

# Von Wetterzeichen und Kristallkugeln

## Anmerkungen zur (nicht nur geistigen) Situation der deutschen (Straf-)Rechtswissenschaft anlässlich einer Rezension

Von Prof. Dr. Luís Greco, LL.M. (München), Berlin

Selten ist von einer Publikation, erst recht von einer Rezension, so viel gesprochen worden wie von derjenigen, die Kuhlen in der vorletzten Ausgabe dieser Zeitschrift einer Dissertation gewidmet hat.<sup>1</sup> Mir geht es weniger um den Rezensionsteil der Rezension als um ihren abschließenden „Ausblick“, in welchem der Rezensent bedauert, nicht vor einer isolierten Panne bzw. einem Ausreißer zu stehen, sondern vor einem Symptom. „Ich befürchte, dass mir die Lektüre dieser Arbeit einen Blick in die Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft ermöglicht hat. Was ich gesehen habe, hat mir nicht gefallen. Aber als Kristallkugel war die Dissertation dann doch auch für den Rezensenten wertvoll.“<sup>2</sup> Er glaubt, das Problem liege vor allem in der Sicherung der „Qualität der Betreuung von Dissertationen“ und in den „Standards [...], nach denen in der Strafrechtswissenschaft die Qualität wissenschaftlicher Leistungen beurteilt wird.“ Kuhlens Überlegungen ermutigen mich, über Gegenwart und Zukunft der deutschen (Straf-)Rechtswissenschaft zu reflektieren. Auch wenn ich Kuhlens Pessimismus nicht vollends teile, denke ich, dass es leichtsinnig wäre, seinen Weckruf nicht zum Anlass für eine aufrichtige Selbstkritik zu nehmen.

Meine Reflexionen beginnen mit dem Versuch einer Erfassung dessen, was verloren zu gehen droht (I.); sodann bemühe ich mich das zu beschreiben, wodurch es verloren zu gehen droht (II.); abschließend geht es um die praktischen Folgen, also um das, was wir angesichts der beschriebenen Sachlage zu tun gehalten sind (III.).

### I. Was droht, verloren zu gehen?

1. Der erste Schritt in unseren Überlegungen muss darin bestehen, das zu veranschaulichen, um dessen Zukunft man sich berechtigterweise Sorgen machen könnte. Denn Sorgen kann man sich nur über etwas machen, das sich nicht ereignen sollte; womit sich die Frage nach dem Grund hierfür stellt, also nach dem Gut, was verloren zu gehen droht, über dessen Schicksal man sich also Sorgen machen sollte.

2. Ich glaube, dass dieses Gut sich am besten durch den Ausdruck *Rechtskultur* erfassen lässt, die sich in Deutschland herausgebildet und etabliert hat.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Kuhlen, ZIS 2020, 327 (Die Auslandsbestechung und die deutsche Strafrechtswissenschaft – eine Rezension, Zu Cornelia Spörl, Das Verbot der Auslandsbestechung).

<sup>2</sup> Kuhlen, ZIS 2020, 327 (335).

<sup>3</sup> Die nachfolgende Kennzeichnung entspricht wohl weitgehend dem, was Schünemann in verschiedenen Publikationen als *mos analyticophilosophicus civitatis iuris* (mapci) bezeichnet hat (etwa Schünemann, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz [Hrsg.], Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 223 ff. [236]; ders., ZIS 2016, 645 [665]). Ausführlicher zu dem hier vorgetragenen Modell Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 41 ff.; siehe auch Leite, GA 2020, 273.

a) Den Ausdruck *Rechtskultur* finde ich deshalb passend, weil er sich aufschlussreich zergliedern lässt. Zunächst steckt in ihm das Wort *Kultur*; die hier interessierende Bedeutung ist aber nicht die soziologisierend-deskriptive, für die Kultur gleich Kultur ist, sondern eine idealisierend-normative, die Kultur mit Bildung und Pflege, Charakter und Tugend verknüpft. Eine über diese Verwandtschaftsverhältnisse hinausgehende, genauere Definition brauchen wir nicht. Kultur ist nach diesem Verständnis nichts Vorgegebenes, sondern mühsam Erworbenes, das man von seinen Eltern nicht schlicht empfängt, wie eine Auslandsreise nach dem Abitur, sondern sich durch jahre- bzw. jahrzehnte- bzw. lebenslange Arbeit aneignen und danach auch verteidigen und weitervermitteln muss.

