

³⁰ *Neumann* (Fn. 22), S. 61.

³¹ *Neumann* (Fn. 22), S. 63 a.E.

³² *Neumann* (Fn. 22), S. 58.

³³ *Neumann* (Fn. 22), S. 41.

³⁴ *Neumann* (Fn. 22), S. 54.

³⁵ *Abl. Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986, S. 83 ff., mit Hinweis auf eine „gewisse Doppeldeutigkeit“ der These (S. 90 f.).

³⁶ *Neumann* (Fn. 22), S. 26 Fn. 52.

³⁷ *Neumann* (Fn. 22), S. 42 f.; in diesem Sinn *Saliger*, ARSP 93 (2007), 236 (248 ff.). Für eine Rehabilitierung des Freiheitsrechts als durchaus moderne Form der Bindung der richterli-

anders gelagerte Rekurs auf die richterliche Autorität, mit dem das Problem der Rechtskraft wie bei *Pagenstecher* mittels einer „schlechten Fiktion“ (*Neumann*) autoritär gelöst wird („Ist das, was der Richter deklariert, nicht die Wahrheit, so wird wahr, was er [als wahr] deklariert“), unterfällt der Zurückweisung.³⁸ Gleichmaßen ergeht es unabhängig von der Frage der Rechtskraft *Hans Kelsens* „authentischer Interpretation“ des Richters, mit der dieser Richter Recht „schafft“. Zur Hebung des kritischen Potentials von Wahrheitsansprüchen muss es *Neumann* aufgrund der gemachten Voraussetzung bei einem pragmatischen Hinweis belassen: „Die entscheidende Frage heißt vielmehr, in welchen institutionellen Kontexten dieser rechtstheoretischen Einsicht zu folgen ist und in welchen die regulative Idee der einzig richtigen Entscheidung handlungsleitend sein muss.“³⁹ Dies führt ihn beispielsweise zur genannten Einschränkung des Anspruchs bei der Rechtsbeugung.

Für die abschließend untersuchte „Institutionalisierung von Wahrheitsansprüchen im Recht“ (III. 3.) geht *Neumann* von einer grundlegenden Perspektivität von *interner* Perspektive der „Produktion“ eines Urteils (und seiner Kontrolle im Instanzenzug) und der *externen* Perspektive, die nach Eintritt der Rechtskraft (oder Bestandskraft bei Verwaltungsakten) einsetzt. Dieser im Grundsatz grundrechtsschonende Ausgangspunkt, der später nur noch kurz aufgegriffen wird,⁴⁰ scheint allerdings nicht allzu weit zu führen, da *Neumann* schnell auf die entscheidende abwehrrechtliche Frage zu sprechen kommt: Wie vermeidet man, dass die Figur der einzig richtigen Entscheidung dazu führt, die Grundrechte des Bürgers zu verkürzen?⁴¹

Das ist für ihn beim Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 2 GG) dann der Fall, wenn das BVerfG mit Rekurs auf diese Figur jene „bewegliche Zuständigkeit“ absegnet, die es der Staatsanwaltschaft gestattet, „wegen der besonderen Bedeutung des Falles“ diesen statt wie vorgesehen am Amtsgericht am Landgericht anhängig zu machen (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG).⁴² Im Hinblick auf den *nullum crimen*-Satz (Art. 103 Abs. 2 GG) kommt *Neumann* zum gleichen Befund, wenn eine rückwirkenden Rechtsprechungsänderung im Falle der Promille-Grenze (§§ 316, 315c StGB) mit einem essentialistischen Verständnis der Figur gutgeheißen wird.⁴³ Dem schlechten Gewissen der Rechtsprechung hat diese, das sei ergänzt, informell dadurch Ausdruck verliehen, dass die Änderung der Grenze zeitig in Gestalt einer Interview-Äußerung ankündigt wurde. Schließlich hat das BVerfG inzwischen in seiner zweiten Sitzblockadenentscheidung vom 10.1.1995 zu einer Hilfskonstruktion gegriffen, wonach auch eine spezifische Rechtsprechung gegen Art. 103

Abs. 2 GG verstoßen kann.⁴⁴ Zuzustimmen ist *Neumann* darin, dass widerstreitende Auslegungen innerhalb der Rechtsprechung nicht zu Lasten des Bürgers als Normadressaten gehen dürfen. Dies sei bereits dann der Fall, wenn das Regelungsdefizit der Rechtsprechung dem Beschuldigten erst auf der Ebene der Schuld bei der Frage eines Verbotsirrtums zugute kommen soll.⁴⁵ Darin schließt er die Forderung eines Verfahrens für die Setzung neuer rechtlicher Regeln durch die Rechtsprechung ein.

