

Gedanken zur deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft

Essay

Von Prof. Dr. **Tonio Walter**, Regensburg

I. Von einer Rezension zum großen Ganzen

Eine Rezension von *Lothar Kuhlen* in dieser Zeitschrift¹ ist für eine Reihe von Autoren² Anlass gewesen, am gleichen Ort Überlegungen zur Gegenwart und Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft anzustellen.³ Ich halte diesen Anlass im Verhältnis zum Thema für unterdimensioniert, das Thema aber für so berechtigt, dass ich mich den Überlegungen mit diesem Beitrag anschließen möchte. Er hat eher die Form eines Essays als eines Aufsatzes und daher auch diesen Untertitel.

II. Geschichte und Ende des Strafrechts – und die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft

Wer über die Wissenschaft vom Strafrecht nachdenkt, hat sich zunächst einmal vor Augen zu halten, was ihr Gegenstand ist, genauer und ehrlicher: was man als ihren Gegenstand betrachten will. Das ist die Frage nach dem Begriff des Strafrechts und damit nach dem Begriff der Strafe. Für die Frühzeit der Menschheitsgeschichte fällt die Antwort leicht und dürfte unstrittig sein: Das Strafrecht waren die Regeln, nach denen einem Mitglied der Gruppe Leid zugefügt wurde, weil es Verbotenes getan hatte. Sinn dieser Reaktion war, weitere Taten zu verhindern, also Prävention allbekanntem Zuschnitts. Ihre evolutionsbiologische Verankerung wurde das Gerechtigkeitsgefühl der Menschen, also der Ärger über die Taten und der Wunsch nach Vergeltung, sprachlich abgerüstet: der Wunsch nach einem gerechten Schuldausgleich. Das hat auch viele tausend Jahre lang funktioniert, und zwar solange die Menschen in überschaubaren Gruppen lebten. Denn dort hat die Missbilligung durch die Gruppe unmittelbar und stark verhaltenssteuernde Wirkung. Das ist noch immer so: Einem Hells Angel mögen staatliche Sanktionen einerlei sein – was aber seine Gruppe über ihn denkt und ob sie ihn bestraft, das hat Einfluss auf sein Verhalten.

Die skizzierte evolutionsbiologische Rechnung geht aber nicht mehr auf, seit die Menschen anonyme Massengesellschaften bilden, das heißt Gemeinschaften, deren Funktionieren erstens nicht mehr darauf beruht, dass sich ihre Mitglieder persönlich kennen, und in denen zweitens übergeordnete Instanzen – der Staat – ein Gewaltmonopol beanspruchen. In diesen Gesellschaften haben die Strafsanktionen „von oben“ nur noch eingeschränkt präventive Wirkung und ist es daher zu einer Aufspaltung des Strafrechts gekommen: Die eine Hälfte dieses Rechts befriedigt das Verlangen der Menschen nach Gerechtigkeit, das sich nicht so schnell gewandelt hat

wie ihre Lebensform. Das Mittel dazu sind die klassischen Strafen. Die andere Hälfte bemüht sich um Instrumente, die in anonymen Massengesellschaften an die Stelle der Strafen treten können, um deren ursprünglichen Zweck zu erfüllen, das heißt um regelwidriges Verhalten zu verhindern. Sie bestehen zusammengefasst in a) den Maßregeln der Besserung und Sicherung, b) in dem Credo, dass gute Sozialpolitik die beste Kriminalpolitik sei (*von Liszt*⁴), und c) in Vorschriften, die es erlauben, auf Strafen zu verzichten, die eigentlich gerecht wären – wenn und weil man ihre kriminogene Wirkung stärker fürchtet als die Enttäuschung der Menschen angesichts eines partiellen Mangels an Gerechtigkeit. Die wichtigsten Vorschriften dieser Art sind jene zur Bewährung.

In Europa ist die Aufspaltung des Strafrechts geschichtlich leicht zu verorten. Ihre Antriebskraft waren die soziologische Strafrechtsschule *Franz von Liszts* und die kriminalpolitische Bewegung der *Défense sociale* (*Adolphe Prins*). Die Tragik der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft liegt darin, die Aufspaltung ihres Gegenstandes nie voll begriffen zu haben. Zwar hat man erkannt, dass die neuen Sanktionen etwas anderes sind als die alten, eine „zweite Spur“ im Sanktionenrecht. Aber man hielt daran fest, dass diese zwei Spezies doch zu derselben Gattung gehörten, indem auch noch die freundlichsten staatlichen Hilfsangebote als „Sanktionen“ klassifiziert werden, vor allem jedoch: indem man nunmehr meint, auch die traditionellen Strafen hätten vorrangig oder gar ausschließlich denselben Zweck wie die neuen Reaktionen auf Straftaten, und zwar sie zu verhindern. Die akademische Folge sind die herrschenden präventiven Straftheorien. Kriminalpolitische Folge sind Strafgesetzgebungsexzesse in bester Absicht, und zwar jener, erwünschte gesellschaftliche Zustände herzustellen, da doch auch die Kriminalstrafen die Aufgabe hätten – und folglich die Eignung haben müssten –, beliebiges unerwünschtes Verhalten zu verhindern.⁵

Und noch immer kreist die Strafrechtswissenschaft gedanklich um jene traditionellen Kriminalstrafen und verwendet den größten Teil ihrer Kraft darauf zu überlegen, wann sie am Platze seien: welches Verhalten durch neue Gesetze und die Auslegung der bestehenden unter Kriminalstrafe gestellt werden müsse. Diese Überlegungen werden nicht nur durch den oben beschriebenen präventiven Irrtum verwirrt, sondern auch dadurch, dass durch den Nebel dieses Irrtums hindurch immer wieder das eigene Gerechtigkeitsgefühl dringt und eine mindestens ebenso bestimmende Kraft ist wie das präventivtheoretische Wunschdenken. In Gesetzesbegründungen

¹ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327.

² Warum ich generische Maskulina und Feminina (Koryphäe, Persönlichkeit, Fachkraft, wissenschaftliche Kapazität ...) für die geschlechtergerechteste und vernünftigste Form halte, Ämter, Funktionen und Rollen zu bezeichnen, habe *ich* ausführlich begründet in meiner *Kleinen Stilkunde für Juristen*, 3. Aufl. 2017, S. 231 ff. Darauf sei verwiesen.

³ In der ZIS-Sonderausgabe 10/2020.

⁴ *v. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2: 1892–1904, 1905, S. 246 („Damit ist zugleich gesagt, daß eine auf Hebung der gesamten Lage der arbeitenden Klassen ruhig, aber sicher abzielende *Sozialpolitik* zugleich auch die beste und wirksamste Kriminalpolitik darstellt.“ *Hervorhebung* im Original).

⁵ Vgl. *meinen* Beitrag „Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts“, in: *JZ* 2019, 649.

wie Lehrbüchern wird das deutlich an dem gänzlich unkoordinierten Nebeneinander der Begriffe des „Schützens“ der Opfer und des „Bekämpfens“ der Kriminalität auf der einen Seite (Prävention) und dem Begriff der – dann doch fehlenden oder doch noch zu bejahenden – „Strafwürdigkeit“ auf der anderen (gerechte Vergeltung). Und das ist das eigentliche Übel der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft, allerdings schon seit gut einhundert Jahren: Sie weiß nicht mehr wirklich, was sie soll, was sie will und warum.

Abhilfe schafft erneut ein Blick aus der Ferne auf die Entwicklung des Strafrechts, dieses Mal auf die Entwicklung der traditionellen Strafen. Ihre Geschichte ist die einer steten Milderung. Auch die Kurve dieser Entwicklung hat Ausschläge nach oben und unten, aber die Generalrichtung ist völlig unverkennbar. Sie ist Teil eines universalen Rückgangs von Gewalt und Aggressivität, der alle Kulturen und gesellschaftlichen Bereiche erfasst. Starben 1950 – also *nach* den Weltkriegern – noch 22 von 100.000 Erdenbürgern durch kriegerische Gewalt, lag dieser Wert sechzig Jahre später unter 1. Auch innergesellschaftliche Gewalt sinkt weltweit; nicht überall in gleichem Maße und Tempo, aber aufs Ganze gesehen doch unverkennbar. Dass die meisten das Gegenteil annehmen, ist Teil dieser Entwicklung, und zwar in Form höherer Empfindlichkeit gegenüber Gewalt und Aggression – die zu größerer Aufmerksamkeit und Unduldsamkeit führt und dadurch subjektiv zu vermehrten Befunden.⁶ Ursache dieses Prozesses ist das Zusammenwachsen der Menschheit, das Bilden immer größerer und komplexerer Organisationseinheiten und die schwindenden Möglichkeiten dieser Einheiten, sich wechselseitig kriegerisch zu verdrängen oder zu vereinnahmen, ohne dabei selbst zugrunde zu gehen. Auf dem Gebiet des Strafens entspricht dem die Abmilderung der Sanktionen. Für sie stehen die Abschaffung der Todesstrafe, die Abschaffung anderer Leibesstrafen, die Abschaffung der Folter, die Abschaffung entwürdigender Strafen und der stete Rückgang der Freiheitsstrafen: Wurden sie zu Beginn der statistischen Aufzeichnungen im Deutschen Reich 1882 noch in rund 77 % aller Fälle verhängt und vollstreckt, betrug dieser Anteil 2001 in der Bundesrepublik nur noch knapp 9 % und liegt zwanzig Jahre später, also aktuell bei gerade einmal 4,8 %.⁷

