

Der Kampf ums Strafrecht, um dessen Wissenschaft, und seine jüngste Zuspitzung im „Doktorgate“

Überlegungen anlässlich des Rezensionssaufsatzes von *Kuhlen*, ZIS 2020, 327

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, München

I. Der Verriss und seine Gründe

1. Die Lektüre von *Kuhlens* Rezensionssaufsatz löst auf den ersten Blick gemischte Gefühle aus, indem sich der Leser infolge seiner (meiner) intuitiven Parteinahme für den Schwächeren fragt, ob es wirklich nötig ist, dass ein Ordinarius im Ruhestande eine Doktorarbeit zum Objekt seiner allseits anerkannten herausragenden analytischen Fähigkeiten nimmt und schonungslos seziert. Bei genauerer Betrachtung wird aber rasch klar, dass auf die Rezension die Sentenz von *Petronius* zutrifft „qui asinum non potest, stratum caedit“. Der zweite, ebenfalls auf den ersten Blick etwas befremdliche Charakterzug der Rezension liegt darin, dass sie sich auf Formalien und vor allem sprachliche Mängel kapriziert, während die zentrale wissenschaftliche These der Dissertation, die vom Korruptionsbekämpfungsgesetz 2015¹ angeordnete allgemeine Bestrafung der Bestechung ausländischer Amtsträger dadurch zu legitimieren, dass hierin eine indirekte Gefährdung der Integrität der deutschen Verwaltung gesehen wird², nur mit wenigen Bemerkungen gestreift wird: Das leuchte dem Rezensenten zwar nicht ein, aber die Praxis werde sich mit dieser oder einer anderen Begründung über die Zweifel an einer Verfassungsmäßigkeit von § 335 a Abs. 1 Nr. 2 a hinwegsetzen³; die Gefährdungsthese sei unrealistisch und die Annahme der Doktorandin, durch die Kriminalisierung derartiger Bestechungen werde „der deutsche Verwaltungsapparat standhaft und beharrlich gegen korruptive Einflüsse auch transnationaler Art verteidigt“, treuherzig⁴. *Kuhlen* beruft sich aber auch insoweit nur auf die „empirisch extreme Unplausibilität“, nicht auf ein die Gesetzgebung normativ eingrenzendes, naheliegender Weise auf der Ebene der Verfassung zu begründendes Prinzip.

2. Nach meiner Überzeugung kann man über die „geistige Situation der (gegenwärtigen) deutschen Strafrechtswissen-

schaft“⁵ nicht treffend, geschweige denn erschöpfend sprechen, ohne auch diese normative Frage zu thematisieren, worauf ich im 3. Teil meiner Überlegungen zurückkommen werde. Unbeschadet dessen scheint mir aber *Kuhlens* akribische Analyse hierfür wichtige indirekte Aufschlüsse, nämlich ein Exempel dafür zu liefern, dass die von mir schon früher beobachtete Tendenz zur postmodernen Beliebigkeit in den Grundfragen des Strafrechts ein Bedürfnis zur Ausfüllung dieses Vakuums durch (wie *Kuhlen* zeigt: allzu oft missglückte) bombastische Wortschöpfungen und sprachliche Arabesken zeugt, mit deren Hilfe sich der hoffnungsvolle wissenschaftliche Nachwuchs gegenüber der nicht weniger eifrigen Konkurrenz einen Platz an der Sonne zu erkämpfen versucht, auf dem sich seine bereits etablierten Vorgänger als „Schnittstelle zwischen Wissenschaft, Politik und Praxis“⁶ eingerichtet haben (was als Bild womöglich mehr aussagt als gedacht wurde, weil die Schnittstelle selbst keine eigene Substanz bildet). Zwar könnte die sich auf grammatische und stilistische Fragen konzentrierende Kritik *Kuhlens* beckmesserhaft erscheinen, aber bei genauerer Prüfung wird deutlich, dass sie schon bei den Mindestbedingungen ansetzt, die das Tor zum Eintritt in den wissenschaftlichen Diskurs markieren. Denn Prämisse und Grundvoraussetzung jeder sich daran anschließenden dogmatischen Untersuchung bildet das vernünftige Reden, und davon handelt *Kuhlens* akribische Analyse, indem er exemplarisch zeigt, dass die besten Noten, die höchsten Preise und die meisten Stipendien heutzutage an einen maximal präntiösen Stil vergeben werden, der in Wahrheit nicht einmal diese Grundvoraussetzung und Grundprämisse erfüllt. Wenn man *Kuhlens* im einzelnen belegte Kritik an dem heute so erfolgreichen Duktus liest, mit bombastischen Formulierungen Tiefsinn vorzugaukeln und sich dabei zugleich einen modischen, mit anglo-amerikanischem Firnis überpinselten Anstrich zu geben, wird man (um der klassische Zitate goutierenden Dissertation die Reverenz zu erweisen) unweigerlich an das Gespräch Hamlets mit dem jungen⁷ Höfling Osrik erinnert, der laut Hamlet „the tune of the time“ trifft, indem er lauter „bubbles“ produziert.⁸

¹ Gesetz zur Bekämpfung der Korruption v. 20.11.2015, BGBl. I 2015, S. 2025.

² *Spörl*, Das Verbot der Auslandsbestechung, 2019, S. 258–260.

³ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (328 linke Spalte).

⁴ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (328 rechte Spalte), wozu *Kuhlen* auf S. 329 seine eigenen früheren Arbeiten zitiert und mit Recht deren fehlende Berücksichtigung in der Arbeit von *Spörl* moniert, was mir zwar auch mit meinen eigenen einschlägigen Arbeiten (ZRP 2015, 68, sowie in: Hoven/Kubicel [Hrsg.], Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 25) bei *Kuhlen* widerfahren ist, aber gegenüber einer – anders als eine Dissertation – nicht auf vollständige Literaturverarbeitung verpflichteten Rezension keine Kritik begründet (eher schon bei einem Großkommentar wie dem Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, siehe dort *Eisele*, § 335a Rn. 7).

⁵ In Fortsetzung meiner Analyse vor 25 Jahren in GA 1995, 201; spanisch *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia juridico-penal alemana*, Bogotá 1996.

⁶ So der offizielle Internetauftritt des „Doktorvaters“ der rezensierten Dissertation.

⁷ Act V Scene II 192 („young Osrik“), während Hamlet selbst, wie sein Dialog mit dem Totengräber zeigt (Scene I 155, 165 f., 178), zu diesem Zeitpunkt 30 Jahre alt ist und damit für das Elisabethanische Zeitalter im besten Mannesalter steht, verglichen mit heute etwa eines bereits arrivierten Lehrstuhlinhabers.

⁸ Hamlets komplettes Verdikt lautet: „Thus has he – and many more of the same bevy that I know the dressy age dotes on – only got the *tune of the time* and outward habit of en-