Zu dieser Kultur gehört strukturiertes, verständliches und überprüfbares *Denken*, das wir unseren Studenten durch den sog. Gutachtenstil einzuprägen versuchen. Zu ihr gehört präzises, prägnantes und klares *Sprechen*, das sich dessen bewusst ist, dass Rechtsbegriffe keine in der Luft schwebenden Schlagworte sind, sondern körperlich spürbare Rechtsfolgen auslösen. Zu ihr gehört vor allem ein offenes, weil sich selbst offenlegendes und dem Gegenüberstehenden als gleichwertigen Diskussionspartner anerkennendes, generalisierbares, und insofern jede Freiheit zugleich als Bindung wahrnehmendes *Argumentieren*: von der Arbeitsgemeinschaft über das Seminar hin zur Dissertation und zum wissenschaftlichen Aufsatz, von den Klageschriften der Parteien bis zu den Entscheidungen unserer obersten Gerichte, sie alle denken, sprechen und argumentieren vergleichbar; insofern sie dies tun, bewegen sie sich auf einer Ebene, die weder Über- noch Unterordnungen kennt, sondern nur Gleiche, immer wissend, dass es bei der Lösung des Einzelfalls niemals allein um ihn geht, sondern dass die am Einzelfall entwickelten Überlegungen über ihn notwendigerweise hinausgehen werden und vernünftigerweise hinausgehen müssen.

b) Mit dem Gesagten, das eine Entfaltung des Gehalts des Kulturbegriffs für den vorliegenden Zusammenhang sein sollte, musste schon auf das *Recht* vorgegriffen werden; umgekehrt wird sich zeigen, dass Recht nicht unabhängig von Kultur verstanden werden kann. Denn das, was wir als Recht verstehen, das sich in dem äußert, was gerade beschrieben wurde, ist vielmehr eine Haltung, die sich nicht mit der nackten Tatsache der überlegenen Macht des Mächtigen gegenüber dem Schwachen begnügt, die Macht nicht als verantwortungslose Selbstverständlichkeit hinnimmt, sondern sich schämt, wenn Recht lediglich als Macht auftritt, und damit anerkennt, dass es über der Macht etwas gibt, was sie anstreben sollte. Recht im vollen Sinne des Wortes beginnt, wenn der Mächtige, der über das Leben und Schicksal eines Anderen entscheiden kann, sich nicht mit einem *sic volo, sic jubeo* begnügt; wenn er sich Warum-Fragen stellen lässt, die er nicht mit einem „weil ich will“ oder „weil ich kann“ beiseite räumt; wenn er sich nicht durch *Auctoritas* oder durch Ver-

fahren scheinlegitimiert, sondern sich auf das Wagnis begibt, *Gründe* anzuführen, also zu denken, zu sprechen und zu argumentieren, statt lediglich zu vollstrecken.

c) Soweit zur Rechtskultur – aber warum gerade die *hiesige*? Ist das Ideal, das oben gezeichnet wurde, nicht vielmehr so etwas wie ein Gemeingut der Menschheit? Als gebürtiger Brasilianer, der sein Studium der Rechtswissenschaften zunächst im Geburtsland und erst nach der deutschen Promotion auch hierzulande absolvierte, und der über die Jahre reichlich Erfahrung mit der Denk-, Sprech- und Argumentationskultur anderer Rechtskreise gesammelt hat, kann ich bezeugen, dass dieses, was bei uns selbstverständlich ist, das, wie gesagt, die Falllösung in der Arbeitsgemeinschaft mit der Entscheidung des BGH und des BVerfG verbindet, im internationalen Vergleich gerade keine Selbstverständlichkeit ist. Dass die Macht über sich selbst Rechenschaft ablegt, dass sie sich insofern auf Augenhöhe mit dem Schwachen begibt, das tut sie selten.