Diese Entwicklung wird andauern. Es wird immer wieder zu gegenläufigen Tendenzen kommen, aber nie zu einer nachhaltigen Trendumkehr. Die Menschheit muss, will sie überleben, friedlicher und freundlicher werden. Denn die

⁶ Näher *mein* Beitrag „Das Böse und wir“, in: Zeit Online v. 28.4.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2019-04/kriminalstatistik-kriminalitaet-gewalt-deutschland-gefahren-polizei-wahrnehmung> (4.5.2021).

⁷ Zahlen bis 2001 einschließlich nach *Heinz*, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882–2001, im Netz unter <https://www.uni-konstanz.de/rf/kis/sanks01c.htm> (4.5.2021). Aktuelle Zahl berechnet nach der Strafverfolgungsstatistik für 2019: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Strafverfolgung, Fachserie 10, Reihe 3, 2019, S. 154.

Probleme, die sie hat, lassen sich nur noch mit vereinten Kräften und kooperativ lösen, die wichtigsten Stichworte sind Klimawandel, Umweltzerstörung, Bevölkerungswachstum und Migration. Dass die Menschheit tatsächlich friedlicher und freundlicher wird, zeigt sich auch auf dem Gebiet der Religionen und Weltanschauungen. Schon das Christentum ist eine Religion, die – menschheitsgeschichtlich revolutionär – dem Schwachsein Würde und Berechtigung gegeben hat und Nachsicht und Vergebung predigt. Abgelöst wird sie derzeit vom Buddhismus; und der verlangt noch konsequenter Mitgefühl mit allen empfindenden Wesen und lehnt jede Form von Aggression und Vergeltung ab, die nicht der Gefahrenabwehr dient. Die aggressive Variante des Islam, der Islamismus tut dies zwar nicht und scheint ebenfalls Auftrieb zu haben. Aber tatsächlich hat er den nicht. Nirgends, wo die Musik der Zukunft spielt, sind Islamisten am Werk. Zulauf haben sie nur in terroristischen Subkulturen und mittelalterlichen Gesellschaften. Die Avantgarde der Menschheit lehnt Gewalt, Rache und Vergeltung zunehmend ab. Das wird irgendwann auch alle anderen erfassen – und ganz langsam die Vergeltungsbedürfnisse der Menschen schrumpfen lassen. Sie werden Straftaten immer stärker als tragische Selbstschädigungen der Täter begreifen, die vom Unwissen um die eigentlichen eigenen (seelischen) Bedürfnisse geprägt sind, und immer seltener als Akte des Bösen. Und daher werden sie Zwang und Gewalt noch als Mittel zur Gefahrenabwehr akzeptieren, aber nicht mehr als Mittel zur Vergeltung.

Für das traditionelle Strafrecht bedeutet dies, dass es nur noch eine Brückentechnologie ist. Die Gesellschaft der Zukunft kommt ohne Strafen aus. Doch diese Zukunft ist fern. Noch haben die Menschen mehrheitlich klare und nachhaltige Vergeltungswünsche, wenn Unrecht geschieht – und muss der Staat diesen Wünschen zwar nicht immer, aber im Wesentlichen sowie maßvoll und zivilisiert entsprechen, wenn er loyale Bürger und Bestand haben will. Ihm dabei zu helfen, ist die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft. Sie zu erkennen, ist ihre derzeit größte Herausforderung. Ich komme darauf zurück. Doch jetzt wird es zunächst einmal radikal kleinteiliger:

Entwicklungen der Strafrechtswissenschaft, die man nicht kritisieren sollte

1. Zum Unbehagen an der Veränderung

Menschen haben ab ihrer Lebensmitte die Neigung, Entwicklungen, deren Zeugen sie werden, zu missbilligen, weil sie a) geistig nicht mehr beweglich genug sind, ihnen zu folgen, b) weil diese Entwicklungen entwerten, was man selbst an Wissen und Können erworben hat, c) weil der Mensch mit fortschreitendem Alter die Vergangenheit verklärt – schlechte Erinnerungen verblassen –, während seine Zukunft immer kürzer und vom Schatten des Todes verdunkelt wird, d) weil der Mensch normativ denkt, das heißt meint, dass die Dinge exakt so, wie sie als Ideal gesollt sind, auch tatsächlich sein könnten *und* in einer fernen Vergangenheit auch einmal waren; die Vertreibung aus dem Paradies steht nicht von unge-

fähr am Beginn der biblischen Menschheitsgeschichte.⁸ Kein Mensch ist in seiner zweiten Lebenshälfte von dieser Neigung vollkommen frei, auch ich nicht (und natürlich gibt es noch jene, die schon in frühester Jugend überzeugt sind, einem flächendeckenden Qualitäts-, Werte- und Kulturverfall beizuwohnen). Aber man kann – und ich möchte – immerhin versuchen, die eigene Wahrnehmung und Analyse von altersbedingter Missgunst zu reinigen und zu entzerren, um meiner Zeit und meinen Zeitgenossen gerecht zu werden. Ich schreibe das zum einen, weil ich den Eindruck habe, dass zu viele Autoren besagter Neigung die Zügel schießen lassen, auch mit Blick auf die Strafrechtswissenschaft. Ein Beispiel ist die oft zitierte Gardinenpredigt, die ihr *Thomas Würtenberger* (Senior) 1957 gehalten hat.⁹ Zum anderen schreibe ich es, um in diesem Abschnitt (III.) zu einigen Betrachtungen überzuleiten, die vielleicht milder und duldsamer ausfallen, als es zu erwarten gewesen sein mag. Dafür wird es dann unter IV. kritischer.

2. Die „Publikationsflut“

Einen sicheren Platz im Kanon der Strafrechtswissenschaft hat die „Publikationsflut“, von der man sich überschwemmt sieht. Das Bild bringt den Grund des Ressentiments zum Ausdruck: Eine Flut ist etwas Destruktives, sie schwemmt Gutes hinweg oder lässt es untergehen, man ertrinkt in ihr, sie zerstört. Nüchtern betrachtet verdankt sich der Anstieg der Zahl veröffentlichter Schriften hingegen allein positivem Fortschritt: Es ist heute technisch viel leichter als früher, druckfertige Manuskripte zu schreiben und zu verschicken, viel leichter, online oder in gespeicherten Texten zu recherchieren, und viel leichter, Texte zu drucken oder ins Netz zu stellen. Die heutigen Stars der Strafrechtswissenschaft werden nicht deshalb deutlich längere Publikationslisten haben als *Binding* und *Franz von Liszt*, weil jene strenger auf Qualität geachtet hätten oder wählerischer gewesen wären, sondern weil diese beiden Ikonen unserer Zunft nicht jene Möglichkeiten hatten, die Technik und Publikationswesen heute bieten. Natürlich wird auch jede Menge Schund veröffentlicht. Aber ich glaube nicht, dass sein Anteil an der Gesamtheit des Publizierten in unseren Tagen größer wäre als früher. Und das heißt auch, dass die absolute Zahl wertvoller Texte gestiegen sein dürfte.

Allerdings stellt das eine neue Anforderung an Wissenschaftler: Sie müssen noch besser als ihre Ahnen in der Lage sein, sich über die zahllosen Publikationen einen Überblick zu verschaffen, sich zu orientieren und das Weiterführende sicher vom Belanglosen zu unterscheiden; und das müssen sie vor allem vergleichsweise schnell tun können. Ich schreibe das als jemand, bei dem diese Fähigkeiten unterentwickelt sind – der sie aber gleichwohl uneingeschränkt als Fähigkeiten anerkennt und für notwendig hält. Die herausragenden Strafrechtswissenschaftler unserer Zeit verdanken ihren Er-

folg zu Recht auch ihrem Können in der Disziplin des schnellen und zielsicheren Schwimmens in der Publikationsflut, und ich empfehle dem wissenschaftlichen Nachwuchs ohne Neid, davon zu lernen. Zugleich bin ich zuversichtlich, dass er diese Empfehlung nicht braucht. Denn im Kern geht es um Fähigkeiten, die jeder moderne Mensch benötigt und daher auch entwickelt.