II. Wissenschaftssoziologische Erklärungen

1. Der zentrale Vorwurf der Rezension trifft aber nicht einmal den Nachwuchs, der das Erfolgsgeheimnis gespürt hat, in den Fußstapfen des Betreuers⁹ unter Umkehrung der alten Maxime „Mehr sein als Scheinen“¹⁰ über ein „In-Thema“ zu schreiben, sondern diejenigen, die die Noten, Preise und Stipendien zu vergeben haben und teils auf den farbigen Abglanz hereinfliegen, teils ihn gar verlangen oder wenigstens fördern.¹¹ Freilich stehen wir hier nicht im mindesten vor einem völlig neuen Phänomen, denn der gesellschaftliche Aufstieg nicht nach dem Leistungsprinzip, sondern nach dem Prinzip der Protektion ist so alt wie die Menschheit – zumal die Flecken des Aufstiegs häufig nach einer gewissen Zeit durch Leistungen getilgt oder vergessen werden. Und auch in der Universität, in der das Leistungsprinzip von allen gesellschaftlichen Institutionen am Längsten verwirklicht gewesen ist, hat es natürlich immer wieder Fälle des Günstlingsprinzips gegeben, wie ich auch schon in der alten Bundesrepublik miterlebt habe. So, wenn etwa ein Habilitand, der kaum etwas publiziert hatte und von einem Abschluss der (tatsächlich nie abgeschlossenen) Habilitationsschrift weit entfernt war, aufgrund eines direkten Kontaktes zwischen zwei Ordinarien auf einen Lehrstuhl gehievt wurde, auf dem er auch die anschließenden Jahrzehnte so gut wie nichts publiziert hat; wenn ein ostasiatischer Doktorand, der eine durchaus passable deutschsprachige Dissertation eingereicht hatte, in der mündlichen Prüfung aber in dieser Sprache keinen einzigen sinnvollen Satz zu formulieren vermochte, auf energisches Betreiben seines Doktorvaters dennoch promoviert wurde; wenn das „summa cum laude“ an einer Fakultät zur häufigsten Note avancierte, die etwa von Direktoren eines Max-Planck-Instituts als Referent und Co-Referent in anmutigem Wechselspiel vergeben wurde; wenn der dieses Prädikat vergebende Erstgutachter die Arbeit offenbar nicht gelesen hatte und in seinem Votum die übliche Inhaltsangabe dadurch raffiniert bewältigte, dass er das Inhaltsverzeichnis herzählte und mit schmückenden Beiworten wie etwa „tiefdringend behandelte“ garnierte.

2. Sind die von *Kuhlen* am Ende seiner Rezension getroffene Feststellung, es handele sich nicht um einen Einzel-

counter; a kind of yesty collection, which carries them through and through the most fond and winnowed opinions; and do but blow them to their trial, the *bubbles* are out.“ (Act V Scene II 185 ff. (*Hervorhebungen* durch den *Verf.*)).

⁹ Denn die oben erwähnte These wurde bereits von *Kubiciel* aufgestellt, erstmals anscheinend in: *Kubiciel/Spörl*, Kölner Papiere zur Kriminalpolitik 4/2014, 29 f., sowie in *Hoven/Kubiciel* (Fn. 4), S. 45 (55 ff.).

¹⁰ Die deutsche Formulierung wird gewöhnlich dem älteren Moltke zugeschrieben, die Maxime findet sich aber bereits bei Aischylos, Plato und Cicero.

¹¹ Übrigens bietet für die Prämisse der vernünftigen Rede durchaus der anglo-amerikanische Dogmatikstil ein gutes Beispiel, weil er durchweg auf der Common Sense-Ebene stattfindet und Verstiegenheiten meidet; auf seine Defizite auf der Stufe der systematischen Verknüpfung komme ich unten zurück.

fall, und seine implizit kassandrahafte Frage nach den Standards, nach denen (scil. heutzutage) die Qualität wissenschaftlicher Leistungen in der Strafrechtswissenschaft beurteilt wird¹², demnach übertrieben und kein Grund zur Besorgnis, vielleicht sogar repräsentativ für den Unmut alter weißer Männer? Ich kann auf diese wissenschaftssoziologische Frage keine mithilfe der quantitativen Methoden der empirischen Sozialwissenschaften gesicherte Antwort geben, sondern nur die Gründe nennen, die meinen persönlichen Eindruck einer erheblichen *quantitativen Steigerung* des von *Kuhlen* exemplarisch beschriebenen Phänomens plausibel machen.

a) Der Hunger von Politikern nach Dokortiteln und die damit zusammenhängenden Manipulationen bei ihrer Erlangung haben im letzten Jahrzehnt Aufsehen erregt. Die Kette reicht von Baron Guttenberg bis zu Franziska Giffey. Besondere Aufmerksamkeit „verdient“ Annette Schavan, weil es bei ihr um die Leiterin eines Kultus- bzw. Bildungs- und Forschungsministeriums ging. In politischer Hinsicht fand die Bundeskanzlerin mittlerweile eine für sie typische Lösung, indem sie das Bundesministerium einfach an eine Frau vergab, die von einer Erlangung des Doktorgrades, leider auch von jeglicher Erfahrung mit Wissenschaft und Universitäten weit entfernt war. Die dadurch regierungsamtlich beglaubigte Nutzlosigkeit von einschlägigen Kenntnissen für einen Politiker ermöglicht dieser Gruppe einen stillen Abgang aus dem „Dokorgate“, lässt dann aber statt dessen die Dokormütter und -väter und damit die beamtete Wissenschaft selbst ins Rampenlicht treten, denen das plagiatorische Verhalten der von ihnen Betreuten schon deshalb hätte auffallen müssen, weil die angebotene intellektuelle Substanz der betreffenden Texte durchweg dürftig war.

b) Ein weiterer begünstigender Umstand liegt in meinen Augen in dem Niedergang des professoralen Prestiges in den letzten 50 Jahren und in dem entsprechenden Abbau des akademischen Komments, den ich am Beispiel der deutschen Strafrechtswissenschaft kurz skizzieren möchte.

aa) Die großen deutschen Kodifikationen beruhten ganz wesentlich auf den Leistungen der Rechtswissenschaft. Für das BGB bedarf das keiner weiteren Darlegung, für die Strafprozessordnung haben nicht nur die großen Prozessualisten zu Beginn des 19. Jahrhunderts (Feuerbach, Mittermaier, Zachariae u.a.) die Grundlagen für den reformierten Strafprozess und damit auch für die Beratungen der Reichs-Justizkommission zur Verteidigung liberaler Konzepte gegen die auf tunlichste Stärkung der staatlichen Strafverfolgungsmacht bedachten Vertreter des Bundesrats gelegt. In der Bundesrepublik bestand die zur Reform des Strafrechts eingesetzte Große Strafrechtskommission zu einem wesentlichen Teil aus Universitätsprofessoren, die entscheidenden kriminalpolitischen Verbesserungen am E 1962, insbesondere auch die Liberalisierungen im Besonderen Teil, sind ausschließlich von den sog. Alternativprofessoren angestoßen worden. Noch in den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts konnte ich mich auf regelmäßig vom Landesjustizministerium Baden-Württemberg veranstalteten Tagungen zur Reform von Strafrecht

¹² *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (335).

und Strafverfahren wie auch anlässlich meines Gutachtens für die Kommission zur Reform des Wirtschaftsstrafrechts von dem Ernst und der Sorgfalt überzeugen, mit der die Vertreter der Politik und Ministerien wissenschaftliche Positionen zur Kenntnis nahmen. Davon ist wenig übriggeblieben. Die sog. Expertenanhörungen namentlich durch den Rechtsausschuss des deutschen Bundestages sind im Kern nur noch Alibiveranstaltungen. Der tiefste Einschnitt in den Strafprozess seit der Ersetzung des Inquisitionsverfahrens durch den reformierten Strafprozess, nämlich die Legalisierung der Urteilsabsprachen, ist vom Gesetzgeber ohne jede Berücksichtigung der wissenschaftlichen Kritik durchgepaukt worden, nachdem ihm eine fast schon die Grenze zum Parteiverrat i.w.S. übersteigende Entwurfsvorlage des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer hierfür einen maximal oberflächlichen Entwurfstext überreicht hatte¹³.

bb) Parallel dazu ist die Statur des Universitätsprofessors zurückgestutzt und seine Energie auf viele andere Betätigungsfelder abgelenkt worden.