2. Der Begriff der regulativen Idee

Es dürfte der Kürze der Schrift geschuldet sein, dass die Geschichte des Begriffs der regulativen Idee unterbelichtet bleibt. In der Sache ist dieses Vorgehen schon dadurch gerechtfertigt, dass der Begriff in der Rechtstheorie zumeist ohne entsprechende Ausführungen, mithin vergleichsweise unspezifisch gebraucht wird. Diese Unbestimmtheit scheint gerade eine gewisse Renaissance der Figur ermöglicht zu haben. Sie ist es auch, die eine funktionale Deutung geradezu nahe legt.

Ein Blick in die Begriffsgeschichte zeigt das. Die Terminologie geht zurück auf *Kants* Unterscheidung von konstitutiven und regulativen Ideen. Der Ort der Konstitution liegt bei der Frage nach der Möglichkeit von Erfahrung, während Regulation im Bereich des Daseins auftritt.⁴⁶ Im Bereich der Regulation gibt es deshalb nach *Kant* nur Handlungsmaxi-

⁴⁴ BVerfGE 105, 135 (155 f.). Dies gilt zumindest insoweit, als die Rechtsprechung das Unwerturteil (und nicht alleine die Tatsachengrundlage) betrifft; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar*, 47. Aufl. 2006, Bd. 6, Art. 103 Rn. 241; zum Diskussionsstand s. *Dannecker*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Aufl. 2007 (im Erscheinen), § 2 Rn. 416 ff.

⁴⁵ *Neumann* (Fn. 22), S. 62.

⁴⁶ In der „Kritik der reinen Vernunft“ nennt *Kant* (KdrV, B 222-23, A 180) die konstitutiven Grundsätze mathematisch und intuitiv, die regulativen dynamisch und diskursiv. In der Mathematik entsprechen Analogien, so *Kant*, Formeln, die die Gleichheit zweier Größenverhältnisse ausdrücken; sie sind „jederzeit konstitutiv, so, daß, wenn zwei Glieder der Proportion gegeben sind, auch das dritte dadurch gegeben wird, d.i. konstruiert werden kann“. In der Philosophie hingegen hat die Analogie mit der Gleichheit qualitativer Verhältnisse zu tun, „wo ich aus drei gegebenen Gliedern nur das *Verhältnis* zu einem vierten, nicht aber *dieses* vierte *Glied* selbst erkennen, und a priori geben kann, wohl aber eine Regel habe, es in der Erfahrung zu suchen, und ein Merkmal, es in derselben aufzufinden.“ Demnach ist eine Analogie der Erfahrung also nur eine Regel, „nach welcher aus Wahrnehmungen Einheit der Erfahrung (nicht wie Wahrnehmung selbst, als empirische Anschauung überhaupt) entspringen soll, und als Grundsatz von den Gegenständen (der Erscheinungen) nicht *konstitutiv*, sondern bloß *regulativ* gelten.“ Den konstitutiven Axiomen der Anschauung und Antizipationen der Wahrnehmung stehen die regulativen Analogien der Erfahrung und Postulate des empirischen Denkens gegenüber.

chen Entscheidungstätigkeit nicht im Kontext der Herstellung, sondern der Darstellung *Hwang*, RTh 2006, 215 ff.

³⁸ *Neumann* (Fn. 22), S. 44 ff.

³⁹ *Neumann* (Fn. 22), S. 54.

⁴⁰ *Neumann* (Fn. 22), S. 63.

⁴¹ *Neumann* (Fn. 22), S. 58.

⁴² *Neumann* (Fn. 22), S. 59.