aa) Einen Schimmer dieser alternativen Einstellung einer sich für selbstverständlich erachtenden bzw. sich nicht schämenden Macht bekommt man in Deutschland immer wieder zu spüren, insbesondere wenn das in seinem Rang (Anwendungsvorrang), nicht aber notwendig in seiner Qualität überlegene Europarecht in das deutsche Recht einbricht – etwa wenn der Gesetzgeber, einem vermeintlichen Gebot des Europarechts Folge leistend, den Vereinigungsbegriff in dem seit 2017 geltenden § 129 Abs. 2 StGB so definiert, dass er sich auf den ersten Blick nicht mehr von der Bande unterscheidet;<sup>4</sup> oder wenn die Rechtsprechung sich diesen Eingriffen, die anstelle von durchdachter, auf Grundlage eines Systems argumentierender Begriffsbildung Schlagworte wie Europäisierung oder Verbraucherschutz setzen, wacker widersetzt.<sup>5</sup> Am pikantesten ist es, wenn wir uns dumm stellen

müssen, um dem verfassungsrechtlichen Gebot der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR entsprechen zu können<sup>6</sup> und aus den angeblichen Kriterien oder Prüfungschemata, die der EGMR für zahlreiche strafprozessuale Fragen bildet, anwendungsfähige Rechtsbegriffe zu machen. So soll die Provokation menschenrechtswidrig sein, „wenn sich die beteiligten Polizeibeamten nicht auf eine weitgehend passive Strafermittlung beschränken, sondern die betroffene Person derart beeinflussen, dass diese zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie andernfalls nicht begangen hätte“<sup>7</sup> – als wäre ein „passives Ermitteln“ keine *contradictio in adjecto*, und als ergäbe die futurologische Frage, ob der Provozierte ohne die Provokation die Straftat auch begangen hätte, einen sinnvollen Beweisgegenstand. Wenn die Wendung „passives Ermitteln“ in einer universitären Prüfungsarbeit auftreten würde, würden wir nicht zögern, Punkte abzuziehen; weil dieser Fehler nicht von einem kleinen Prüfungskandidaten, auch nicht vom BGH, den wir als gelehrte Professoren so gern belehren, sondern von einem hohen europäischen Gericht stammt, hört er auf, ein Fehler zu sein. Oder man nehme die Rechtsprechung des EGMR über das Konfrontationsrecht bei unerreichbaren Zeugen: das Gericht legt seit der Entscheidung der Großen Kammer im Fall Al-Khawaja und Tahery gegen das Vereinigte Königreich<sup>8</sup> eine angebliche Drei-Stufen-Theorie vor – triftiger Grund für das Nichterscheinen; die Aussage soll nicht die einzige Grundlage der Entscheidung sein („sole or decisive rule“); es müssen ausgleichende Faktoren (z.B. Anwesenheit des Verteidigers bei der Befragung) vorliegen – die aber in keinem ersichtlichen Stufenverhältnis zueinander stehen, wie das Gericht selbst in einer späteren Entscheidung einräumen musste,<sup>9</sup> so dass der BGH sich auf sich gestellt sieht, diesen Aussagen einen Sinn zu verleihen.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Im Einzelnen, mit den gehörigen Nachweisen, auch in einem Versuch, den gesetzgeberischen Missgriff im Wege einer restriktiv-systematischen Auslegung zu „berichtigen“, *Stein/Greco*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 129 Rn. 6 ff., 16 ff., 25 ff.