(1) Die Abschaffung der besonderen Rechtsstellung des Emeritus und die Auslagerung wichtiger Entscheidungen auf Räte und darin wieder auf Kommissionen hat die Kontrollichte innerhalb einer Fakultät enorm reduziert. Aus meinem Semester als Wissenschaftlicher Rat und Professor (C3) an der Universität Bonn 1975/76 besitze ich noch ein Fakultätsprotokoll, in dem Werner Flume in seiner Eigenschaft als Mitglied des alle Fakultätsmitglieder einschließenden Promotionsgremiums gegen das vom Erst- und Zweitgutachter unterbreitete positive Votum Widerspruch einlegte. Die darin gelebte Verantwortung der gesamten Fakultät für eine Promotion, d.h. für die Aufnahme des Promovierten in den Kreis der von der Fakultät beglaubigten Wissenschaftler, mutet heute an wie Erzählungen aus Gullivers Reisen. Auch bei Habilitationen haben zwar noch alle habilitierten Mitglieder ein Mitwirkungsrecht, die Möglichkeit zu einem Sondervotum ist aber nicht mehr vorgesehen und würde auf Befremden treffen. Die wichtigste Entscheidung einer Fakultät schließlich, nämlich die Berufung eines neuen Mitglieds, ist jedenfalls in München innerhalb der Fakultät auf den Berufungsausschuss verschoben worden, bei dessen Besetzung deshalb bereits die Weichen gestellt werden, die auch durch die auswärtigen Gutachten nicht mehr umgestellt werden, weil deren Auswahl wiederum dem Ausschuss obliegt und üblicherweise von dessen Vorsitzendem vorgetestet wird.

(2) Die karge Ausstattung der Lehrstühle mit Forschungsmitteln zwingt zur Einwerbung von Drittmitteln¹⁴, aber der Aufwand für die Beantragung, Bewirtschaftung und Abrechnung von Forschungsmitteln steht mittlerweile außer Verhältnis zu den durch ihren Einsatz erzielbaren Ergebnissen (ich kann mich noch an Zeiten erinnern, als derartige Mittel auf mein privates Konto überwiesen wurden und für

die Abrechnung eine Seite ausreichte). Und auch der Aufwand für die Bewirtschaftung der kargen Lehrstuhlmittel ist enorm gestiegen. Etwa an der Humboldt-Universität in Berlin kann ein Ordinarius heute nicht einmal für einige Monate eine studentische Hilfskraft einstellen, ohne dass der Personalrat deren Auswahl akribisch überwacht, und über jede Arbeitsstunde muss Buch geführt und dieses vom Professor persönlich kontrolliert werden. Unter diesen Bedingungen besteht weder Neigung noch Freiraum, sich in die Nachwuchsentscheidungen von Kollegen einzumischen.

Noch negativer dürfte sich auf diesem Feld Folgendes auswirken: Das eigene Forschungsprojekt muss möglichst bombastisch aufgepäuselt werden und den „tune of the time“ treffen (der junge Osric lässt grüßen), um die nicht selten überaus selbstbewussten Funktionäre des Drittmittelgebers zu beeindrucken; letztlich kommt es dann weniger auf die Substanz als auf die Marketingstrategie des Projekts an.¹⁵ Und weil man nicht weiß, welche Kollegen von diesen bei der Begutachtung zurate gezogen werden, wird auch außerhalb von Berufungsseilschaften eine Klüngel- oder Krähenmentalität gefördert, die dann wiederum die die heutige Rezensions-„kultur“ prägenden Maximen der „Schonung und Milde“ verstärkt, so dass kein Nachwuchswissenschaftler darauf konditioniert wird, seine Erzeugnisse müssten auch einer peinlichen Befragung standhalten können.

(3) Als letzte naheliegende Ursache für eine Zunahme der professoralen culpa in eligendo vel erudiendo darf die notorische Zunahme der außeruniversitären Aktivitäten nicht unerwähnt bleiben, sei es als Rechtsgutachter, Verteidiger oder Unternehmens- und Politikberater. Wenn die vom Gesetzgeber einmal als Ausnahme gedachte Ermöglichung der Verbindung von Theorie und Praxis wie bei der Verteidigung im Strafverfahren¹⁶ zur Regel wird, geht das naturgemäß auf Kosten einer sorgfältigen, d.h. auch kritischen Anleitung des Nachwuchses, wobei der Versuchung des akademischen Lehrers ein „Professorgate“ der Praxis korrespondiert: Weil es bei vielen Großkanzleien mittlerweile zum guten Ton gehört, einen Honorarprofessor oder mindestens einen Fachhochschulprofessor auf dem eigenen Briefkopf ausweisen zu können, geht die institutionelle Verschränkung zwischen Anwaltskanzleien und Mitgliedern juristischer Fakultäten vielfach so weit, dass der Professor als „Of Counsel“ auf dem Briefkopf der Kanzlei für diese Reklame macht, was freilich bei aktiven Professoren auch beamtenrechtlich gravierenden Bedenken begegnet.¹⁷

c) Schließlich wirft speziell die von *Kuhlen* rezensierte Dissertation unweigerlich eine Frage auf, die freilich in einer *cancel culture* zu stellen für die darin noch auf Aufstieg Erpichten alles riskieren heißt: Wird *außerhalb* von Bereichen,

¹³ Dazu die Kritik bei *Schünemann*, ZRP 2006, 63.

¹⁴ Die dadurch entstehenden Probleme wegen der Abhängigkeit, ein den Interessen eines Drittenmittelgebers dienliches Forschungsprojekt zu erfinden, sowie wegen des Verlustes der Unbefangenheit bei dessen Durchführung können im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter verfolgt werden.

¹⁵ Zu einem bemerkenswerten Beispiel, für ein seit 50 Jahren argumentativ abgegrast Thema der VW-Stiftung einen sechsstelligen Betrag zu entlocken, siehe *Schünemann*, StraFo 2018, 317.

¹⁶ So bereits § 138 Abs. 1 RStPO.

¹⁷ Zu den anwaltsrechtlichen Problemen siehe BGH (*Senat für Anwaltsachen*), Beschl. v. 22.7.2020 – AnwZ (Brfg) 3/20.

in denen es auf keine objektiv prüfbareren Fähigkeiten ankommt (also etwa bei den von politischen Parteien zu vergebenen Ämtern) und in denen deshalb zum geschichtlichen Ausgleich der über biblische Zeitläufe praktizierten Unterdrückung und Benachteiligung von Frauen durchaus eine Frauenquote von 90 % legitimierbar wäre, also in den durch Leistungsnoten geprägten Bereichen eine heimliche Frauenquote respektiert, dergestalt dass die Arbeiten von weiblichen Doktoranden etc. bei der Vergabe von Noten, Preisen, Stipendien, Drittmitteln, Habilitationsstellen und Berufungen einen ähnlichen Bonus erhalten wie etwa die Magisterarbeiten von Studenten aus exotischen Ländern? Solange hierzu keine neutrale quantitativ-empirische Untersuchung vorliegt, wird sie nur von den jeweiligen Gutachtenden, Preisverleihenden, Stipendien- und Stellenvergebenden sowie Berufenden selbst zu beantworten sein.