⁴³ *Neumann* (Fn. 22), S. 60 ff.

men, d.h. bedingte Imperative. Der regulative Gebrauch transzendentaler Ideen dient dazu, „den Verstand zu einem gewissen Ziele zu richten“.⁴⁷ Wo ein wissenschaftliches Kollektiv (Gemeinschaft der Forschenden etc.) *Kants* transzendentes Ich, das ähnlich *Dworkins* Figur des Richters Herkules die Subsumtion der Wirklichkeit unter die reinen Anschauungsformen zu leisten imstande ist, ersetzt und damit die Subsumtion verflüssigt, wird die Unterscheidung von Konstitution und Regulation zunehmend obsolet. Es tritt der Manager auf den Plan, der mit überlegenem Kalkül die Wirklichkeit der regulativen Idee anzugleichen versucht, *Brechts* Herrn Keuner gleich, der den Menschen, den er liebt, dem Entwurf von diesem annähert.⁴⁸ Ist mit der Konstitution auch die klassische Ausrichtung des Handelns am Schema von Konstitution und Restitution obsolet, dann erhält heilenden Charakter, was vorher Restitution hieß. An die Stelle einer *restitutio in integrum*, der im Schadensrecht die vormals als Grundsatz verfochtene Naturalrestitution folgt, tritt der Prozess des Fortschritts, die Vervollkommnung. Der Rechtsschutz wird im Licht des kontrafaktischen Anspruchs der einzig richtigen Entscheidung konzipiert. Das kommt im Begriff des Optimierungsgebots zum Ausdruck, mit dem der Grundrechtsschutz eine Allianz eingeht. Das Gebot nimmt an Stärke zu, je heller die Quelle des Lichts strahlt. Belässt man es bei einer blassen Definition der regulativen Idee, dimmt man gewissermaßen die Leuchtkraft nach unten. Dann kommt man allerdings nicht umhin, die Heilung in der Grundrechtsinterpretation oder der gar der Verfassung schlechthin zu suchen. Das entspricht dem aufgeklärten Zeitgeist, der in Karlsruhe seine Heimstatt hat finden können. Will man diese Heimstatt sichern, indem man den Auftrag der Optimierung in der regulativen Idee selbst situiert, muss man dieser Idee ein hohes Maß an regulativer Kraft, gewissermaßen ein konstitutives Potential zusprechen. Dann wird aus einer blassen Rede von der einzig richtigen Entscheidung als regulativer Idee das scheinbare Paradox einer konstitutiv-regulativen Idee,⁴⁹ das in den Konsequenzen ambivalent ist. Das zeigen paternalistische Fehldeutungen, zu denen die Rechtsfigur selbst in ihrer blassen Formulierung bereits einlädt und die *Neumann* zurückweist. Diese bereits an einem Beispiel erwähnte Ambivalenz sei abschließend an einigen der von ihm herausgestellten Materien verfolgt. Dabei soll der Zusammenhang von Rechtskraft und Wiederaufnahme nur am Rande behandelt werden. Ein Strafurteil folgt zwar dem Anspruch der einzig richtigen Entscheidung, mag aber diese Entscheidung verfehlen. Damit kalkuliert das Recht, sofern es die Wiederaufnahme zulässt. Die Regeln der Wiederaufnahme demonstrieren die Distanz zu jeder ontologisch aufgeladenen Deutung der einzig richtigen Entscheidung. So sind die Gründe für die Wiederaufnahme im Strafrecht gem. §§ 359, 362 StPO ihrer Natur nach prozedural ausgerichtet: Die als Beweismittel eingeführte Urkunde ist eine Fälschung;

⁴⁷ Anhang zur transzendentalen Dialektik, B 672, A 644.

⁴⁸ *Brecht*, Geschichten vom Herrn Keuner – Zürcher Fassung, 2004. Das entspricht *Brechts* „induktiver Gesinnung“, für die er *Francis Bacon* preist.

⁴⁹ *Schulz* (Fn. 9), S. 244 f.

ein Zeuge bzw. Sachverständiger hat einen Meineid geschworen; der mitwirkende Richter hat gegen Amtspflichten verstoßen.⁵⁰ Dem wird nur eine prozedurale, der Legitimation durch Verfahren verpflichtete Rede von Konstitution gerecht.