3. Aufnahme anglo-amerikanischer Ideen

Die deutsche Strafrechtswissenschaft glaubt traditionell, der anglo-amerikanischen überlegen zu sein. Schaut man allein auf die anerkannten Grundmuster dogmatischen Denkens, so stimmt das meines Erachtens auch. Doch erstens sind Zahl und Gehalt jener anerkannten Grundmuster überschaubar: die – je nach Zählweise – drei, vier oder fünf Grundkategorien der Allgemeinen Verbrechenslehre, besonders die Unterscheidung von Unrecht und Schuld, die Einteilung der Deliktsarten, die Grundbegriffe der Vorsatzdogmatik und der Zurechnungslehre (einschließlich der Beteiligungslehre). Zweitens sind diese Grundmuster bei näherem Zusehen nicht einmal so anerkannt, wie meinen muss, wer in ein handelsübliches AT-Lehrbuch schaut. Das gilt für die Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit ebenso wie für jene – auf die wir uns besonders viel einbilden – von Unrecht und Schuld sowie von Tatbestands- und Verbotsirrtum.¹⁰ Und drittens handelt es sich bei alledem um rein begriffliche Fragen, also um das Schmieden einer strafrechtlichen Sprache – und nicht um die Veränderung dessen, was jene Sprache bezeichnet. Natürlich geht es auch um unterschiedliche Rechtsfolgen: Von der Definition des Vorsatzbegriffes hängt oft nicht nur die Höhe des Strafrahmens ab, sondern ob das Verhalten überhaupt strafbar ist. Aber das liegt wiederum an rein begrifflichen Entscheidungen, dieses Mal an denen des Gesetzes.

Sehr wohl meine ich, dass auch die begrifflichen Fragen wichtig sind. Je besser wir sie beantworten, je klarer und widerspruchsfreier die dogmatische Sprache des Strafrechts ist, desto leichter können wir uns über seine Gegenstände verständigen. Das kann auch die Gesetze und die Praxis verbessern; das Gesetz kann klarer, die Praxis leichter vorhersehbar und nachvollziehbarer werden. Aber mindestens ebenso wichtig sind andere Fragen, die sich dem Strafrecht stellen, namentlich die Fragen nach den Ursachen kriminellen Verhaltens, nach den Wirkungen der Sanktionen, nach den Zwecken dieser Sanktionen sowie – und vor allem – danach, was strafbar sein sollte und wie man die Zwecke der Sanktionen verfahrensmäßig erreicht. Ich komme auf einige dieser Themen zurück. Hier möchte ich lediglich darauf hinweisen, dass wir zu ihnen im anglo-amerikanischen Schrifttum in einem Ausmaß und einer Qualität fündig werden, denen gegenüber ich keine Überlegenheit der deutschsprachigen

⁸ Zu dieser Neigung und ihren Folgen für die Politik in meinem Buch „Die Kultur der Verantwortung“ (2008), im 2. Kap. unter 1. („Gesellschaftlicher Wandel als Sittenverfall?“).

⁹ *Würtenberger*, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1957 (2. Aufl. 1959).

¹⁰ Gegen die Trennung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit etwa *Rinck*, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000; gegen die Trennung von Unrecht und Schuld etwa *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 276 ff., und auch *ich* selbst in „Der Kern des Strafrechts“, 2006, S. 116 ff.: gegen die *Lex lata* zum Tatbestands- und zum Verbotsirrtum ebenda, S. 389 ff.

Strafrechtswissenschaft feststellen kann. Und daher betrachte ich es nicht als Mangel, sondern als Bereicherung, wenn der strafrechtswissenschaftliche Nachwuchs die Forschung zu den besagten Themen in die anglo-amerikanische Rechtssphäre erstreckt. Indes bedarf es in diesem Punkt wiederum keiner Empfehlungen; denn auch das macht dieser Nachwuchs ohnehin.

4. Verlust von Weltgeltung

Ja, wahrscheinlich hatte die deutsche Strafrechtswissenschaft vor einhundert, wohl auch noch vor fünfzig Jahren größere Bedeutung in der Welt als heute. Das gilt aber nicht nur für die Strafrechtswissenschaft und die Rechtswissenschaft insgesamt. Es gilt auch für die Medizin, die Naturwissenschaften, die Ingenieurskunst und vielleicht noch manches andere. Es ist menschlich verständlich, wenn Deutsche das bedauern. Ich gestehe, davon selbst nicht vollkommen frei zu sein. Aber ich halte mir auch vor Augen, was die Ursache solchen Bedauerns ist: Nationalismus. Das Denken in nationalen Kollektiven. Dazu sollte man sich vor allem bewusst machen, was *Olaf Jessen* in seiner Biografie der Familie Moltke schrieb: „Jede Nation ist Idee. Und auf Ideen muss man kommen.“¹¹

Noch sind wir gewohnt, unsere Ideen von den Nationen hochzuhalten und ihnen eine quasi naturrechtliche Geltung zuzuschreiben. Aber die Zukunft wird andere Ideen entwickeln und tut dies längst; die Idee Europas, die Idee einer Weltgemeinschaft. Das klingt nach einer realitätsblinden Schwärmerei angesichts des Brexits, der Probleme der EU und der Konflikte weltweit. Aber wer einen Schritt zurück tritt und sich die Weltgeschichte besieht, der stellt mit *Yuval Harari* fest, dass es in dieser Geschichte eine klare und anhaltende Entwicklungslinie gibt zu immer größeren Organisationseinheiten, Kulturkreisen und damit auch Rechtsräumen. Und das ist nichts per se Bedrohliches für die Werte, die uns heute am Herzen liegen: Frieden, Menschlichkeit, Rechtsstaatlichkeit, Demokratie. Auch für das Strafrecht der Zukunft kommt es nicht darauf an, wie deutsch, deutschsprachig oder von Deutschen geprägt es sein wird, sondern wie rechtsstaatlich, menschlich und demokratisch.

IV. Merkmale heutiger Strafrechtswissenschaft, die ich für kritikwürdig halte

1. Strafrechtliche Indifferenz

Die Strafrechtstheorie ist die Lehre vom Zweck der Strafen, und ein unseliges Missverständnis, das die Diskussion um sie belastet, ist, dass die meisten unausgesprochen unter den „Strafen“ sämtliche Reaktionen verstehen, die man nach einer erheblichen Regelverletzung für sinnvoll halten kann; dazu schon oben II. Im engeren und hier gemeinten Sinn sind Strafen allein jene Reaktionen, die den Betroffenen *leiden lassen wollen*, und ist eine Strafrechtstheorie eine Begründung dafür, eine solche Strafe im Einzelfall tatsächlich zu vollstrecken. Auf diese eine Frage: warum gibt es Situationen, in denen der Staat einen Menschen leiden lassen will und auch tatsächlich

leiden lässt? hat eine Strafrechtstheorie an erster Stelle zu antworten; und alles andere muss sich aus dieser Antwort ergeben. Man kann mit philosophisch wie auch psychologisch bestem Grund bestreiten, dass es legitim sei, andere Menschen leiden zu lassen, sofern dies nicht nötig ist, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwenden. Und zumindest das Christentum und der Buddhismus bestreiten es auch. (Es gehört zu den bemerkenswertesten kulturellen Dissonanzen, dass sich christliche Strafrechtslehrer und Strafrichter hierum kaum kümmern.) Aber unübersehbares Faktum ist doch, dass es diese Situationen gibt und dass unser Strafrecht bemüht ist, ihnen Rechnung zu tragen, das heißt Beschuldigte tatsächlich – prozessual domestiziert – in jenem Maße leiden zu lassen, das die Rechtsgemeinschaft als unerlässlich betrachtet, um der Gerechtigkeit Genüge zu tun.