<sup>5</sup> Bzgl. des Vereinigungsbegriffs noch BGHSt 54, 216 (223 f.) – es bleibt zu hoffen, dass diese Linie nicht verlassen wird (dass sie sich mit dem geltenden Recht verträgt, versuche ich in der in der letzten Fn. zitierten Kommentierung nachzuweisen); bzgl. der angeblichen europarechtskonformen Auslegung des Betrugstatbestands am „europäischen Verbraucherleitbild“ BGH NJW 2014, 2595, Rn. 28 ff. Zu diesem zweiten Beispiel sei noch gesagt (weil ich nicht auf weitere eigene Publikationen verweisen kann): Das Schrifttum scheint überwiegend für die europäisierende Auslegung einzutreten (umfassend mit entsprechenden Nachw. zuletzt *Hoyer*, ZIS 2019, 412, der eine differenzierende Lösung entwickelt); damit wird aber übersehen, dass das Lauterkeitsrecht – insofern völlig anders als § 263 StGB – „abstrakte“ Verbote vorsieht, die unabhängig von der Aussicht auf einen Schaden eingreifen. Es gibt also keinen Verstoß gegen das ultima ratio-Prinzip, wenn für die Legitimierung eines „abstrakten“, im Sinne eines unabhängig von der Schaffung einer unerlaub-

ten Gefahr für das Vermögen eingreifenden Verbots, mehr verlangt wird als für ein solches, das erst mit der Aussicht auf einen Schaden legitimiert wird. M.a.W.: „Vermögensschädigendes Verhalten“ bedeutet nicht notwendig dasselbe wie „unlauteres Verhalten + x“. Die Kritik des Schrifttums dürfte teilweise der Verführung durch das Schlagwort der asymmetrischen Akzessorität erlegen sein (zur Kritik hieran *Greco*, GA 2019, 693).

<sup>6</sup> Etwa BVerfG NJW 2005, 1765.

<sup>7</sup> So die ständige Rspr. des EuGH seit EuGH, Urt. v. 4.11.2010 – 18757/06 (Bannikova/Russland), Rn. 37 ff., 48; weitere Nachw. bei *Schünemann/Greco*, in: Cirener/Radtke/Rissingvan Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 72 (im Erscheinen).

<sup>8</sup> EGMR, Urt. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja und Tahery v. Vereinigtes Königreich).

<sup>9</sup> EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 110 ff. = NJOZ 2017, 544 (deutsch).

<sup>10</sup> Insbesondere BGH NSTZ 2017, 602; NSTZ 2018, 51. Das Schrifttum ist wieder ganz überwiegend BGH-kritisch.

bb) Es ließe sich zeigen – nicht aber in der vorliegenden Abhandlung<sup>11</sup> – dass Derartiges, wovon das deutsche Recht gottlob noch eher punktuell betroffen ist, also weder durchdachte, noch auf Begriffen basierende, weder offen, noch generalisierbar argumentierende Entscheidungen, nichts anderes als Rechtsalltag in den meisten anderen Ländern (sogar in Europa) ist. Für sie ist Recht kein Gegensatz zu Macht, sondern deren Fortsetzung mit gleichen Mitteln. Für sie ist Denken und Sprechen und Argumentieren in erster Linie Ritual, Teil des Verfahrens im Luhmannschen Sinne; der Betroffene möge sich nicht beklagen, weil ihm eine lange „Begründung“ zur Verfügung gestellt wurde, deren einziger Sinn es ist, durch ihre schlichte Körperlichkeit (d.h. durch den dicht gedruckten, schwer lesbaren und erst recht unverständlichen Text) Protest für nicht anschlussfähig zu erklären.

cc) Ich meine nicht, dass in solchen Ländern nur Macht, und kein Recht existiert; in ihnen muss aber durchaus der echte Rechtsanteil im Recht viel stärker umkämpft werden. Dieser Kampf wird als Einzelkampf durchgeführt, häufig mit heldenhafter Aufopferung durch diejenigen, die ihn antreten – beginnend bei selbstfinanzierten Auslandsaufenthalten und Privatbibliotheken, bis hin zu der Mühe, überhaupt Gründe statt Autoritäten anzuführen, was weder Garantie dafür ist, dass man überhaupt gehört und ernst genommen wird (sondern nicht vielmehr als Pedant beiseitegeschoben wird), noch dafür, dass man kein Risiko eingeht, von den Autoritäten, die sich ungern auf Augenhöhe ansprechen lassen, als Herausforderung wahrgenommen zu werden. In Deutschland muss weniger ums Recht gekämpft als daran gearbeitet werden; die