Im Folgenden sollen die Beweisverwertungsverbote im Vordergrund stehen, weil sie der prozessualen Perspektive von *Neumanns* Rehabilitation der Denkform der einzig richtigen Entscheidung näher liegen. Ein mit falscher Emphase gekoppelter Anspruch der einzig richtigen Entscheidung könnte zu einer Konzeption der Beweisverwertung führen, die gegenwärtig der Rechtsprechung des BGH weitgehend unterlegt ist. Sie ist durch die *Maxime* gekennzeichnet, dass bei Erkenntnissen aufgrund rechtswidriger Ermittlungseingriffe, d.h. bei einem Verstoß gegen ein *Beweiserhebungs*verbot ein *Beweisverwertungs*verbot nur ausnahmsweise anzunehmen ist. Diese Rechtsprechung folgert diese vielmehr mittels Umkehrschluss (*argumentum e contrario*) aus dem Verwertungsverbot von § 136a Abs. 3 S. 2 StPO.⁵¹ Das Strafverfahren zählt, anders als bei einer Wette oder einem Glückspiel oder nach *Neumann* der auf dem Mehrheitsprinzip fußenden demokratischen Abstimmung⁵², nicht zu den Fällen „reiner Verfahrensgerechtigkeit“.⁵³ Die Beweisverwertungsverbote demonstrieren, dass das Strafverfahren nicht Wahrheit um jeden Preis will. Dem Verfahren liegt vielmehr an einer gerechten, d.h. an den Grundrechten des Verdächtigen ausgerichteten Ermittlung der Wahrheit.⁵⁴ Wäre dem nicht so, dann ließen sich die in § 136a StPO genannten Verbote nicht rechtfertigen, weil die Ausübung von Zwang im Einzelfall durchaus ein effektives Mittel der Wahrheitserforschung ist. So ist die Folterung eines Beschuldigten als Verletzung der Menschenwürde auch dann unzulässig, wenn sie zugleich der Rettung des Lebens anderer Personen dient.⁵⁵ Das schwierige

⁵⁰ Vgl. *Saliger*, Die Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 58 f.

⁵¹ S.o.; zweideutig BVerfG NStZ 2001, 489 („Es besteht kein Rechtssatz des Inhalts, dass im Fall rechtsfehlerhafter Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig ist.“).

⁵² Das ist zweifelhaft, sofern im Verfassungsstaat des Grundgesetzes sich die richtige Entscheidung im Nachhinein bei der Überprüfung durch das Verfassungsgericht als *ex tunc* unrichtig erweisen kann. Gerichtlich eingeräumte Übergangsfristen dementieren dies nicht, sondern ermöglichen den pragmatischen Umgang mit diesem Umstand. Selbst in der französischen Tradition, die in der Nachfolge von *Rousseaus* *volonté générale* dem Gesetzgeber ursprünglich eine völlig unbeschränkte Macht einräumte, hat man spät zur Fehlerkorrektur im Gesetzgebungsverfahren mit dem Verfassungsrat (*Conseil constitutionnel*) eine Art Verfassungsgericht eingerichtet.

⁵³ Zutr. *Neumann* (Fn. 22), S. 27; s.a. *Schulz*, in: ders. (Hrsg.), Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung, 2000 (ARSP-Beiheft 75), 181.

⁵⁴ Zum normativen Zusammenhang s. *U. Neumann*, ZStW 101 (1989), 52 ff.

⁵⁵ *Neumann* (Fn. 22), S. 35. Zur Diskussion der Folter, die vor allem durch den vor dem Frankfurter Landgericht ver-

Zusammenspiel von Ausrichtung an Wahrheit und den schützenden Formen des Verfahrens ermöglicht eben erst eine Deutung der einzig richtigen Entscheidung, in der die Ausrichtung an materieller Richtigkeit intern das Insistieren auf den schützenden Formen des Verfahrens nach sich zieht.⁵⁶ Das gelungene Zusammenspiel drückt sich im *Grundrechtsschutz durch Verfahren* aus, der, als solcher nicht neu,⁵⁷ ins Zentrum der neueren Verfassungsjudikatur gerückt ist und sich im Strafverfahren im Richtervorbehalt niederschlägt.⁵⁸ Sich bei den Verfahrensvorschriften auf prozedurale Mängel zu konzentrieren, entspricht dem Prinzip der Legitimation durch Verfahren.⁵⁹ Als Ausprägung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren sichern die Beweisverbote Individualrechte.