Die Frage nach dem Grund hierfür verlangt ganz wörtlich nach einer Grundlegung, und zwar für die Strafgesetzgebung wie für die Strafrechtsanwendung und damit auch für die Strafrechtswissenschaft: Was soll strafbar sein und in welchem Maße? Daher müsste eigentlich jeder strafrechtswissenschaftlichen Überlegung eine Reflexion und Stellungnahme zur Strafrechtstheorie vorausliegen. Doch diese Notwendigkeit empfinden die wenigsten. Ich gebe zu, das früher auch nicht getan zu haben. Sogar für die Allgemeine Verbrechenslehre, also gewissermaßen unser dogmatisches Betriebssystem, schrieb ich 2006 für die 12. Auflage des Leipziger Kommentars, sie sei auch ohne Strafrechtstheorie möglich.¹² Grund war, dass mich die herkömmlichen funktionalen Verbrechenslehren nicht überzeugten, also jene, die sich an den präventiven Strafrechtstheorien ausrichten wollen (positive und/oder negative Generalprävention und/oder Spezialprävention). Denn die sind zirkelschlüssig – weil es in der Verbrechenslehre darum geht, was strafbar sein sollte, während die herkömmlichen präventiven Strafrechtstheorien nur darauf antworten, warum es angezeigt sei, auf strafbares Verhalten – das also bereits als solches feststehen muss – mit einer Strafe zu reagieren.¹³ Doch das bedeutet nicht, dass es ebenso zirkelschlüssig sein müsste, die Verbrechenslehre – und jedwede Strafrechtsdogmatik – an einer anderen Strafrechtstheorie zu orientieren.

Dies jedoch versuchen die wenigsten. Ausnahmen sind *Pawlaks* Monografie „Das Unrecht des Bürgers“ (2012) sowie die kantisch-hegelianische Denkschule, der etwa meine Fakultätskollegin *Katrin Gierhake* angehört.¹⁴ Diese Schule

¹¹ *Jessen*, Die Moltkes. Biographie einer Familie, 2010, S. 13.

¹² *Walter*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 7. Anders jetzt *ders.*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 7.

¹³ Insoweit zutreffend *Gierhake*, JRE 28 (2020), 171 (183 ff.). Siehe ferner *meine* Kommentierung (Fn. 12 – LK-StGB, 13. Aufl.), Vor § 13 Rn. 7.

¹⁴ Exemplarisch *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 247 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Namentlich zu nennen sind aus der heutigen Strafrechtswissenschaft ohne Anspruch auf Vollständigkeit mindestens noch (alphabetisch gereiht)

überzeugt mich inhaltlich *im Ergebnis* so wenig wie Pawlik; wohl aber mit ihrem Credo, das gesamte Strafrecht von einer Straftheorie aus durchdenken zu müssen, sowie mit ihren Anstrengungen dazu, dies zu leisten. Die weitaus meisten zeitgenössischen Schriften hingegen und selbst die Besten der Innung halten sich entweder überhaupt nicht mit derartigen Bemühungen auf – oder pflegen zu ihnen ein unverbindlich-lockeres, synkretistisches und eklektisches Verhältnis, in dem eher *colorandi causa* bald dieser, bald jener Gesichtspunkt aus dem weiten Spektrum dessen herausgefischt wird, was man als einen sinnvollen Zweck von Strafen betrachten könnte.

Ein Grund dafür mag ein weiteres Missverständnis sein, das die Diskussionen um Straftheorien korrumpiert. Es besteht darin zu glauben, ein Strafzweck verlange stets zugleich die Entschlossenheit, ihn vollständig zu verwirklichen, ohne Rücksicht auf Verluste; ohne Rücksicht auf andere, womöglich ebenso legitime oder gar besser legitimierte Zwecke staatlichen Handelns. Anders gewendet wird Straftheorien gern vorgeworfen, ihre konsequente Umsetzung führte zu mehr oder weniger furchtbaren Zuständen; etwa die Umsetzung der Spezialprävention zu vielleicht lebenslangen und damit unverhältnismäßigen Umerziehungs- und Behandlungsbemühungen oder die Umsetzung der Vergeltungsidee zu ebenso unverhältnismäßigen Bestrafungsexzessen. Das übersieht, dass ein Strafzweck stets nur eines von zahlreichen Zielen staatlichen Engagements sein kann, dass diese Ziele immer wieder in Konkurrenz zueinander treten, dass sich der Staat dann entscheiden muss, von welcher Zielerreichung er zugunsten welcher anderen Abstriche machen will, und dass ein Strafzweck in solchen politischen Abwägungen keine natürliche Priorität genießt. Der Schutz der Familie, der Umwelt, der Wirtschaft, der Kultur, die Schonung staatlicher Ressourcen bei Bagatelldelinquenz, die Senkung der Kriminalität durch Resozialisierung – sie und viele andere berechnete Anliegen der Gemeinschaft können jedem Strafzweck jederzeit einen Strich durch die Rechnung machen. Wir stehen damit erneut am Ausgangspunkt dieser knappen straftheoretischen Reflexion: Was eine Straftheorie erklären muss, ist nur das eine, und zwar warum wir bestrafen, wenn wir dies tatsächlich tun.

2. Methodische Haltlosigkeit

Eine vergleichbare Schwäche heutiger deutschsprachiger Strafrechtswissenschaft – aber auch schon der früheren – begegnet mir in der Methodik. Viele und gerade die Jüngeren scheinen sich in der Traum- und Schaumwelt eines „Methodenpluralismus“ einrichten zu wollen, in der alles irgendwie geht, solange man nicht allzu dummes Zeug schwätzt (was freilich ebenfalls geschieht, dazu sogleich). Ich meine damit die schlichten Fragen, wie man Gesetze auslegt, wann man sie analog anwendet und wann teleologisch reduziert. Selbst Spitzenjuristen – nicht nur des Strafrechts – werden bemerkenswert unsicher, wenn ihnen die Systematik des Gesetzes

Diethelm Kleszczewski, Michael Köhler, Ulfrid Neumann und Rainer Zaczek sowie – wiewohl bereits verstorben – Ernst Amadeus Wolff.

den Lösungsweg A weist, sein Wortlaut hingegen den Weg B, während die Materialien für C zu sprechen scheinen – und wenn man sie dann fragt, was denn nun und warum Vorrang beanspruchen dürfe?

Ich gebe erstens erneut zu, dass es mir Jahrzehnte hindurch nicht anders ergangen ist. Zweitens gebe ich zu, dass es dabei alsbald um die fundamentale Frage geht, welche Macht die Rechtsanwender – Gerichte und Verwaltung – im Verhältnis zum Gesetzgeber in Anspruch nehmen dürfen und warum; eine Frage, die zum höherrangigen Recht führt und, dahinter, zur Staatsphilosophie. Und es kann offenbar nicht jede strafrechtswissenschaftliche Schrift diese Fragen aufwerfen und beantworten. Aber ihr Verfasser kann dies für sich selbst und seine Forschung insgesamt sehr wohl einmal tun und einmal veröffentlichen – und dann später darauf verweisen; oder auf Veröffentlichungen anderer, die ihn überzeugen.¹⁵ Selbstverständlich können sich auch auf methodischem Gebiet Überzeugungen wandeln und können neue Erkenntnisse alte verdrängen. Das ist sogar wünschenswert, denn wo es keine Entwicklung gibt, gibt es auch keinen Fortschritt. Aber die Verpflichtung auf klare methodische Regeln hat eine produktive selbsterzieherische Wirkung. Sie erzwingt eine ständige methodische Reflektion und Rückbindung des zu Schreibenden und gibt ihm so mehr Stringenz und größere Überzeugungskraft.

Dabei macht es nichts, dass auch die präziseste Methodik längst nicht in jedem Fall so sicher zu einem und nur dem einen Ergebnis führt wie eine Steuer-ID zum Namen des Steuerpflichtigen. Denn wenn ein Weg wegen Erdrutsches nicht gangbar ist oder Kraft und Geschicklichkeit des Wanderers nicht reichen, um ihn zu gehen – dann ist das weder die Schuld des Kompasses noch die der Landkarte. Und mehr als solche Orientierungsmittel kann eine Methodik nicht liefern. Sie zeigt Richtungen, Entfernungen und Routen, bietet aber keine Ankunftsgarantie. Und doch ist sie – von Zufallstreffern abgesehen – die wichtigste Voraussetzung dafür, das Ziel tatsächlich zu erreichen.

Außerdem gibt es in der Methodik der Strafrechtswissenschaft eine Blankettverweisung auf die Straftheorie, was deren Bedeutung noch einmal unterstreicht: Führen die herkömmlichen Techniken der Auslegung und der Rechtsfortbildung zu keinem Ergebnis und ist der Rechtsanwender folglich gezwungen zu überlegen, was objektiv vernünftig sei – auch wenn er es nicht so nennt –, dann kann ihm seine Straftheorie helfen. Gerade dieser bislang nur schwach be-

¹⁵ Mein eigener erster Ansatz dazu in „Das Koordinatensystem der Methodik“, *sui generis* 2019, 139, (ausschließlich) im Netz unter

<https://sui-generis.ch/99> (4.5.2021); fortgeführt in „Zur Demokratisierung des Strafrechts“, in: *Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld* (Hrsg.), *Recht – Philosophie – Literatur*, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 2020, S. 545; exemplarisch veranschaulicht in „Der Wille des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel, verdeutlicht anhand des § 42 StAG“, in: *ZIS* 2016, 746, sowie in: *Rotsch* (Hrsg.), *Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2018, S. 83.

leuchtete Schnittpunkt von Methodik und Strafrechtstheorie verdient erhöhte wissenschaftliche Aufmerksamkeit.