---

<sup>11</sup> Zwei Beispiele, zu denen ich schon gearbeitet habe, und ein drittes: Die italienische Rechtsprechung über den strafprozessualen Tatbegriff, die vom Gesetz losgelöst behauptet, die prozessuale Tat, fatto – dasselbe Wort übrigens, mit dem man die strafsystematische Kategorie des Tatbestands bezeichnet, was Anknüpfungspunkt für die offensichtliche quaternio terminorum bildet – bestehe aus den Merkmalen Handlung, Erfolg und Kausalzusammenhang, aber zugleich hieraus folgt, Hehlerei und Raub seien dieselbe Tat (vgl. mit ausführlichen Nachw. Greco [Fn. 3], S. 495 f.). Frankreich macht es gelegentlich sogar besser; es wird (immerhin) auf das Gesetz verwiesen, aber auf dessen nackten Wortlaut, ohne den Hauch einer an eine Subsumtion erinnernde Begründung anzubieten – so dass etwa die zweite Verfolgung als vorsätzliche Tötung einer bereits zuvor als fahrlässige Tötung rechtskräftig abgeurteilten Handlung deshalb möglich sei, weil das Gesetz (Art. 368 Code de procédure pénale) nur die zweite Verfolgung wegen der „mêmes faits“ untersagt (für die Nachw. siehe Greco [Fn. 3], S. 63, 490). Das dritte Beispiel betrifft mein Herkunftsland: Trotz verfassungsrechtlich anerkannten Analogieverbots gelang es dem dortigen Obersten Bundesgericht (Supremo Tribunal Federal), die Diskriminierung gegen Homosexuelle unter den Tatbestand der Diskriminierung aus Gründen der „Rasse“ zu subsumieren (ADO 26 /DF). Für ein viertes Beispiel – die brasilianische „Rezeption“ der Tatherrschaftslehre – siehe Greco/Leite, ZIS 2014, 285; zu den Entscheidungsstilen nicht deutscher Gerichte siehe Greco (Fn. 3), S 62 ff.

Rechtskultur ist *institutionalisiert*, sie wird gepflegt und geliebt von Personen, die ihren Lebensunterhalt dadurch verdienen, dass sie einem hohen Standard des Denkens, Sprechens und Argumentierens nachkommen. Wissenschaft und Praxis mögen scheinbar miteinander streiten; wer meint, sie stünden in Deutschland einander als „fremde seltsame Welten“ gegenüber,<sup>12</sup> übersieht, dass Meinungsstreitigkeiten erst auf einer anspruchsvollen gemeinsamen Grundlage ausgetragen werden können, hier nämlich der Überzeugung, Arbeit am Recht als ein Gefüge von Gründen zu leisten.

Das oben unter a) und b) beschriebene Ideal einer auf Gründen basierenden Rechtskultur hat sich wegen dieser institutionellen Verankerung nirgendwo sonst so sehr zu realisieren vermocht, wie hierzulande. Sie ist das bewunderungswürdige Ergebnis der Arbeit von mindestens bis in das Mittelalter zurückverfolgbaren Generationen von namhaften wie namenlosen Theoretikern und Praktikern, auf deren Schultern wir stehen, wenn wir heute Recht lehren und praktizieren – der Schatz, auf dessen Suche Generationen von begeisterten Nachwuchswissenschaftlern, zu denen auch ich gehörte, sich in dieses Land begeben.