Dieser Ausgangspunkt wird nicht nur desavouiert, wenn die einzig richtige Entscheidung zum Knüppel wird, sondern auch, wenn der Anspruch selbst verabschiedet wird. Wer auf dem empirischen Umstand verweist, dass Wahrheit im Strafverfahren scheitern muss, erntet zumeist den Beifall jener, die mit der Praxis der Strafverfolgung vertraut sind. Ambivalent wird es, wenn dieser Verweis theoretisch geadelt wird. Das zeigt die kommunikationstheoretisch anspruchsvoll vorgetragene Variante des Abschieds im Gefolge von *Günter Jakobs*. Das aufgeklärte Strafrecht ist angesichts von dessen Feindstrafrecht unter Rechtfertigungsdruck geraten.⁶⁰ Hier erweist sich gerade das Prozessrecht als Seismograph des Rechtsstaats. *Jakobs* selbst hat sich zum prozessualen Teil seines

handelten Fall „Jakob von Metzler“ ausgelöst wurde, s. LG Frankfurt a.M. StV 2003, 325 mit Anm. *Weigend*, StV 2003, 436 in Hinblick auf den Täter Markus G. Er hatte den Aufenthaltsort des Entführungsoffers erst genannt, nachdem ihm von den Vernehmenden angedroht worden war, ihm andernfalls schwere Schmerzen zuzufügen. Aus der Sicht des Polizeivizepräsidenten D., der das Vorgehen aktenkundig machte, war das Opfer noch am Leben und konnte nur so gerettet werden (präventive Folter); zum Diskussionsstand *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 134a m.w.N., ausf. *Saliger*, ZStW 116 (2004), 35 ff. Das LG Frankfurt a.M. hat ein Verfahrenshindernis wegen angedrohter Folter abgelehnt, aber ein aus § 136a StPO entnommenes Verwertungsverbot der hierdurch gewonnenen Aussage angenommen.

⁵⁶ *Schulz* (Fn. 9), Teil II.

⁵⁷ *S. Saliger*, in: *Schulz* (Fn. 53), 101 ff. Dieser Grundrechtsschutz folgt dem Typus der Legitimation durch Verfahren. So sind Gründe für die Wiederaufnahme im Strafrecht gem. §§ 359, 362 StPO prozeduraler Natur: Die als Beweismittel eingeführte Urkunde ist eine Fälschung; ein Zeuge bzw. Sachverständiger hat einen Meineid geschworen; der mitwirkende Richter hat gegen Amtspflichten verstoßen; vgl. *Saliger* (Fn. 50), S. 58 f.

⁵⁸ So jetzt ausdrücklich BVerfGE 103, 142 (162): „prozedurale Sicherung des Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG“. Ausführlich v. *Kühlewein*, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht, 2001, insb. S. 460 u. 466 f. S.a. *Kutscha*, NVwZ 2003, 1296 (1298) und *Amelung*, JZ 1987, 737 (738).

⁵⁹ Klassisch ausgeführt bei *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl. 1975.

⁶⁰ *Schulz*, ZStW 112 (2000), 653 ff.