3. Schwurbelstil

Nein, aufs Ganze gesehen schreiben junge Strafrechtswissenschaftler nicht verschwurbelter als ihre Vorgänger. Früher wurde vielleicht etwas salbungsvoller geschwurbelt und pathetischer – aber nicht konsistenter.¹⁶ Auch gibt es heute wie früher zahlreiche Autoren, die nicht nur verständlich schreiben, sondern sogar geschmacklich reizvoll. Aber es gibt heute doch auch eine neue Art des Schwurbelns, das heißt eines Schreibens, das nicht zuallererst darauf bedacht ist, möglichst gut erkennbar die Linie einer Argumentation nachzuzeichnen, sondern das dem Leser – verliebt in die eigene Bildung, Belesenheit und Kombinationsgabe – zahl- und effektreiche Sätze vorturnt, die manches zeigen sollen und zeigen; aber eben nicht den Zusammenhang von Frage und eigener Antwort.

Spuren – nicht mehr – dieser neuen Art des Schwurbelns beschreibt auch *Lothar Kuhlen* in jener Rezension, die der Anlass des vorliegenden Beitrages ist. Eines der Stilmerkmale dieser Art ist, dass man sich verpflichtet fühlt, gewissermaßen der guten Ordnung halber auch dann noch ein paar Zitate und Namen aus Anglo-Amerika spazierenzuführen, wenn dies inhaltlich durchaus entbehrlich wäre. Zu weiteren Stilmerkmalen in *Kuhlens* Rezension sowie an anderer Stelle.¹⁷ Etwas trösten mag, dass die schlimmsten Entgleisungen dieser Gattung derzeit das Öffentliche Recht zu bieten hat; man sehe es mir nach, wenn ich nicht genauer werde. Aber es bleibt doch auch für die Strafrechtswissenschaft die Mahnung, mit jedem veröffentlichten Satz nicht mehr sagen zu wollen als eben das, was gedacht worden ist; mit der Versendung des Manuskripts zu warten, bis das Denken abgeschlossen ist; und das Denken erst abzuschließen, wenn die Überlegungen eine klare Ordnung haben und von einem Ergebnis zu seiner Begründung führen.

4. Frauenbevorzugung

Meine Eltern haben mich nicht in eine staatliche Kindertagesstätte gesteckt, sondern haben mit Gleichgesinnten einen Verein und privaten Kindergarten gegründet mit dem schönen Namen „Sandschule“, und dort haben eine angestellte Kindergärtnerin und, untereinander abwechselnd, die Eltern uns Kinder in freiheitlichem Geist gefördert und betreut. Einer der Werte, die gepredigt und praktiziert wurden, war die Gleichberechtigung der Geschlechter. Die Mädchen durften mit auf die Bäume, in den Dreck und durften Straßen für Spielzeugautos bauen; die Jungen, wenn sie denn wollten, mit Puppen spielen und auch mal weinen. Unsere Mütter waren berufstätig, die Väter auch in der Kinderbetreuung aktiv. Einfühlsame Männer sind mir von Kindesbeinen an so vertraut wie sachkompetente Frauen – und die Umkehrung. Mir hat nie jemand erläutern müssen, dass Frauen die gleichen Rechte und Möglichkeiten haben sollten wie Männer, und die Suffragetten haben seit jeher zu jenen Menschen

gehört, deren Hunger nach Gerechtigkeit und Wut auf Ungerechtigkeit mir sehr verständlich gewesen sind.

Doch gerade aus diesen Gründen erfüllt es mich mit einer Mischung aus Unglauben und tiefem Befremden, wie unverfroren und wertvergessen unsere Zeit auch in der Strafrechtswissenschaft verlangt, Frauen aufgrund ihres Geschlechts zu bevorzugen. Dass dies geschieht, wissen alle, und die meisten praktizieren es auch. Es gibt zahlreiche Stipendien, für die man mit dem weiblichen Geschlecht zur Welt gekommen sein muss, und wenn es um die Besetzung von attraktiven Stellen, Ämtern und Funktionen geht, insbesondere Professuren, ist derzeit wenig so vorteilhaft wie die Eigenschaft, eine Frau zu sein: weil man hysterisch versucht, Geschlechterquoten zu erfüllen, und weil daher auf die Verantwortlichen – so noch erforderlich – starker Druck ausgeübt wird, Personalentscheidungen zugunsten von Frauen zu treffen; positiver Druck in Form von Belohnungsversprechen, negativer Druck in Form von Sanktionsdrohungen. Jemand, dessen Gerechtigkeitsgefühl noch nicht von der heutigen Form der feministischen Ideologie verbogen worden ist und der sich noch in der Lage sieht, den Art. 3 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes zu lesen, muss seine Stimme auch dann gegen diese Perversion des Gleichberechtigungsgebots erheben, wenn er weiß, dass er seiner akademischen Laufbahn damit keinen Gefallen tut. Ich habe das an anderer Stelle getan und verweise darauf.¹⁸

Hier ist lediglich daran zu erinnern, dass die Frauenbevorzugung auch der Strafrechtswissenschaft schadet. Denn jene Frauen, die nach ihren Fähigkeiten eine Bevorzugung verdienten, brauchen sie nicht; und diejenigen, die sie brauchen, verdienen sie nicht. Die hervorragenden Strafrechtslehrerinnen, die wir haben, leiden unter der Bevorzugungsdoktrin, weil sie in den Augen der Fachgenossen nie ganz die Vermutung abschütteln können, ihre Stellung jedenfalls auch aufgrund ihres Geschlechts erreicht zu haben; so falsch diese Vermutung im Einzelfall auch sein mag. Und diejenigen, bei denen sie zutrifft, sind Fehlbesetzungen, die der Strafrechtswissenschaft Ressourcen entziehen. Dies doppelt; einmal in Gestalt jener, die sich ebenfalls um die fragliche Stelle oder das fragliche Amt beworben hatten, aber nicht zum Zuge gekommen sind. Und dann noch dadurch, dass die Rigorosität und Ubiquität der Frauenbevorzugung talentierte Männer davon abhält, die akademische Laufbahn zu versuchen. Die ist ohnehin lang, steinig, von Zufällen abhängig und bietet keine Erfolgsgarantie. Wer dann noch als Mann weiß, dass für zahlreiche Stellen und Nachbesetzungen bis auf weiteres faktisch nur Frauen in Betracht gezogen werden und dass er nicht nur *etwas* besser sein muss als konkurrierende Frauen, sondern um eine ganze Klasse besser, der überlegt sich dreimal, ob er auch noch ein solches Risiko eingehen soll – oder mit einer hervorragenden Examensnote nicht lieber wesentlich eher, sicherer und noch dazu deutlich mehr Geld verdient. Ich habe schon mehr als einmal mit jungen Männern zu

¹⁶ Berechtigt insoweit schon *Hörnle*, ZIS 2020, 468 (469).

¹⁷ Etwa in *meiner* Kleinen Stilkunde (Fn. 2), S. 247 ff.

¹⁸ Pro-Beitrag zu der Frage „Schadet die Frauenförderung in ihrer gegenwärtigen Form der Wissenschaft?“ in: *Forschung & Lehre* 9/2016, 782; „Verfassungswidrig“ [zu sogenannten Gleichstellungsquoten], in: *SZ* v. 5.12.2020, S. 6.

tun gehabt, die sich angesichts dieser Alternativen gegen die Strafrechtswissenschaft entschieden haben.