3. Dass ich in meiner Beschreibung eher die positiven Seiten dieser Kultur hervorgehoben habe, heißt aber nicht, dass es nichts gäbe, was zu kritisieren und zu verbessern wäre. An dieser Stelle erinnere ich nur an unsere zu Recht vielfach gerügte „selbstbewusste Provinzialität“, die so tut, als gäbe es nichts Wertvolles und Intelligentes neben dem, was hierzulande geschrieben und gedacht wird;<sup>13</sup> dass dies aber nicht so sein muss, habe ich in meiner Neubearbeitung des Allgemeinen Teils von Roxin zu zeigen versucht.<sup>14</sup> Weitere Probleme, die aus dem Inneren dieser Kultur hervorgehen, werde ich unten unter II. 2. ansprechen.

## II. Wodurch droht es, verloren zu gehen?

Kultur muss sich, wie gesagt, jede Generation erst erarbeiten; Kultur ist deshalb zerbrechlich. Sie ist in der Gegenwart mehreren Gefahren ausgesetzt, einigen, die von außen, anderen, die aber von innen, aus den eigenen Reihen, sogar auch von prominenten Repräsentanten dieser Kultur kommen. Von diesen Gefahren kann ich nur als Theoretiker sprechen, der ich auch bin; ich blende deshalb die Herausforderungen der Praxis aus, nicht weil es sie nicht gäbe – einige davon, die ich auch als Wissenschaftler sehen kann, wurden bereits erwähnt –, sondern weil ich sie nicht aus Eigenerfahrung kenne.

1. Die *von außen kommenden Gefahren* beginnen bei der teilweisen Fremdsteuerung des deutschen Studiums durch die Landesjustizprüfungsämter, die vorschreiben, was gelehrt

---

<sup>12</sup> Fischer, in: Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, 2008, S. 63; siehe auch Rotsch, ZIS 2008, 1.

<sup>13</sup> Diese Klage findet sich etwa bei Fletcher, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 235 (239); Zoll, ebenda, S. 283 (285 f.); Silva Sánchez, GA 2004, 679 (681).

<sup>14</sup> Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020 – dort auch mit Nachw. dazu, dass die kritisierte Haltung sich zu ändern beginnt (§ 7 Rn. 85w).

und gelernt werden muss. Obwohl sich dies am Ende gewiss positiv ausgewirkt hat, in dem Sinne einer international so weit ersichtlich nirgendwo sonst vorhandenen Nähe von gelehrt-gelerntem und auch gelebtem Recht, besteht zugleich die Versuchung für alle an der Universität Involvierte, die eigene Arbeit als reine Klausurvorbereitung zu verstehen, die Universität bestenfalls zur Fachhochschule, wenn nicht zum Repetitorium zu machen. Strafprozess, Strafzumessung, Strafvollzug, Sexual-, Steuer-, Korruptions- und Staatsschutzstrafrecht, dies alles ist für die Wissenschaft nur am Rande interessant.<sup>15</sup> – Auch die Verlage tun das Ihrige: Bücher verkaufen; nur sind die Bücher, die sich am besten verkaufen lassen, nicht notwendig die wissenschaftlich wertvollsten, sondern Lehrbücher und Kommentare, die mit wenigen Ausnahmen auf die Entwicklung neuer Ansätze zugunsten reiner Beschreibung verzichten, und dies in einem wahren Teufelskreis gegenseitigen Sich-Beschreibens.<sup>16</sup> Trotz allseits bekanntem bzw. beklagtem Überfluss an beiden Publikationsformaten entstehen derer immer neue, und die alten erhalten in immer kürzerem Takt publizierte Neuauflagen; an ihnen beteiligt sich nahezu jeder, womit die Freiheit und Ruhe, sich den Themen vertieft zu widmen, die man eigentlich bereichern könnte, einem langsam verloren gehen. – In den letzten Jahrzehnten wird das Recht zunehmend von großzügigen, gutwilligen Drittmittelgebern beeinflusst, deren Taschen leichter zu lockern sind, wenn modern anmutende, m.a.W. anschlussfähige-zeitgeistkonforme Förderanträge, sowohl hinsichtlich der Thematik, als auch der in Aussicht gestellten Ergebnisse, eingereicht werden; Ob-Fragen sind gegenüber Wie-Fragen strukturell im Nachteil. – Und last but not least darf das unfreier werdende Gesellschaftsklima nicht unerwähnt bleiben, der spürbare Druck, Sensibles, wenn überhaupt, dann nur im Sinne der politischen Korrektheit zu thematisieren, der sich inzwischen auch an deutschen Universitäten bemerkbar macht, obwohl es bzw. er einer freien Gesellschaft und erst recht einer freien Universität unwürdig ist.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Ähnlich Hörnle, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 183 (208).