Feindstrafrechts erst jüngst geäußert,⁶¹ so dass man bis dahin nur auf einige Stellungnahmen aus seinem akademischen Umkreis verwiesen war, die unter dem programmatischen Ausgangspunkt stehen, die Anknüpfung an die Würde des Menschen zu vermeiden.⁶² Dafür sind in erster Linie *Pawlik* und *Lesch* zu nennen,⁶³ der in der prozessrechtlichen Umsetzung eines zuletzt in einer systemtheoretisch inspirierten Aneignung *Hegels* fundierten radikal-konstruktivistischen Programms am weitesten gegangen ist.⁶⁴ Anzuschließen ist an die erwähnte Betonung der kommunikativen Dimension, deren Kehrseite eine latente Pflicht zur kommunikativen, „anschlussfähigen“ Stellungnahme ist. Diese Pflicht wird manifest, wenn eine systemtheoretisch orientierte Kommunikationstheorie ungefiltert ins Strafrecht importiert wird. Wie gezeigt, scheidet bei einer hinreichenden, für gesellschaftliche Bedürfnisse aufgeschlossenen Normativierung der Person jede Begründung von Rechten aus dem empirischen Interesse des Individuums aus.⁶⁵ Informationspflichten verstehen sich dann geradezu von selbst, wie sich an *Pawliks* Konzeption zeigen lässt. Er verknüpft die Verantwortungsübernahme „bereits analytisch mit dem Begriff der Rechtspersönlichkeit“.⁶⁶ Deshalb sind strafprozessuale Mitwirkungspflichten „auch und gerade in einem Rechtsstaat vom Grundsatz her keine extern auferlegten Schranken der Freiheit der von ihnen betroffenen Bürger, sondern sie sind dieser Freiheit [...] prinzipiell immanent“. Die darin liegende Umkehrung der Argumentationslast ist radikal: „Ein Recht auf Nichtmitwirkung kann sich konstruktiv lediglich als *Ausnahme* von einer grundsätzlichen Mitwirkungspflicht ergeben.“ Selbst die Begründung der Ausnahme ist funktional: Die „soziale Funktion“ des Verfahrens, „den gegen das Verfahrensergebnis Protestierenden sozial zu isolieren“, könne nur erfüllt werden, wenn der Beschuldigte auch schweigen darf.⁶⁷ Gewahrt ist schließlich das Alpha und Omega kommunikativer Systemtheorie, die Garantie, dass kommuniziert wird. Die Verantwortung für individuelle Nachteile wird am zynischen Ende dem empirischen Individuum angelastet: „Wer sich dennoch zum Reden verleiten lässt, der handelt auf sein eigenes Risiko. Über eine Umgehung seines Schweigerechts kann er sich nicht beklagen.“⁶⁸ Die Person selbst verzichtet ohnehin auf solche Klagen, weil sie vom (immateriellen) Schaden weiß, den sie sich damit zufügt.

⁶¹ *Jakobs*, HRRS 2004, 93.

⁶² Vgl. *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Aufl. 1999, Vorwort und nachfolgend die entsprechenden Hinweise im Text.

⁶³ Zurückhaltend *Müssig*, GA 1999, 119-142.

⁶⁴ Vgl. *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht. Über Freiheit und Wahrheit in der Straftheorie und Strafprozessrechtslehre, 2007.

⁶⁵ *Pawlik*, GA 1998, 378 ff., passim.

⁶⁶ *Pawlik*, GA 1998, 381. Zur Terminologie von Person und Individuum bei *Pawlik* s. *ders.*, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 75 ff.

⁶⁷ *Pawlik*, GA 1998, 382.

⁶⁸ *Pawlik*, GA 1998, 389.

Lesch distanzierte sich von *Pawlik* bei der unvermittelten Übertragung einer spezifischen Kommunikationstheorie ins Prozessrecht. Für das Recht zu Schweigen bleibt bei ihm gleichwohl kein Raum, soweit empirische Interessen des Individuums damit verknüpft werden. Eben diese Verknüpfung würde nur bewirken, dass die Person „zur tiergleich-kreatürlichen Existenz herabgewürdigt“ wäre.⁶⁹ Das Recht, an das *Lesch* die Möglichkeit zu Schweigen anbindet, ist denn auch nicht Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG, sondern das Recht der Person auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG),⁷⁰ mithin ein Recht auf Kommunikation. Wo das Individuum wie bei der Hörfalle listig zur „freien“ kommunikativen Stellungnahme provoziert wurde, muss es dies hinnehmen⁷¹, ebenso wie die Verabreichung von Brechmitteln als körperliche Untersuchung nach § 81a StPO.⁷² Noch stärker geht er mit dem Prinzip der Unschuldsvermutung ins Gericht. Nicht nur dementiert er auch für sie jede Anknüpfung an Art. 1 und Art. 2 GG, er führt sie selbst im prosaischen Sachregister nur noch in Anführungszeichen, um auch hier kundzutun, dass es ihr an jedem Sinn gebricht. Für ihr Verständnis knüpft er an die funktionalistische Strafprozesslehre *Stuckenberg*s an, der die Unschuldsvermutung dieser Anknüpfung systematisch entkleidete und sie als Verbot definierte, die „Offenheit des Verfahrens“ zu „desavouieren“.⁷³

Nicht auszuschließen ist, dass sich dies mit der normativen Pragmatik *Brandoms* vereinbaren lässt. Wie bei *Brandom* gibt es auch hier keine Welt der rohen Fakten außerhalb diskursiver Praxis. Auch bei *Brandom* ist, wie eingangs gezeigt, das Konstruktivismusproblem kaum gelöst.