III. Wetterzeichen von der Ablösung einer kritischen Strafrechtskultur?

1. Die bisherigen Erklärungen des von *Kuhlen* aufgedeckten Phänomens können mich trotz ihrer hohen Plausibilität noch nicht endgültig befriedigen, solange nicht die Auffindung einer strafrechtswissenschaftlichen Struktur gelingt, die diese äußere Welt im Innersten zusammenhält. Nach meiner Vermutung ist es die postmoderne Beliebigkeit ihrer Inhalte. Ich möchte die sich gegenwärtig in den Vordergrund drängenden Posaunisten des strafrechtswissenschaftlichen „tune of the time“ mit dem Riesen Antaios vergleichen, dessen Kraft in dem Augenblick verloren ging, als er nicht mehr auf festem Grund stand. Der feste Grund ist die in der Aufklärung wurzelnde Strafrechtstheorie mit den drei Säulen der objektiven Umfangsbegrenzung des Strafrechts als Ultima Ratio zum Rechtsgüterschutz (rückverfolgbar bis zu Beccarias Sozialschadenslehre und der französischen Verfassung von 1791), der subjektiven Begrenzung durch das Schuldprinzip (entstanden aus viel älteren kanonischen Traditionen, aber endgültig entwickelt in der deutschen Strafrechtsdogmatik des 19. und 20. Jahrhunderts) und der formalen durch das Gesetzlichkeitsprinzip (ausgearbeitet durch Feuerbach, in seiner über Schuldprinzip und Gewaltenteilung hinausgehenden Bedeutung erst in der deliberativen Demokratie vollständig erschlossen). Nur auf dieser Basis kann und muss „Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft“ gedeihen und dadurch die drohende Willkür von Gesetzgebung und Rechtsprechung intellektuell kontrollieren, als Avantgarde der Gesellschaft in Form des mos analytico-philosophicus civitatis iuris („mapci“). Meinen eigenen Standpunkt hierzu habe ich in vielen Jahrzehnten entwickelt¹⁸ und sodann in meinem Vortrag auf der

¹⁸ Etwa *Schünemann*, in: Geppert/Bohnert/Rengier (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, 1992, S. 117; *ders.*, GA 1995, 201; *ders.*, in: *ders./Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1; *ders.*, GA 2001, 205; *ders.*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 39.

Würzburger Tagung 2013 über „Selbstreflexion der Rechtswissenschaft“¹⁹ zusammengefasst. Dieser bestand in wesentlichen Teilen aus einer in der Diktion zurückgenommenen Auseinandersetzung mit der Grundsatzkritik von *Joachim Vogel* an der deutschen Strafrechtswissenschaft in JZ 2012, 25, deren (weitgehend fertiggestellte) Zurückweisung in einer speziellen Abhandlung mir direkt nach seinem tragischen Tod nicht angemessen erschien. *Vogels* Konzeption ist dann von *Ambos* in GA 2016, 177, übernommen worden, worauf ich in ZIS 2016, 654, ausführlich geantwortet habe und hier verweisen kann²⁰. In dem am Ende desselben Jahres erschienenen Erinnerungsband an *Joachim Vogel* findet sich sodann ein ebenfalls in dessen Fußstapfen formuliertes „Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft“ von *Tatjana Hörnle*²¹, das von ihr anschließend in einer Studie über „Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft“ fortgeführt²² und vor kurzem von *Weigend* mit einer Apostille versehen worden ist²³. Parallel dazu geht auch die inhaltliche Auseinandersetzung über das Fundament des deutschen Strafrechts weiter, also über die Brauchbarkeit oder Preisgabe seiner traditionellen Zweckbestimmung als „ultima ratio zum Rechtsgüterschutz“, die (durchaus im Kielwasser einer von Freiburg ausgehenden Strömung) vor allem von dem mit Vorliebe die strengen Garantien des Strafrechts im weiten Feld des öffentlichen Rechts auflösenden Bonner Staatsrechtslehrer *Gärditz* für unsinnig erklärt und durch die auf politisches Belieben hinauslaufende Idee der *Demokratizität* ersetzt wird. Ich möchte zunächst auf die Haltlosigkeit der sich modern und international gebenden neuesten Kritik an dem von mir sog. mos analytico-philosophicus civitatis iuris („mapci“) und die fehlende Vorbildhaftigkeit des Theoriediskurses im Verfassungs- und Europarecht jedenfalls für das Strafrecht eingehen und mich sodann der propagierten Ersetzung des Rechtsgüterschutzprinzips durch *Demokratizität* zuwenden.

2. a) Leider ist auch in *Hörnles* Plädoyer die von *Vogel* 2012 begonnene, multiple *Verzeichnung* der von ihnen einerseits hochgelobten angloamerikanischen und französischen, andererseits geschmähten deutschen Strafrechtsdogmatik fortgesetzt worden, indem 1. für das common law die das geltende Recht betreffende (wenig elaborierte) Dogmatik mit der Strafrechtsphilosophie²⁴ vertauscht, 2. anstelle der noch we-

¹⁹ *Schünemann*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 223.

²⁰ Auch abgedruckt in: Rotsch (Hrsg.), Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2018, S. 17, sowie in: *Schünemann*, Rechtsfindung im Rechtsstaat und Rechtsdogmatik als ihr Fundament, Gesammelte Werke, Bd. 1, 2020, S. 455.

²¹ *Hörnle*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege – Erinnerung an Joachim Vogel, 2016, S. 289.

²² *Hörnle*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 183.

²³ *Weigend*, GA 2020, 138 (144 ff.).

²⁴ Oder mit der Gesetzgebung, wenn *Hörnle* (Fn. 21), S. 293, den englischen Sexual Offences Act gegen meine Analyse

niger elaborierten, allein schon von der Schriftumsquantität her archaisch gebliebenen französischen Dogmatik auf schönggeistige Betrachtungen verwiesen²⁵ wird und 3. die enormen Anstrengungen der deutschen Strafrechtswissenschaft, über den in weiten Teilen der Welt als vorbildlich empfundenen, auch von *Vogel* und *Hörnle* nicht bestrittenen Dogmatikexport hinaus einen konstruktiven Dialog zu führen²⁶, kurzerhand unterschlagen werden. Auch die innere Produktivität der deutschen Strafrechtswissenschaft wird falsch dargestellt, wenn 1. anstelle der tatsächlich quasi permanent stattfindenden „Kontroverse über alles“ das von *Vogel* übernommene, von Grund auf falsche Bild der „Gralshüterschaft“ bei *Hörnle* als „eingefrorene Verbrechenslehre“ wieder auftaucht²⁷ oder 2. bei der Klage über in Deutschland fehlende Monographien und längere Aufsätze und die dadurch im Vergleich zum englischen Sprachraum (angeblich) fehlenden „intellektuell anspruchsvollen Analysen“²⁸ die in Deutschland für die akademische Qualifikation in der Regel unverzichtbaren dogmatischen Habilitationsschriften und die (zwar, wie *Kuhlen* gezeigt hat, gelegentlich zu Unrecht hochgelobten, aber) häufig genug auf deren Niveau

der systematischen Mängel der als case law-Berichterstattung auftretenden Dogmatik in Stellung zu bringen versucht.

²⁵ *Hörnle* (Fn. 21), S. 293 Fn. 11, und zu ihrem Beispiel bereits *Schünemann* (Fn. 19), S. 227.

²⁶ Da ich das privilegium odiosum genieße, anstelle des vorsichtshalber nicht attackierten, bei *Ambos* sogar hochgelobten, tatsächlich aber wie kein anderer die „modes of thought“ der deutschen Dogmatik repräsentierenden *Claus Roxin* als Zitatenlieferant (und dadurch Dummy) benutzt zu werden, darf ich vielleicht auf meine eigenen jahrzehntelangen Bemühungen hinweisen, etwa dokumentiert in: *Schünemann/de Figueiredo Dias* (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995; *Schünemann/Suárez González* (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994; *Schünemann/Dubber* (Hrsg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem – Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, 2000; *Schünemann* (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 2006; und in zahlreichen Heften von *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* als Plattform für Beiträge ausländischer Strafrechtswissenschaftler (Übersicht bei *Wolter*, GA 2019, 658).

²⁷ *Hörnle* (Fn. 22), S. 207. Die hinzugefügte Behauptung, der dreigliedrige Verbrechenaufbau werde heute kaum mehr in Frage gestellt, ist 1. empirisch unzutreffend, weil der Nachweis der rein didaktisch-prüfungstechnischen Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit innerhalb des Unrechts und damit des zweigliedrigen Verbrechenaufbaus verbreitet und alles andere als widerlegt ist (siehe nur *Schünemann*, in: *ders./de Figueiredo Dias* [Fn. 26], S. 149), und 2. normativ irrelevant, weil die maßgebliche zweistufige (!) Unterscheidung von Unrecht und Schuld für das Verständnis von Strafrecht überhaupt ebenso unverzichtbar wie elementar und überdies vom deutschen Gesetzgeber rezipiert worden ist (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB und öfter).