<sup>16</sup> Und Abschreibens – von einem Kollegen und Ko-Kommentator hörte ich das Bonmot: Wenn einer von einem anderen abschreibt, heißt es Plagiat; wenn alle von allen abschreiben, heißt es Kommentar. Wohlgemerkt: Ich kritisiere nicht das Format Lehrbuch/Kommentar; ohne Lehrbücher gibt es keine Ausbildung, und ohne das Genre Kommentar, eine deutsche Schöpfung (umfassend Kästle-Lamparter, Welt der Kommentare, 2016), gäbe es nicht die enge Verzahnung von Wissenschaft und Praxis, die für die hierzulande bestehende Rechtskultur charakteristisch ist. Die Kritik gilt nur dem Überschuss (ähnl. Hörnle [Fn. 15], S. 209).

<sup>17</sup> Die Universität Edinburgh verleugnet jüngst keinen geringeren als David Hume, siehe <https://www.ed.ac.uk/news/students/2020/equality-diversity-and-inclusion-an-update> (abgerufen am 4.10.2020). Von Derartigem sind wir in Deutschland (noch?) ein Stück entfernt.

2. Noch problematischer wird es, wenn die Gefahren nicht mehr bloß von außen, sondern *aus den eigenen Reihen* kommen. Dies geschieht – und diese Sorgen scheinen *Kuhlen* bewegt zu haben<sup>18</sup> –, wenn wir ungelesene Dissertationen durchwinken, und erst recht, wenn wir sie mit summa cum laude bewerten, womit wir zugleich, weil die summa-Note immer noch als Einladung zur Habilitation und somit zu einer wissenschaftlichen Karriere verstanden wird, den wissenschaftlichen Nachwuchs ohne die gehörige Sorgfalt selektieren. Das geschieht, wenn wir nur lobende Rezensionen schreiben, oder gar keine, oder von Büchern, die wir nicht genau gelesen haben. Das geschieht, wenn es implizit oder explizit heißt, dass alles, was wir in Deutschland publizieren, deshalb wertlos sei, weil es von dem englischsprachigen Diskussionsraum nicht wahrgenommen wird. Das geschieht, wenn wir Berufungsentscheidungen nach wissenschaftsfremden Kriterien treffen, etwa Drittmittelstärke, Länge und nicht Qualität der Publikationsverzeichnisse u.a., oder wenn wir dafür eintreten, dass der Weg zum Prof. Dr. für den befreundeten Honorarprofessor kürzer wird als für den durchschnittlichen Habilitanden. Das geschieht, wenn wir die sorgfältige, mühsame dogmatische Arbeit, ohne die sich über Recht kaum denken, sprechen und argumentieren lässt, als kleingeistig abtun.<sup>19</sup> Zuletzt geschieht das, wenn wir ungeniert-nonchalant behaupten, dass sich allein Wissenschaftler aus Ländern mit „problematischer Vergangenheit“ für das deutsche Recht interessieren würden,<sup>20</sup> womit man Generationen von ausländischen Kollegen, deren individueller Kampf ums Recht nach Deutschland geführt hat und immer noch führt, bestenfalls für naiv und verblendet, in Wahrheit schlicht für dumm erklärt. Denn die problematische Vergangenheit Deutschlands ist nicht Ausdruck einer Kultur des Argumentierens auf Augenhöhe, für die nur das Argument, und nicht die Person zählt, sondern ihre offensichtlichsste Negierung.