Hieraus folgt, dass auch im Interesse der Strafrechtswissenschaft die vorherrschende, noch stetig blanker und krasser werdende Frauenbevorzugung beendet werden muss. Dass dies zu einer Re-Maskulinisierung der Strafrechtswissenschaft führte, ist aus zweifachem Grunde nicht zu befürchten. Erstens nicht, weil der Anteil welches Geschlechts auch immer an welchem Beruf auch immer in einer freien, auf Gleichberechtigung gründenden Gesellschaft nie etwas zu Befürchtendes ist, sondern allenfalls etwas Festzustellendes; wie jetzt zum Beispiel feststellbar ist, dass der Frauenanteil in der Ärzteschaft und der Justiz mancherorts deutlich über fünfzig Prozent liegt.¹⁹ Denn warum sollte er das nicht? Bei freier Lebensgestaltung, fairem Wettbewerb und Bestenauslese? Zweitens ist für die Strafrechtswissenschaft keine Re-Maskulinisierung zu befürchten, weil die Zahl jener Frauen gestiegen ist, die Jura studieren und Professorin werden wollen. Das muss auch bei fairem Wettbewerb zu einem Anstieg des Frauenanteils an der Professorenenschaft führen; nur eben nicht sofort, sondern mit rund zwanzigjähriger, aus heutiger Sicht vielleicht noch zehnjähriger Verzögerung.²⁰ – Neben einer Beendigung der Frauenbevorzugung möchte ich Folgendes anregen:

V. Anregungen

1. Akademische Organisation

a) Aufwertung der Promotion, Abschaffung der Habilitation

Die akademische Laufbahn schreckt gute Juristen jedweden Geschlechts auch durch die lange Dauer ab, die man bis zu einer Professur durchzustehen hat – mit bescheidenem Einkommen, viel Arbeit und ungewisser Erfolgsaussicht. Diese Dauer verdankt sich vor allem dem De-facto-Erfordernis einer Habilitation. Dass es dieses Erfordernis gibt, hat seinen geschichtlichen Grund in der mangelnden Qualität von Dissertationen. Und so ließe sich heute die Phase zwischen Promotion und Habilitation auch wieder abschaffen, wenn es die Möglichkeit gäbe, bereits mit einer Dissertation jene Befähigung nachzuweisen, zu deren Beleg wir noch immer überwiegend eine Habilitationsschrift verlangen. Die Junior-Professur ist ein Schritt in diese Richtung, der aber nur die halbe Wegstrecke geht.

Dazu, dass (auch) strafrechtliche Dissertationen höchst unterschiedliches und oft deprimierendes Niveau haben, hat jüngst *Lagodny* ebenso Bedenkenswertes geschrieben wie zu der Frage, wie man die Qualität der Arbeiten heben könnte.²¹ Doch selbst ohne solche – begrüßenswerten – Bemühungen

gäbe es schon heute die Möglichkeit, für Dissertationen über der Note *summa cum laude* (oder als deren Ergänzung) das Prädikat „Habitationsleistung“ einzuführen. Wer dieses Prädikat erlangen wollte, würde dies wie eine Habilitation mit seinem Betreuer planen und dann sehr wahrscheinlich auch mehr Zeit und Mühen aufwenden müssen als für eine normale Dissertation; aber eben längst nicht so viel Zeit und Mühen wie derzeit für eine zusätzliche Habilitationsschrift. Dann hätte man für eine Habilitation wie bisher noch einige weitere Herausforderungen zu meistern: zusätzliche Veröffentlichungen, brauchbar evaluierte Lehre. Aber berufungsfähig (W2/W3) wäre der Nachwuchs trotzdem schon rund fünf Jahre eher als jetzt.

b) Zum Publikationswesen: online, wissenschaftlich, kurz

Dass die Zukunft des wissenschaftlichen Publikationswesens digital und online ist, erkennen mittlerweile auch seherisch Unbegabte. Allerdings vermisse ich im einschlägigen Angebot eine größere Zahl von Publikationsorganen wie der ZIS, dem Verfassungsblog und der schweizerischen *sui generis* und würde mir vor allem wünschen, dass solche Organe zumindest eine Rubrik für wissenschaftliche Beiträge vorsähen, für die sie den Autoren knappe Vorgaben zur Zeichenzahl machten, etwa eine Vorgabe von 10.000 bis 15.000 Zeichen (inklusive Leerzeichen, ohne Fußnoten). Solche Vorgaben gibt es vor allem von massenmedialer Seite, zu der ich auch die LTO rechne. Dort erscheinen zwar gute und berechtigte, doch keine im engeren Sinne wissenschaftlichen Beiträge. Und denen kann eine radikale Beschränkung der Zeichenzahl guttun. Das zeigen auch jene kurzen Beiträge, die in ZIS, Verfassungsblog und *sui generis* bereits zu lesen sind.

Niemand soll daran gehindert werden, viel zu schreiben – zum Beispiel in Form eines Essays ... – und viel zu lesen, und es gibt lange Aufsätze und Bücher, in denen jede Seite ihre Berechtigung hat. Aber ich habe es jetzt schon oft als Autor erlebt, wie segensreich eine drastische Umfangsbeschränkung wirkt: weil sie die Gedanken verdichtet und dazu zwingt, sie in die bestmögliche Hierarchie zu bringen. Eine Argumentation ist wie eine Pyramide. An deren Spitze steht das Ergebnis, darunter folgen dessen Gründe. Und wenn diese Pyramide aus möglichst dichtem Material gebaut worden ist und vollkommen gerade geschliffene, in exaktem Winkel abfallende Kanten hat – dann kann man sie auf jeder Ebene horizontal durchschneiden und erhält stets die gleiche Pyramide. Nur das Volumen ist ein jeweils anderes. So zu bauen ist anstrengend und kostet Zeit; viel mehr Zeit, als einfach drauflos zu zimmern, hier also drauflos zu schreiben. Auch ich habe schon oft geflucht, wenn ich für Massenmedien Texte dieser Art zu schreiben hatte. Aber am Ende waren sie doch für ihre Leser stets besser als die deutlich längeren Ausgangsfassungen. Entsprechendes ist auch mit wissenschaftlichen Texten samt Fußnoten möglich. Eine LTO also für die und von der Strafrechtswissenschaft – oder eine entsprechende Rubrik in einer Online-Zeitschrift –, jeweils mit hoher Qualität und Aktualität; das wäre etwas, wovon ich mir eine neue Orientierungs- und Informationsleistung verspräche.

¹⁹ Etwa in der Hamburger Justiz – wo dann eine Quotenregelung dazu geführt hat, dass Frauen aufgrund ihres Geschlechts der Eintritt in den Justizdienst verwehrt worden ist, siehe *Lorenz*, LTO v. 28.6.2018, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/staatsanwaltschaft-hamburg-maennerquote-gleichbehandlung/> (4.5.2021).

²⁰ Vgl. auch dazu *Walter*, *Forschung & Lehre* 9/2016, 782 m.w.N.

²¹ *Lagodny*, ZIS 2020, 496.

2. Stil

a) *Deutsch als Wissenschaftssprache*

Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft sollte darüber nachdenken, ob es nicht auch ein erstrebenswertes Ziel sein könnte, der Strafrechtswissenschaft die deutsche Sprache nicht nur zu erhalten, sondern sie gerade als Sprache dieser Wissenschaft besonders zu schützen und zu kultivieren. Damit möchte ich der Strafrechtswissenschaft keinen radikalen Sprachpurismus empfehlen, der jedwedes Fremdwort und besonders jedes englische zum Teufel wünscht; allein in diesem Absatz habe ich schon drei Fremdwörter mit bestem Gewissen verwendet. Vielmehr empfehle ich ihr, nur dann Wörter aus anderen Sprachen zu importieren, wenn dies tatsächlich einem der drei Zwecke nützt, denen Sprache zu dienen hat: a) schnelle, b) klare und c) schöne Verständigung.

Schnellerer Verständigung dient ein Import bereits, wenn er auch nur eine einzige Silbe weniger hat als die deutsche Entsprechung. Und es ist dies der sicherste Indikator dafür, ob sich ein englisches Wort gegen ein deutsches durchsetzt: die niedrigere Silbenzahl. Daher schlagen Notebook und Laptop den „Klapprechner“ – aber der Rechner den Com/puter. Hat das deutsche Wort genauso viele Silben, hat es auch eine – wenngleich schwache – Chance, sich gegen das englische zu behaupten. Hat es weniger Silben, wird es das mit deutlich größerer Wahrscheinlichkeit tun; wie der Rechner, dem das bereits gegen den Computer gelungen ist. Jedoch darf Kürze, so verlockend sie ist, für Juristen nie die wichtigste Eigenschaft eines Begriffes sein. Vielmehr muss die in seiner Bedeutung liegen, das heißt in seiner Reichweite und seiner Fähigkeit, Unterschiede – ganz wörtlich – zum Ausdruck zu bringen. Damit sind wir bei der zweiten Funktion von Sprache:

Klarer wird die Verständigung, wenn Missverständnisse vermieden werden können. Und das können sie, wenn es Wörter gibt, um Bedeutungsschattierungen (Nuancen) zu markieren. Oft transportieren englische Wörter solche Markierungen; meist schon deshalb, weil sie englisch sind. So kann man zwar *Compliance* leicht mit „Einhaltung“ oder „Konformität“ übersetzen. Aber dann fragt sich: Einhaltung wessen, Konformität womit? Der englische Begriff sagt das – weil er englisch ist und in dieser Sprache eine fachbegriffliche Bedeutung bekommen hat.²² In anderen Fällen besonders der Alltagssprache gibt es wohl eine inhaltlich vollständige Übersetzung – die aber eine andere Atmosphäre verbreitet und andere Assoziationen weckt und daher bei genauer Betrachtung inhaltlich doch nicht vollständig ist. Ein *Pool* ist deutlich mondäner als ein „Schwimmbecken“, und dass die Schweizer noch heute das *Grounding* ihrer Fluggesellschaft Swissair im Jahre 2001 als nationales Trauma begleitet, wird durch dieses Wort stärker gefördert, als es eine – zudem nur vorübergehende – „Einstellung des Flugbetriebs“ getan hätte. Denn im *Grounding* schwingt eine Demütigung mit, ein Zu-Boden-Gehen und Am-Boden-zerstört-Sein. Aber einen solchen konnotativen Vorzug hat nicht jeder englische Begriff,

und selbst wenn, mag er für Juristen unnötig sein oder sogar ein Abgleiten ins unstandesgemäß Dramatische oder Hemdsärmelige bedeuten. So ist eine „Deadline“ gegenüber der schlichten *Frist* sowohl unnötig theatralisch als auch hemdsärmelig. In anderen Fällen gibt es überhaupt keinen Informationsmehrwert des englischen Begriffs, etwa bei „Dooring“ statt *Türunfall*, „Derailing“ statt *Ablenkung* und „Bias“ statt *verzerrter Wahrnehmung*.

Schönheit ist zwar keine Hauptaufgabe juristischer Sprache, aber es wäre naiv zu glauben, dass sie in dieser Sprache keine Rolle spielte. Und es sind nicht nur Professoren oder andere Bewohner von Elfenbeintürmen, die ihren Texten einen ästhetischen Schliff zu geben versuchen. Auch viele Richter, Anwälte, Staatsanwälte und Verwaltungsjuristen haben klare Vorstellungen von dem, was sie als sprachlich schön oder unschön empfinden – und richten sich danach. Auch dabei können Fremdwörter helfen. Allerdings nicht die englischen. Natürlich lässt sich über Geschmack kaum streiten, ein bisschen aber schon, und ich habe noch nie gehört, dass jemand einen Text ästhetisch ansprechender gefunden hätte, weil in ihm von „E-Government“ die Rede war statt von digitaler Verwaltung, von „downloaden“ statt von herunterladen oder von einem „opening statement“ statt von einem Eröffnungsvortrag oder -plädoyer (im Gegensatz zum Schlussvortrag oder Schlussplädoyer).

Aber auch Fremdwörter mit lateinischer oder griechischer Wurzel sind kein Garant für Eleganz und Schönheit. Und oft hat man den Eindruck, ein Autor fährt sie vorrangig deshalb auf, weil er seinen Ausführungen einen wissenschaftlichen Klang geben will, den sie sonst nicht hätten und der ein inhaltliches Gewicht weismachen soll, das tatsächlich fehlt.²³ Und daher möchte ich die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft ermuntern, in ihren Texten den Reichtum und die Möglichkeiten zu nutzen, die das Deutsche bietet, das heißt schöpferisch und positiv zu überlegen, ob sich das Gemeinte nicht auch ohne das ins Auge gefasste Fremdwort ausdrücken lässt. Das betrifft auch angestammte Begriffe. Zum Beispiel kann man statt Kausalität *Ursächlichkeit* sagen, statt objektiver *äußerer Tatbestand* und statt subjektiver *innerer Tatbestand*. Wie so oft ist das sogar genauer. Denn „subjektiv“ heißt nur sehr vage „auf die Person (oder das Subjekt) bezogen“, während für einen inneren Tatbestand naheliegender ist, dass man ihn im Kopf der fraglichen Person finden muss. Übrigens verdanken wir auch den vielgeschmähten Puristen des 17. und 18. Jahrhunderts eine Reihe heute vollkommen anerkannter und schöner Neuschöpfungen, etwa das Weltall (Universum), den Ausflug (Exkursion) und den Glückwunsch (Gratulation). So auch in der Rechtssprache, man vergleiche Vertrag und „Kontrakt“, Tatsache und „Faktum“ sowie Zueignung und „Appropriation“. Es kommt nur darauf an zu wollen. Und das Deutsche ist schon immer eine Sprache gewesen, die schöpferisch (kreativ) gesprochen werden will.

Sehr wohl ist mir bewusst, dass sich Sprachen ohne Unterbrechung verändern und auch verschwinden. Denn die Menschen schließen sich zu immer größeren Organisations-

²² Umfassend Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance*, Handbuch, 2015.

²³ Auch hierzu in *meiner* Kleinen Stilkunde (Fn. 2) S. 193 ff., 247 ff.

einheiten zusammen, siehe oben, und dabei verdrängen die mächtigeren Sprachen die schwächeren. Vor 10.000 Jahren gab es schätzungsweise rund 20.000 Sprachen auf der Welt, heute sind es noch gut 6.500 – und im Jahre 2200 vermutlich nur noch 100.²⁴ Wahrscheinlich ist dann auch noch Deutsch unter diesen Sprachen. Aber es wird nicht mehr das Deutsch sein, das wir heute sprechen. Und ganz sicher wird das Deutsche nicht jene Sprache der Weltbevölkerung sein, die sie am Ende einheitlich spricht. Aber das ist wieder ein Blick in die sehr ferne Zukunft. In unserer Gegenwart ist es legitim, das Sterben der Sprache Goethes, Thomas Manns und Anne Franks, der Sprache von Franz von Liszt, Gustav Radbruch und Hannah Arendt in jene ferne Zukunft schieben und in der Gegenwart diese Sprache beleben zu wollen – so wie wir auch unsere Körper in der Gegenwart pflegen und trainieren, obwohl wir wissen, dass sie alt werden und sterben. Und es ist legitim, diese Sprache gestalten und dabei ihre Eigenart und Vorzüge zur Geltung bringen zu wollen.

Es versteht sich jetzt von selbst, dass ich Menschen deutscher Muttersprache davon abrate, Strafrechtswissenschaft von Anfang an und vollständig auf Englisch betreiben zu wollen. Zwar sind englische Übersetzungen deutscher Texte genauso erstrebenswert wie eine Beteiligung am englischsprachigen Wissenschaftsdiskurs. Wer aber meint, sich von vornherein mit angelerntem Englisch genauso gedankentreu ausdrücken zu können wie in seiner Muttersprache, irrt. Er wird dann unbewusst „dümmer auf Englisch“; so der Titel eines Beitrages in Forschung & Lehre zum Gebrauch des Englischen an Universitäten in den Niederlanden und Schweden. In diesem Beitrag referiert der Autor *Stefan Klein* Studien aus beiden Ländern, die belegen, dass Studenten und Dozenten in ihrem angelernten Englisch deutlich hilfloser darin waren, ihre Gedanken in präzise Worte zu fassen.²⁵ Und das obwohl Englisch in den Niederlanden und Schweden wesentlich gebräuchlicher ist als bei uns und daher einer Muttersprache dort näher kommt als in Deutschland, Österreich oder der Schweiz. Doch selbst wer jeden Satz aus *Breaking Bad* auch ohne Synchronisation versteht, kann deshalb noch lange nicht den Unterschied von normativem Tatbestandsmerkmal und Blankett oder von Sach- und Verfahrensrügen auf Englisch erklären.

Hinzu kommt, dass der Griff zum Englischen nicht nur die Wahl einer Sprache bedeutet, sondern auch die eines Denkens. Dies nicht bewusst, aber unausweichlich. Denn wer auf der einen Seite Tatbestandsausschlüsse hat, Rechtfertigungsgründe, Entschuldigungsgründe, Schuldausschlussgründe, Strafausschlussgründe, Strafaufhebungsgründe und Prozesshindernisse, auf der anglo-amerikanischen Seite hingegen, deren Sprache er wählt, nur *defences* – der ist eher

geneigt, diesen letztgenannten Begriff zum Ausgangspunkt seiner Ausführungen zu machen als die Vielfalt der deutschen Begrifflichkeit. Und das ganz besonders, wenn er sich an ein englischsprachiges Publikum wendet.

b) „*Urteilsstil*“

Der klassische Aufbau einer rechtswissenschaftlich-dogmatischen Schrift folgt dem Muster

- (1) Formulierung Frage/Problem,
- (2) Was andere dazu sagen + Kritik,
- (3) Eigene Lösung.