IV. Ein materiellrechtliches Desiderat

Ersichtlich ist *Neumanns* moderate Rehabilitation der von ihm „fragwürdig“ genannten Denkform der einzig richtigen Entscheidung durch den Grundrechtsschutz durch Verfahren, d.h. prozessual motiviert. Dort entfaltet sie auch die höchste Plausibilität, so dass sie selbst noch in ihrer gänzlich entdramatisierten Fassung als Fiktion zu überzeugen vermag. Fraglich ist, ob sich die Denkform auch im materiellen Recht begründen lässt. Das soll im Folgenden anhand eines von *Neumann* selbst behandelten Beispiels untersucht werden.

⁶⁹ *Lesch*, ZStW 111 (1999), 638.

⁷⁰ *Lesch*, Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 2001, S. 103 f., 146.

⁷¹ *Lesch*, GA 2000, 355 ff. (359, 370).

⁷² *Lesch* (Fn. 70), S. 167 f., 189 ff.

⁷³ *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, passim. Die Offenheit richtet sich in ihren Anforderungen „nach den Rationalitätskriterien und Sachaufklärungsmöglichkeiten der jeweiligen Zeit [...] nach dem Stellenwert des Verfahrens im jeweiligen Weltbild“ (S. 521). Das erlaubt in der Konsequenz auch ein irrationales Beweisverfahren: „Kraß: Mit einer Unschuldsvermutung läßt sich auch ein Verfahren sichern, das im Wege des Orakels oder des Gottesurteils über Erfolgs- oder Sippenhaft befindet.“, *Stuckenberg*, ZStW 111 (1999), 456. In der Konsequenz hat sie als Figur ausgedient, mit der den „Gefahren hoheitlicher Macht-ausübung in Verfahrensform“ gewehrt werden könnte (S. 535 Fn. 90); ausf. *Schulz*, GA 2001, 226 ff.

Der Tatbestand der Rechtsbeugung markiert bei *Neumann* den Übergang zum materiellen Recht. Bei der Ausrichtung an Richtigkeit als regulativer Idee könnte es nahe liegen, den Richter oder Staatsanwalt beim unterstellten Wort zu nehmen und ihn für verfehlte Entscheidungen zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen. Dann müsste er sich zumindest im objektiven Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) gemäß der Theorie des Pflichtverstoßes an der regulativen Idee messen lassen. Da der subjektive Tatbestand dem Wortlaut nach bedingten Vorsatz genügen lässt, der bei einem professionalisierten Entscheider leicht vorliegt, wäre damit das Tor zur Strafbarkeit weit geöffnet.⁷⁴ Das verbietet sich im Sinn der folgenorientierten Auslegung jedenfalls solange, als der Tatbestand als Verbrechen ausgestaltet und damit auf eine besondere Verwerflichkeit gemünzt ist. Daraus erklären sich die Verrenkungen, zu denen sich die Rechtsprechung bereits ohne den aufgeladenen Anspruch der einzig richtigen Entscheidung angesichts typischer Fehler bei der Entscheidungsfindung veranlasst sieht. So groß die Sympathie für eine hohe Kontrolldichte sein mag, es muss nicht nur die außerordentliche Strafdrohung überdacht werden, sondern bereits ein vergleichsweise unvermittelter Zugriff auf eine materiell-strafrechtliche Sanktion. Solange beispielsweise prozessuale Kautelen wie die Verbote der Beweisverwertung aufgrund einer Rechtsprechung, die absichtsvolle Rechtswidrigkeit verlangt, erst eingreifen, wenn eine Rechtsbeugung bereits anzunehmen wäre, ist die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geschuldeten Akzessorietät der Strafe nicht gewährleistet. Das demonstriert das prozessuale Institut des Verbots der Beweisverwertung.