²⁸ *Hörnle* (Fn. 21), S. 294.

geschriebenen Dissertationen unberücksichtigt bleiben. Zwar kann ich ihrer Kritik an der Überproduktion von StGB-Kommentaren und noch mehr von Kurzlehrbüchern ohne eigene Konzepte beipflichten, aber man darf bei der spezifisch deutschen Literaturform von Kommentaren und systematischen Lehrbüchern nicht übersehen, dass diese eine unverzichtbare Rolle bei dem Einfluss der dogmatischen Rechtswissenschaft auf und dadurch der rationalen Kontrolle über die ohne sie letztlich nach Willkür stattfindende Rechtsprechung ermöglichen, von der in Frankreich wie in den Ländern des Common Law kaum eine Rede sein kann.

b) Auch *Weigend* hat kürzlich unter Berufung auf *Vogel* und *Ambos* gemeint, es sei verfehlt und führe zu einer antiquarischen Strafrechtswissenschaft, schon für deren Begriff bestimmte inhaltliche und methodische Vorgaben zu machen; die dagegen gerichtete „kosmopolitische“ Auffassung lasse sich notwendigerweise auf den Dialog mit ganz anders „gestrickten“ Juristen aus anderen Rechtskulturen ein, arbeite partnerschaftlich am internationalen Austausch mit, der inzwischen ganz überwiegend auf Englisch geführt werde, so dass nur solche Wissenschaftler der deutschen Lehre eine Stimme verschaffen könnten, die sich auch auf Englisch auszudrücken verstünden.²⁹

aa) Das ist gegenüber *Vogel*, *Ambos* und *Hörnle* nicht neu, zeigt aber noch einmal sehr deutlich das totale Missverständnis des „mapci“. Der Schwerpunkt dieses von mir für die Rechts- und speziell für die Strafrechtswissenschaft geprägten Begriffs liegt zunächst auf der Betonung des Analytischen, also der sprachanalytischen Philosophie, die den entscheidenden Fortschritt gegenüber der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts markiert.³⁰ Der für die Gesellschaft wichtigste Zweig der Rechtswissenschaft und gerade auch für die Juristenausbildung der zentrale Gegenstand ist die Dogmatik, d.h. eine wissenschaftlich fundierte Auslegung des geltenden Rechts. Sie muss prinzipiell in derselben Sprache praktiziert werden wie das Recht selbst. Die Behauptung, alle wichtigen Beiträge müssten in englischer Sprache formuliert werden, ist deshalb schon von Anfang an verfehlt. Übersetzungen ins Englische machen auf dieser Ebene nicht nur keinen Sinn, sondern führen auch in die Irre oder ins Ungefähre. Denn viele Differenzierungen, die zum Alltag der deutschen Diskussion gehören, sind in der englischen Rechtssprache bis heute nicht einmal ausgebildet. Weil die Sprache die Welt-Sicht einer Kultur zum Vorschein bringt³¹, bedeutet dies, dass im englischen Rechtsraum diese Differenzierungen für irrelevant gehalten werden. Es nutzt dann auch nichts, irgendwelche lexikalischen Übersetzungen zu fabrizieren, die von den englischen Juristen in ihrem anderen Sprachstil nicht kontext-

²⁹ *Weigend*, GA 2020, 139 (145 f.).

³⁰ Zu meinen eigenen fast ein halbes Jahrhundert umfassenden Bemühungen, sie für die Theorie der Rechtsfindung fruchtbar zu machen, siehe *Schünemann* (Fn. 20), passim.

³¹ Grundlegend *Wilhelm von Humboldt*, *Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts*, 1836; *Sapir*, *Language*, 1921; *Whorf*, *Language, Thought, and Reality*, 1964.

tuell eingeordnet werden können. Ein Beispiel wäre, wenn man etwa die hochdifferenzierten Ausdrucksformen der Niloten für bestimmte Körperhaltungen oder der Inuit für verschiedene Schneesorten mit irgendwelchen Umschreibungen ins Deutsche übersetzen würde: Die Situationen wären für Deutsche nicht verständlich, weil sie nicht in dieser Welt leben und deshalb auf die unterschiedlichen Beobachtungen keinen Wert legen. Ein ähnlicher perspektivischer Unterschied ergibt sich im Verhältnis zum Common Law wegen der dort herrschenden, letztlich der Schwurgerichtsverfassung zu verdankenden prozessualen Betrachtungsweise, die aus vernünftigen pragmatischen Gründen mit „Tests“ und Fallregeln arbeitet anstelle einer hochkomplizierten und -differenzierten, anstelle der forensischen Reproduzierbarkeit auf ein System abhebenden Dogmatik. Ein instruktives Beispiel bildet der von mir schon früher angeführte Vergleich der deutschen Theorie der objektiven Zurechnung mit der englischen Thin-Skull-Rule.³² Eine wissenschaftliche Dogmatik des geltenden Rechts in dem bei uns sogar in der höchstrichterlichen Judikatur praktizierten Sinn³³ gibt es deshalb weder in England noch in den USA, wie *Dubber* auf der Hamburger Strafrechtslehrertagung selbst erklärt hat³⁴ und jeder Blick in die maßgeblichen Lehr- und Handbücher bestätigt. Aber natürlich nicht wegen eines dortigen Mangels an Intelligenz und Kreativität (die weitestgehende Abhängigkeit der gegenwärtigen europäischen Kultur von der amerikanischen erweist das direkte Gegenteil), sondern weil die im „mapci“ in der Strafrechtsdogmatik abgehandelten Fragestellungen in England und in den USA in der Regel in der Strafrechtsphilosophie erörtert werden, im Unterschied zur deutschen Diskussion regelmäßig mit Ausflügen und Verankerungen in der Moralphilosophie. Beispielsweise ist der in Deutschland seit 150 Jahren fast ohne Unterlass geführte Streit um die Imperativtheorie bezüglich der Gleichstellung von Vollendung und Versuch auch in den USA aufgeflammt, übrigens ohne dass die traditionsreiche deutsche und spanische Diskussion zur Kenntnis genommen wird, während man in dem Lehrbuch von *Roxin/Greco* eine wahrhaft „kosmopolitische“ Erörterung findet.³⁵ Aber diese ausgefeilten Diskurse („very sophisticated“) bleiben meist platonisch und beanspruchen keine Erkenntnisse über das geltende Recht, oder um mit Heinrich Heine zu sprechen: ihre Englisch parlierenden Teilnehmer „saßen und tranken am Teetisch“.

bb) Noch gründlicher daneben geht *Weigends* Vorwurf, ein Verfechter des „mapci“ würde in missvergnügter prinzipieller Ablehnung in seiner provinziellen Wallfahrtsstätte verharren. Dass ich zur Vorbereitung meines Juristentagsgutachtens 1990 über die strafprozessualen Absprachen nicht nur

die gesamte US-amerikanische Judikatur und Literatur zum Thema des Plea Bargaining ausgewertet, sondern auch die von mir durch eine Repräsentativ-Umfrage ermittelte deutsche Gerichtspraxis vermöge eines Leitfaden-Interviews mit amerikanischen Strafrichtern in Chicago mit der dortigen Praxis konfrontierte, war für mich selbstverständlich. Hierbei wie auch bei späteren kleineren Forschungsprojekten gemeinsam mit der Staatsuniversität in Tallahassee/Florida musste ich allerdings feststellen, dass die meiner Meinung nach entscheidende Frage, welche Konsequenzen in einem mit Urteilsabsprachen arbeitenden Verfahren für die Verbesserung der Rechtsstellung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren gezogen werden müssen, dort wie auch bis heute in Deutschland von so gut wie niemandem gestellt wurde. Ich denke, dass ich mich mit diesem Vorgehen wie auch mit meinen anschließenden Reformvorschlägen, Vorträgen und Diskussionen über das Absprachenproblem in Polen, Südeuropa (vor allem Spanien und Griechenland), Ostasien (vor allem China) und ganz Lateinamerika³⁶ weder provinziell noch rückwärtsgewandt, sondern einigermaßen „kosmopolitisch“ verhalten habe, auch wenn ich von allen meinen Diskussionspartnern ebenso wie von mir selbst die Einhaltung des „mapci“ verlangt habe. Das hat entgegen *Ambos, Hörnle* und *Weigend* weder etwas mit der Geographie noch etwas mit der Sprache zu tun, weil es die Bedingungen rechtswissenschaftlichen Redens betrifft, die auch in Deutschland oft genug verfehlt werden (etwa bei der Begründung der bereits erwähnten Einführung der Absprachen – sprich Verständigung – in das deutsche Strafverfahren oder in der von *Kuhlen* rezensierten Dissertation).