3. Die Gefahren von außen gab es zwar immer, obwohl nach meinem Empfinden das Ausmaß spürbar zugenommen haben dürfte. Die Gefahren von innen stehen uns nicht nur näher, sondern sind zu einem großen Teil neu, und deshalb so erschreckend. Zusammen werden sie zu mehr als den vor 15 Jahren festgestellten „Wetterzeichen des Untergangs“;<sup>21</sup> sie drohen in der Tat, die in Deutschland einzigartig vorhandene *Institutionalisierung* der Arbeit am Recht *aufzulösen*, und von den Involvierten mehr und mehr auch hierzulande einen einsamen Kampf ums Recht zu verlangen. Weil aber die Institutionen in ihrer „Körperlichkeit“, also als Quelle von Alimentation und Reputation immer noch bestehen, werden sie gerade für denjenigen attraktiv, der Recht und Wissenschaft nicht als Beruf, sondern als *Geschäft* betreibt.

<sup>18</sup> Wobei ich mich ausdrücklich einer Äußerung darüber enthalte, ob der Vorwurf im Fall, der Gegenstand von *Kuhlen*s Rezension war, berechtigt ist.

<sup>19</sup> Hierzu kritisch m.w.N. *Roxin/Greco* (Fn. 14), § 7 Rn. 85b ff.

<sup>20</sup> So bekanntlich *Vogel*, JZ 2012, 25 (27).

<sup>21</sup> Eine Anspielung auf *Schünemann*, Wetterzeichen des Untergangs der deutschen Rechtskultur, 2005.

Wenn Wissenschaft zur *Alternative zwischen heldenhafter Aufopferung und Geschäft* wird, dann ist klar, wofür man sich als Wissenschaftsgläubiger, sei es als Etablierter oder als Nachwuchsvertreter, eher entscheiden wird. Der Etablierte wird sich dazu getrieben fühlen, seine Aufgaben der Forschung und Lehre so weit wie möglich an seine Mitarbeiter zu delegieren, um sich stattdessen Mandaten, Gutachten und Kanzleien (als Of Counsel) widmen oder dem schlichten Wissenschaftstourismus zuwenden zu können. Unsere frischen summa-Doktoren, die vor der biographieprägenden Entscheidung stehen, ob sie eine Habilitation antreten sollten, können die beschriebene Alternative nur als Mahnung deuten, sich gut zu überlegen, ob nicht eine Karriere als Praktiker vorgezogen werden sollte, und dies nicht obwohl, sondern just weil man Interesse am Recht und an der Wissenschaft hat.

### III. Was tun?

Aus dem Beschriebenen folgt schon, was zu tun ist, weshalb ich mich in diesem abschließenden Abschnitt kurz fassen kann. Es gilt zu verhindern, dass die institutionalisierte Rechtskultur, die sich hierzulande etabliert hat, von außen zerstört und von innen untergraben wird. Das heißt, es gilt, das Gute zu bewahren und fortzuentwickeln, dem Schlechten zu widerstehen, bevor der Punkt erreicht ist, an dem Widerstand zum Martyrium wird. Gerade gegen die inneren Gefahren, die uns näherstehen, an deren Bestehen wir häufig als Verantwortliche beteiligt sind, können und müssen wir mehr unternehmen.

Als Rechtsgelehrte tragen wir eine Verantwortung, in der Welt die Kultur der Unterscheidung von Macht und Recht, von Entscheidung und Begründung, weiter zu repräsentieren. Diese Verantwortung dürfen wir nicht verleugnen, dadurch, dass wir uns dem von außen und von innen kommenden Druck beugen.

Bei der Fertigstellung der Druckfahnen zum vorliegenden Aufsatz (am 16. Oktober 2020 um ca. 15:00) erreichte mich die traurige Nachricht, dass dieses schreckliche Jahr uns noch Luís Gracia Martín genommen hat. Auch er, der größte Vertreter des Erben von Hans Welzel im romanischsprachigen Raum, glaubte an den Wert einer Kultur des Rechts und des Arguments. Ich möchte meine Überlegungen nachträglich seinem Gedenken widmen. Ya te echo de menos, querido amigo.