Die anhand der Rechtsbeugung vorgestellte Reduktion von Kontrolle demonstriert allerdings zugleich, dass ein häufiger Einwand gegen den Zusammenhang des Postulats der einzig richtigen Entscheidung und der Kontrolldichte nicht stichhaltig ist: Der Umstand, dass von Kontrolle da Abstand genommen wird, wo sie möglich wäre, bestätigt diesen Zusammenhang⁷⁵ und dementiert ihn nicht, da das Postulat als hinreichende Bedingung der Kontrolle missverstanden wäre. Verfehlt ist es damit, das Votum für die Vertretbarkeit der Entscheidung beim Tatbestand der Rechtsbeugung als generelle Absage an das Postulat im materiellen Recht zu verstehen. Das bestätigt der hier zuletzt aufzunehmende Umstand, dass *Neumann* auch beim Begriff der Gefahr beim Notstand auf einem „realistischen Minimum“ insistiert, das sich als zumindest ex post geltend zu machendes Postulat der einzig richtigen Entscheidung reformulieren lässt. Scheidet eine Gefahr im Sinn von § 34 StGB aus, wenn ein vorgetäuschter Herzanfall auch für den erfahrenen Arzt nicht als simuliert erkennbar ist (und nur die anwesende Ehefrau des Patienten dies weiß)? Objektiv besteht keine Gefahr. Selbst wenn man die Perspektivität der Beobachtung von Gefahrenfaktoren ein-

⁷⁴ Ausf. *Saliger* (Fn. 28), S. 144 ff.

⁷⁵ „Mit der Idee rationaler Begründung verbindet sich also notwendigerweise das regulative Prinzip der einzig richtigen Entscheidung. Und eine rationale Begründung des Richters ist notwendige Voraussetzung für eine rationale Kritik seitens der Rechtswissenschaft“, *Saliger* (Fn. 28), S. 143.

räumt, *ex post* lässt sich der Irrtum des Arztes über die Gefahr festhalten. Folgt man diesem Ausgangspunkt, ist der Irrtum des Arztes als Erlaubnistatbestandsirrtum, d.h. als Problem der subjektiven Zurechnung zu behandeln.⁷⁶ Wenn auch die überwiegende Meinung bei der Gefahrenprognose in § 34 StGB eine *ex ante*-Betrachtung anstellt, ist damit der realistische Standpunkt noch nicht in Abrede gestellt.⁷⁷ Dies ist nur nach einer noch weitergehenden Ansicht der Fall. So hat *Jakobs* jedem Wahrheitsanspruch bei der Gefahrenprognose entgegen gehalten, die Anknüpfungstatsachen und der Schluss aus ihnen, die von ihm ontologisch und nomologisch genannte Basis, ließen sich nicht wirklich unterscheiden.⁷⁸ Die nomologische Disposition (bzw. Anlage) zu einer bestimmten Entwicklung lasse sich stets ontologisch als Eigenschaft der Lage definieren.⁷⁹ Damit verzichtet er auf ein realistisches Minimum und schränkt die tatsächlich bestehenden Erkenntnismöglichkeiten ein.⁸⁰ Dies zöge die ambivalente Folge nach sich, dass man im erwähnten Fall des vorgetäuschten Herzanfalls eine Gefahr nach § 34 StGB nicht mehr verneinen dürfte.⁸¹

Es bleibt dem Jubilar die Gelegenheit zu wünschen, dass er in einer weiteren Studie die vorliegende Untersuchung vertieft und das materiellrechtliche Umfeld des Anspruchs der einzig richtigen Entscheidung systematisch beleuchtet.

⁷⁶ *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 34 Rn. 50.

⁷⁷ Vgl. *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2005, § 8 Rn. 49 ff.

⁷⁸ *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2005, § 16 Rn. 15.

⁷⁹ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 13/13.

⁸⁰ Vgl. *Neumann* (Fn. 76), § 34 Rn. 48.

⁸¹ Für diese überwiegende Ansicht *Roxin* (Fn. 78), § 16 Rn. 13; *Jakobs* (Fn. 79), 13/13, beide m.w.N. Die Ablehnung der *ex-post*-Perspektive ist folgerichtig.