c) Irreführend ist deshalb auch die Behauptung einer von mir verteidigten (spezifisch deutschen) *antiquarischen* Strafrechtsdogmatik.³⁷ Es geht um wissenschaftliche Qualitäten, deren Anspruch völlig unabhängig davon ist, in welchem Land sie respektiert werden oder nicht. Die ostasiatischen, europäischen und lateinamerikanischen Strafrechtswissenschaftler – die arrivierten ebenso wie der Nachwuchs – kommen auch nicht deshalb nach Deutschland, weil sie dieses Land oder seine Menschen oder seine Teetische lieben, sondern weil sie hier die Kriterien und das Niveau vorfinden, auf dem sie selbst arbeiten oder das sie lernen wollen. Sie pilgern deshalb auch nicht zu einem heiligen Gral, sondern besuchen eine Werkstatt, in der eine Rechtsdogmatik betrieben wird, die einerseits Wissenschaftsansprüchen genügt und anderer-

³² *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (666 Fn. 79).

³³ Wobei sich zwar die Frage stellt, inwieweit dogmatische Argumente die Entscheidung bestimmen oder nur verbrämen (dazu *Schünemann*, GA 2011, 445), aber auch im letzteren Fall müssen die Gerichte jedenfalls Entscheidungen fällen, die einer dogmatischen Rechtfertigung zugänglich sind.

³⁴ *Dubber*, ZStW 121 (2009), 977.

³⁵ *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 91–101c.

³⁶ Zu einer Konzentration der im Laufe zweier Jahrzehnte entwickelten Vorschläge nunmehr *Schünemann*, Strafrecht und Strafprozessreform, 2020, XIV. Teil, S. 417 ff.

³⁷ Eigenartigerweise sparen die „kosmopolitischen Kritiker“ ausgerechnet diejenigen Bereiche der strafrechtswissenschaftlichen Publikationen aus, in denen es tatsächlich um die Pflege von (notabene überaus wertvollen) Antiquitäten zur dogmatischen Fruchtbarmachung geht, sei es der Strafrechtsphilosophie Kants in der Wolff-Köhler-Schule, derjenigen von Hegel bei Jakobs-Pawlik oder mittlerweile auch von *Jakobs* selbst in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, 2019.

seits die politische Aufgabe der Rechtswissenschaft erfüllen kann, auf die ich sogleich noch zu sprechen komme.

Wo die Diskussionsforen sich befinden, für die sich *Weigend* und *Hörnle* begeistern und die sie für die allein relevanten halten, müssten sie uns erst einmal näher beschreiben. Es ist selbstverständlich, dass man, wenn man eine fremde Rechtskultur kennenlernen will, sich der dortigen Sprache befleißigen muss. Amerikaner und Engländer sind aber, wie sogar *Ambos* feststellen musste, zumeist nicht bereit, eine andere Sprache zu erlernen (natürlich von wichtigen Ausnahmen abgesehen, die dann auch regelmäßig in Deutschland zu finden sind und die hiesige Diskussion bereichern). Das Forum, auf dem ausschließlich Englisch gesprochen wird, wird deshalb (weil dogmatische Diskussionen in den USA keinen Nutzen versprechen) vorwiegend über Strafrechtsphilosophie gehen. Dagegen ist auch gar nichts einzuwenden, nur muss man sich darüber im Klaren sein, dass diese Meta-Diskussionen ausgerechnet in England und den USA die Praxis kaum beeinflussen. Und auch auf dieser Ebene liegt man falsch, wenn hier abermals eine deutsche Eigenart behauptet werden soll, denn unsere Strafrechtstheorie stammt in der Zurechnungssphäre ursprünglich aus der Kanonistik, ist dann über Pufendorf und in der idealistischen Philosophie weiter entwickelt und zuletzt von der Strafrechtsdogmatik übernommen worden, während sie bezüglich der Grenzen des Strafrechts auf einem *Italiener*, eben Beccaria, beruht und auf der Übernahme seiner Thesen in der Gewährleistung der Grundrechte in der *französischen* Verfassung von 1791 und damit der ersten modernen Verfassung Europas, die merkwürdigerweise hierfür nie zitiert wird³⁸. Dass diese Begrenzungen später in Deutschland als Begrenzung der Gesetzgebung weiterentwickelt worden sind, kann man schwerlich als deutsche Eigenbrötlerei ansehen.

3. Die neuerdings propagierte Zurückdrängung und Unterpflügung des von mir ja nicht erfundenen, sondern vorgefundenen und auf den Begriff gebrachten „*mapci*“ hat – und das macht die enorme gesellschaftliche Relevanz dieser Auseinandersetzung aus – nicht nur wissenschaftstheoretische, sondern vor allem auch eine gewaltige *politische* Bedeutung, weil sie letztlich die Willkür des Gesetzgebers frei gibt, der in der heutigen Wirklichkeit eine anonyme Bürokratie und nicht etwa eine direkt demokratisch legitimierte Äußerung repräsentativer Abgeordneter darstellt und mit der Strafe dem Bürger nicht nur irgendwelche Pflichten auferlegt, sondern einen *overkill* zufügt.

Leider sieht man schon heute, wohin diese Propaganda führen wird, nämlich zu dem endgültigen Verlust der Prägewirkung einer rechtsstaatlichen Strafrechtswissenschaft für die Rechtskultur und damit auch für die Gesetzgebung³⁹, für die einmal das Max-Planck-Institut in Freiburg auch ohne eigene inhaltliche Impulse die wichtigste Drehscheibe dargestellt hat. Falls beispielsweise die Spanisch/Portugiesisch sprechende Welt hiervon nicht mehr erreicht werden sollte, geht eine gerade dort politisch unverzichtbare Dimension

verloren, während es eine Illusion ist, dass eine ähnliche Wirkung durch unverbindliche Gesprächsarenen im englischen Sprachraum erreicht werden könnte.

4. Ein Wort noch zu dem in meinen Augen für die gesellschaftliche Aufgabe der Strafrechtswissenschaft entscheidenden inhaltlichen Fundament. Über die unverzichtbare Bedeutung der Rechtsgutsdoktrin sowie ihre methodologische Bewandnis und verfassungsrechtliche Legitimität habe ich mich bereits in der Erwiderung auf *Ambos* ausführlich verbreitet.⁴⁰ Sie ist in sachlicher Hinsicht im Gesellschaftsvertrag als zentraler Denkfigur jeder Legitimation staatlicher Gewalt sowie ebenfalls in historischer Hinsicht unvergleichlich tief (s.o. 2. c) und dadurch zugleich makellos international verankert, weshalb die Beckmesserei, es fehle dieses Wort im Text des Grundgesetzes, am Problem gründlich vorbeigeht. Der vermeintliche Trumpf, hinter das Rechtsgüterschutzprinzip auf das Grundgesetz zurückzugehen, ist deshalb in Wahrheit ein Bluff, dessen Aufdeckung zugleich die Malaise der aktuellen Rechtswissenschaftstheorie im Verfassungsrecht evident macht.

a) Die Rechtsfindung im Strafrecht 1. mit den drei obersten, teils explizit und teils implizit in der Verfassung enthaltenen Fixpunkten des *nullum-crimen*-Satzes, des Schuldprinzips und des Prinzips der *Ultima Ratio* zum Rechtsgüterschutz, 2. einem seit über 200 Jahren ausgefeilten Zurechnungssystem und 3. einer Rezeption der zentralen dogmatischen Kategorien durch den Gesetzgeber⁴¹ besteht in großem Umfange in der Explikation impliziter Ableitungszusammenhänge und im Übrigen in einer systematisch vielfältig rückgekoppelten, uneingeschränkt rationalen Diskussion der durchweg innerhalb enger qualitativer Leitplanken verbleibenden und quantitativ reduzierten Lösungsalternativen, quasi wie das Navigieren auf einem schmalen Kanal. Hingegen sieht sich die Dogmatik des Verfassungsrechts den riesigen semantischen Leerräumen des Grundgesetzes gegenüber, auf denen sie wie ein Schiffskapitän auf dem Ozean Kurse abstecken soll – sogar (um im Bilde zu bleiben) nach Zertrümmerung des Kompasses infolge der machtpolitischen Überwölbung durch die EU, in der ein häufig genug die juristische Rationalität durch politische Ziele ersetzender und hierin vom BVerfG bis zu der in einem Rechtsstaat eigentlich grotesken Grenze der „*offensichtlichen Unrichtigkeit*“ tolerierter Gerichtshof das letzte Wort hat.⁴² Weil es an einer

⁴⁰ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (659 ff.); jetzt etwa in *Schünemann* (Fn. 20), S. 462 ff.; fortgeführt in: Saliger u.a. (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht*, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 705.

⁴¹ Beispielsweise der (im Common Law nicht hinreichend ausgebildeten!) fundamentalen Unterscheidung von Unrecht und Schuld in §§ 11 Abs. 1 Nr. 5, 17, 19–21, 29, 32–35 StGB, der Beteiligungsformen in §§ 25–27 StGB und der (die Unterscheidung von Unrecht und Schuld voraussetzenden) limitierten Akzessorietät in §§ 26–28 StGB.

⁴² Siehe das OMT-Urteil BVerfGE 142, 123, Rn. 181, 190: „b) Die dem Urteil vom 16. Juni 2015 [scil. des EuGH] zugrundeliegende Art und Weise richterlicher Rechtskonkretisierung begegnet aus der Sicht des Senats gleichwohl ge-

³⁸ Wortlaut bei *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (659).

³⁹ Allerneuestens auch eingeräumt von *Hörnle*, ZIS 2020, 440 (448).

einheitlichen europäischen Öffentlichkeit fehlt als Minimalvoraussetzung valider demokratischer Strukturen im Lichte der allein noch kuranten deliberativen Demokratietheorie, kann die Realität der „gubernativen Rechtssetzung“ allenfalls noch durch die Rechtswissenschaft als Avantgarde der Zivilgesellschaft einer (auf europäischer Ebene fast durchweg fehlenden oder ignorierten)⁴³ Kritik unterworfen werden. In rechtswissenschaftstheoretischer Hinsicht setzt das aber zweierlei voraus, nämlich erstens verbesserte analytische Instrumente zur Unterscheidung einer Rechtsfindung secundum legem von maskierten Machtsprüchen⁴⁴ und zweitens deren unerschrockene Dekonstruktion durch soziologisch-politologische Methoden und Erkenntnisse.

b) Im Gegensatz dazu marschiert die vom öffentlichen Recht ausgehende Rechtswissenschaftstheorie gerade in Gestalt ihrer engagiertesten Vertreter in die umgekehrte Richtung und damit nach meiner Meinung in eine Sackgasse. Die „Reine Rechtslehre“ Hans Kelsens wieder zu mobilisieren,⁴⁵ paralyisiert die Möglichkeiten einer kritischen Rechtswissenschaft ausgerechnet in einer Phase, in der diese so notwendig ist wie seit 1945 nicht mehr. Und die Forderung nach einer

wichtigen Einwänden mit Blick auf die Erhebung des Sachverhalts (aa), das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (bb) und die gerichtliche Kontrolle der Europäischen Zentralbank bei der Bestimmung ihres Mandates (cc). [...] c) Ungeachtet dieser Einwände bewegt sich der Grundsatzbeschluss über das OMT-Programm in der vom Gerichtshof der Europäischen Union vorgenommenen Auslegung jedoch nicht ‚offensichtlich‘ außerhalb der der Europäischen Zentralbank zugewiesenen Kompetenzen im Sinne des Ultra-vires-Kontrollvorbehalts.“ Zur habituellen Überreizung seiner schmalen Legitimationsbasis durch den EuGH siehe im Übrigen Schünemann, StV 2016, 178 (179 f.) m.w.N. Zur nunmehr allerersten Feststellung der offensichtlichen Unrichtigkeit der EuGH-Rechtsprechung zum PSPP-Programm durch das BVerfG siehe das Ur. v. 5.5.2020 – 2 BvR 859, 1651, 2006/15, 980/16, und dessen beschämende Desavouierung durch den Bundestagsbeschluss v. 2.7.2020 auf Basis des Antrages der „Ganz Großen Koalition“, BT-Drs. 19/20621.

⁴³ Bspw. ist die Kritik an der (angeblichen) Bindung des nationalen parlamentarischen Gesetzgebers an einen rein gubernativen Rahmenbeschluss (zusammenfassend Schünemann, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, 2014, S. 48 ff., 176 ff., 271 ff. und passim) in dem die Sicht der nächsten Juristengeneration prägenden Standard-Kurzlehrbuch von Satzger (Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018; weiter Schünemann, a.a.O., S. 306 Bsp. b) ebenso unerwähnt geblieben wie das oben in Fn. 26 nachgewiesene „Gesamtkonzept“ einer rechtsstaatlichen Europäisierung.

⁴⁴ Dazu z.B. Schünemann (Fn. 20), S. 141 ff.

⁴⁵ Deutliche Sympathien bei Lepsius, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 14, 23, 29; dezidiert Jestaedt/Lepsius, in: Kelsen, Verteidigung der Demokratie, 2006, S. XVII f.; Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2008.

„Relationierungswissenschaft“⁴⁶ bewirkt letztlich dasselbe, denn sie gestattet einen Regress auf „die Beziehungen, die eine Norm eingeht, auf die Kontexte, Sachverhalte, Verfahren, institutionelle Rahmenbedingungen, Zeiträume“ vorzunehmen, woraus folgen würde, dass „dieselbe Norm Unterschiedliches besagen kann, wenn sie auf andere Umstände und in anderen Beziehungen angewendet wird“⁴⁷ – was wegen dieses auf unterschiedlichste Gegenstände verweisenden Regresses ohne klare Abbruchlinie in der Praxis zur Akzeptanz jeder Machtausübung führen dürfte und damit die Staatsrechtswissenschaft wieder auf die Ebene zurückfällt, auf der sie früher so oft operierte, nämlich als ancilla potestatis, als die Beschafferin von Legitimität für eine zutiefst illegitime Gewalt. Falls man aber das Konzept der „Relationierungen“ nur als schlichten Verweis auf die heuristische (!) Funktion des und damit jedes neuen Sachverhalts⁴⁸ verstehen soll, brächte sie nichts Neues und müssten jedenfalls auf der sprachanalytischen Ebene kritisiert werden, weil Lepsius' Verständnis des Wenn-Dann-Schemas einer (vollständig gedachten!) Rechtsnorm als „einfache Kausalität“⁴⁹ Präskriptivität und Deskriptivität verwechselt und weil nicht die „Aussagen über Rechtsnormen“, sondern diese selbst „Konditionalsätze“ wären; und ob eine Norm in der Realität „gerade diese und nicht jene Wirkung zeigen wird“, ist erstens keine dogmatische, sondern eine empirische Frage und verfängt sich zweitens im Paradoxon des lügenden Kreters, weil die zu findende Relation etwas über sich selbst (eben die vorher noch nicht abschließend formulierte Norm) sagen soll.

c) Diese Preisgabe jeder menschenrechtlichen Begrenzung des strafrechtlichen overkills⁵⁰ auf dem Altar einer angeblichen „Gesellschaftsfunktionalität“, die dann letztlich von dem jeweils herrschenden Machtapparat definiert wird, kennzeichnet auch die wiederholten Versuche von Gärditz, mithilfe des Ausdrucks der „Demokratizität“ einen kruden Gesetzespositivismus zu restituieren.⁵¹ Dass er mein Argument, in der Denkfigur des Gesellschaftsvertrages werde sich kein einziger Bürger dem overkill unterwerfen, wenn es nur zum Schutz irgendeines Interesses nützlich und nicht zum Schutz überragender Interessen notwendig sowie von ihm bei rechtskonformem Verhalten vermeidbar wäre, für einen

⁴⁶ Zusammenfassend Lepsius (Fn. 45).

⁴⁷ Lepsius (Fn. 45), S. 22 f.

⁴⁸ Dazu Schünemann (Fn. 20), S. 285 ff.

⁴⁹ Lepsius (Fn. 45), S. 27, auch die folgenden Zitate.

⁵⁰ Dazu Schünemann, ZIS 2016, 654 (658 ff.).

⁵¹ Erstmals umfangreich ausgeführt in Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015, wonach sich das Strafrecht auf den „demokratischen Primat des Politischen“ einlassen müsse, wenn es mehr sein wolle „als ein auf dem verwesenden Kadaver des Idealismus vegetierender Saprophyt“; zur Verwesung der Menschenrechte gleich mit besorgenden „Demokratizität“ ders., JZ 2016, 641, sowie zuletzt ders., in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Fn. 37), S. 709. Schwer zu erklären ist, dass Gärditz die methodologische Binsenweisheit übersieht, dass ein vom Parlament erlassenes Gesetz bei der Anwendung in der Regel mehr Fragen aufwirft als beantwortet.

„Vulgär-Kontraktualismus“ hält, der heute für die Legitimierung von Verfassungen kaum mehr ernsthaft bemüht werde⁵², ignoriert erstens die seit einem halben Jahrhundert weltweit führende Rechtsphilosophie von John Rawls, dessen „veil of ignorance“ in funktionaler Hinsicht mit dem „vulgären“ Gesellschaftsvertrag identisch ist. Und zweitens zögere ich nicht, umgekehrt den bei Gärditz über die Menschenrechte nach dem notorisch molluskenhaften Verhältnismäßigkeitsprinzip verfügenden Staat als ein vulgäres Machtgebilde zu qualifizieren, in dem das Strafrecht ersichtlich im Polizeirecht aufgeht. Freilich scheint das dem „tune of the time“ zu entsprechen, wie die neue Bezeichnung des ehemaligen Max-Planck-Instituts in Freiburg erkennen lässt, auf die sich die Direktoren verständigt haben und in der das Recht nur noch an dritter Stelle steht, hinter der Erforschung der anscheinend als vor(straf)rechtliche Phänomene verstandenen „Kriminalität“⁵³ und „Sicherheit“.⁵⁴ Es bleibt zu hoffen, dass die Aufgabe der rechtsstaatlich-liberalen Strafrechtswissenschaft zur Erforschung und Verteidigung der „magna charta des Bürgers (!)“ erhalten bleibt und nicht eine Wandlung zu einer Art instrumenteller Zulieferungsdisziplin des Polizeiwesens im Sinne der alten ancilla potestatis zu befürchten ist.⁵⁵

5. Schließlich ein allerletztes Wort zu meinem Verständnis der gesellschaftlichen Aufgabe der Rechtswissenschaft zur intellektuellen Kontrolle der Rechtsprechung, das auch in den Augen der Herausgeber des Würzburger Sammelbandes „sehr anspruchsvoll“ erschien⁵⁶. In meinen Augen ist es eine Selbstverständlichkeit, da ja die Dogmatik dieselben logischen Operationen durchführt, die ein Richter vor der Subsumtion des ihm unterbreiteten Falles unter das Gesetz auch durchführen muss, nur eben ohne Machtausübung. Hieraus ergibt sich zugleich die gesellschaftliche Insuffizienz der diese Aufgabe unzulänglich erfüllenden anglophonen und frankophonen Dogmatikarenen. Angesichts der offensichtlich stark nachlassenden Kontrolle der staatlichen Machtausübung durch die traditionell als vierte Gewalt apostrophierten Medien⁵⁷ ist die „Substitutions-Aufgabe“ der Rechtswissenschaft

sogar immer wichtiger geworden und erfordert gewissermaßen als Vorhut der Rechtsprechungs- eine dezidierte Gesetzgebungskritik anstelle des krampfhaften Versuches, Fehlentscheidungen des Gesetzgebers irgendeinen (unsinnigen) Sinn zu unterlegen. Und damit schließt sich der Kreis meiner Überlegungen zu der an ihrem Anfang stehenden Rezension von *Kuhlen*.

6. Während sich dieser Beitrag im Korrekturgang befand, ist Luis Gracia Martín gestorben, der wie wenige andere ausländische Kollegen in seinen umfangreichen und gewichtigen Beiträgen vor allem zur Strafrechtstheorie und zum Allgemeinen Teil die deutsche Strafrechtsdogmatik nicht nur in allen Nuancen berücksichtigt, sondern auch kritisch weiterentwickelt und dabei insbesondere die Lebensfähigkeit eines modernen finalistischen Systems nachgewiesen hat – sowohl an seinem Schreibtisch an der Universität Saragossa als auch in seinen unermüdlich als *praeceptor mundi Hispanici* gehaltenen Vorlesungen und Vortragsreihen. Dem Vermächtnis seiner gleichermaßen als Verkörperung des „*mapci*“ wie als vorbildlicher akademischer Lehrer herausragenden Persönlichkeit, die mit 65 Jahren mitten aus dem Schaffen gerissen wurde, möchte ich diese Abhandlung widmen.

⁵² Gärditz (Fn. 51 – Kindhäuser et. al), S. 716 f. Fn. 59.

⁵³ Denn mit diesem verdinglichenden Begriff wird die Erforschung der Kriminalisierungsphänomene zumindest an den Rand gedrängt, was durch den Internetauftritt des Instituts noch unterstrichen wird.

⁵⁴ Womit laut Internetauftritt die „öffentliche Sicherheit“ im Sinne des Polizeirechts gemeint ist.

⁵⁵ Als diesbezügliches Wetterzeichen muss allerdings registriert werden, dass die *JuristenZeitung* als bisher führendes Organ für die die Eingriffsschwelle des Strafrechts schleifenden Theorien von *Vogel* und *Gärditz* auch die Forderung von *Peters* publiziert hat, aus den Menschenrechten eine globale Pflicht zur Korruptionsbestrafung abzuleiten (*ders.*, JZ 2016, 217).

⁵⁶ Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Fn. 19), S. 11 unten, wo sich allerdings ein Druckfehler eingeschlichen hat, wenn von der intellektuellen Kontrolle der Rechtswissenschaft (richtig: der Rechtspraxis) durch die Rechtswissenschaft gesprochen wird.

⁵⁷ Dazu am Beispiel von Fake News *Schünemann*, GA 2019, 620 (626) und öfter.