In Einzelschriften (Monografien), vor allem Dissertationen und Habilitationsschriften, steht zwischen dem ersten und dem zweiten Teil häufig noch ein rechtsgeschichtliches Kapitel, auf das dann im Folgenden mehr oder weniger oft – oder gar nicht – Bezug genommen wird. So üblich dieser Aufbau auch ist, hat er doch einen Nachteil, und das ist eine gewisse Leserfeindlichkeit – ganz gleich, wie verständlich und ansprechend der Verfasser formuliert haben mag. Denn während die Leser bei einem solchen Aufbau die Kritik des Verfassers an anderen Ansichten lesen, wissen sie noch nicht, worauf der Verfasser am letzten Ende hinaus möchte und was er für den entscheidenden Mangel der anderen Ansichten hält. Das kann zu verhältnismäßig lang anhaltender Desorientierung führen, die ihrerseits Frustration zur Folge hat und die Leser nicht geneigter macht, die Lösung des Verfassers wohlwollend zu erwägen.

Um das zu vermeiden, schlage ich einen anderen Aufbau vor, und zwar

- (1) Formulierung Frage/Problem,
- (2) Eigene Lösung + Begründung,
- (3) Abweichende Ansichten + Kritik.

Dieser Aufbau hat den Vorteil, dass der Verfasser den eigenen Gedankengang im Zusammenhang entfalten kann – und dass die Leser jederzeit über die Ansicht des Verfassers im Bilde sind und von Anfang an prüfen können, ob dessen Kritik an anderen Ansichten zum eingangs präsentierten eigenen Konzept passt. Wer so aufbaut, wird sich wahrscheinlich anhören müssen, dass er es an der nötigen Demut fehlen lasse und unwissenschaftlich vorgehe. Doch gehen diese Vorwürfe fehl: Unwissenschaftlich wäre es nur, von vornherein – also schon vor der Lektüre anderer Schriften – eine festgefügte Ansicht zu haben und nicht willens zu sein, sie besseren Argumenten zu opfern. Man könnte sogar behaupten, der klassische Aufbau sei unwissenschaftlich; denn er suggeriert, der Autor hätte während seiner Recherche und Überlegungen Protokoll geführt und so tatsächlich erst beim Schreiben und der Kritik anderer Texte nicht nur die eigene Lösung gefunden, sondern auch die Endfassung seines Buches. Und es ist auch nicht anmaßend, eine Abhandlung mit der eigenen Ansicht zu eröffnen, wenn dies den Lesern nützt. Ob ein Autor arrogant schreibt, hängt nicht vom Aufbau ab, sondern davon, wie er andere Ansichten referiert und kritisiert.

²⁴ Vgl. das Interview mit Jürgen Mahrenholz, dem Leiter des Berliner Lautarchivs, in Deutschlandfunk Kultur, im Netz unter

https://www.deutschlandfunkkultur.de/mahrenholz-viele-sprachen-werden-aussterben.1013.de.html?dram:article_id=166830 (4.5.2021).

²⁵ Auch hierzu und zum Folgenden in *meiner* Kleinen Stilkunde (Fn. 2) S. 46 ff.

Der Unterschied zwischen dem klassischen und dem hier empfohlenen Aufbau gleicht bei der Falllösung dem Unterschied zwischen Gutachten- und Urteilsstil. Und wie dort besteht der Unterschied nicht in der Art zu denken, sondern nur in der Art, das Gedachte zu präsentieren: Auch ein Richter hat seine Gedanken zunächst einmal so geführt, wie er es in einem Gutachten hätte tun müssen; und auch wer eine Dissertation mit dem Ergebnis beginnen lässt, hat sich zuvor mit abweichenden Ansichten befasst.

c) Lehrbücher mit einer Lehre, Einzelschriften mit einer Idee

Es gibt Lehrbücher und Lernbücher. Lehrbücher entfalten eine Lehre, mit Lernbüchern bereiten sich Studenten auf die Staatsprüfungen vor. Beide haben ihre uneingeschränkte Berechtigung. Aber während es allein zum deutschen Strafrecht rund einhundert Lernbücher gibt, kann man die Zahl der Lehrbücher an einer Hand abzählen, alphabetisch: *Freund/Rostalski*, *Jakobs*, *Köhler*, früher noch *Hruschka* und *Schmidhäuser*; nicht ganz so konsequent wie die anderen für die Schweiz *Stratenwerth* und für Deutschland *Roxin/Greco* (ein Lehrbuch, das allerdings in anderen Disziplinen herausragt und nicht zufällig das meistzitierte und weltweit bekannteste sein dürfte). Es ist nicht mein Anliegen, Werturteile über diese oder andere Bücher auszusprechen, sondern darauf hinzuweisen, dass nur wenige Autoren den Anspruch verfolgen, eine umfassende Verbrechenslehre zu entwickeln – oder zu übernehmen – und das Strafrecht dann aus der Sicht dieser Lehre vorzustellen, kritisch zu würdigen und fortzuentwickeln. Solche Bemühungen haben aber sowohl für die Autoren als auch die Leser einen besonderen Reiz und wirken erkenntnisfördernd. Denn sie animieren in besonderem Maße dazu, ausgetretene Pfade zu verlassen, Widersprüche zu finden und neue Zusammenhänge aufzuzeigen. Daher möchte ich den strafrechtswissenschaftlichen Nachwuchs ermutigen, solche Lehrbücher vielleicht nicht sofort zu schreiben, aber als Fernziel anzuvisieren.

Ähnlich verhält es sich mit den Einzelschriften. Es gibt tausende, auch gehalt- und wertvolle solcher Schriften. Aber wie viele haben einen klaren Leitgedanken und entfalten ihr Thema entlang dem roten Faden dieses Gedankens? Dass dies so selten ist, liegt auch daran, wie man Einzelschriften herkömmlich gliedert, oben b). Wer erst einmal alles hervorwauen muss, was er gelesen hat, tut sich schwerer damit, eine Idee und ihre Begründung gewissermaßen am Stück auszurollen. Die Angst vor dem Vorwurf des Größenwahns tut ein übriges: Wer dürfte es in unserer Zeit wagen, eine Idee so ähnlich zu präsentieren wie jemand, der sich mit der zugrundeliegenden Frage als erster befasst hat, und seine Vorläufer nur in der Begründung und bei der Widerlegung von Einwänden zu berücksichtigen? Aber das finde ich schade. Die Schriften der großen Denker hatten einen anderen Zuschnitt, von den antiken Philosophen über Kant und Hegel bis hin zu Durkheim, Foucault und Dworkin. Dergleichen gibt es auch in der Strafrechtswissenschaft, etwa in Gestalt von *Max Ernst Meyers* Rechtsnormen und Kulturnormen, *Bindings* Die Schuld im deutschen Strafrecht, *Günther Jakobs* Norm, Person, Gesellschaft, *Herzbergs* Willensunfreiheit und Schuldvorwurf – und anderen Büchern, deren Autoren mir

nachsehen mögen, wenn sie hier unerwähnt bleiben. Aber der Mut zu Schriften dieser Art ist wenig verbreitet, und das ist zu bedauern. Wissenschaftler, auch Strafrechtswissenschaftler bleiben der Nachwelt mit dem in Erinnerung, was sie selbst im Zusammenhang gedacht haben; selten mit dem, was sie zu anderen schrieben.

3. Themen

Die Strafrechtswissenschaft leidet keinen Mangel an Themen, auch keinen an neuen Themen. Dass sich Rechtsordnungen überlagern – nationales Recht, Europarecht, Völkerrecht – bringt Themen hervor, das gleiche tun die Ausdehnung des Gesetzesrechts und technische Entwicklungen, vor allem die Digitalisierung und die Möglichkeiten, die sie eröffnet. Gerade junge Strafrechtswissenschaftler befassen sich mit solchen neuen Themen. Es wäre daher unnützlich, diese Themen hier aufzulisten. Vielmehr kann es hier nur darum gehen, für Prioritäten zu plädieren und für Unterbelichtetes um Beachtung zu werben. Dabei habe ich allerdings gleich für den ersten Punkt einzuräumen, dass ich selbst noch nicht einmal eine Ahnung habe, wohin die Reise gehen wird, und dass dieser Abschnitt daher sinngemäß die zusätzliche Überschrift trägt „das Wichtigste liegt noch vollkommen im Dunkeln, und daher kann man darüber eigentlich auch noch nichts schreiben“:

a) Ein Strafrecht für den „Homo Deus“?

Ein Bestseller von *Yuval Harari* ist sein Buch „Homo Deus“. Darin schreibt er, was der Mensch der Zukunft vermutlich versuchen werde: zu einem Homo Deus zu werden, und zwar indem er Unsterblichkeit erlangt, Glück sowie „Göttlichkeit“, das heißt bei *Harari* eine gottgleiche Schöpfermacht. Zu erwarten steht tatsächlich, dass man Wege finden wird, das biologische Leben beträchtlich zu verlängern und alles medizinisch Lebensbedrohliche zu neutralisieren, vor allem lebensbedrohliche Krankheiten. Zugleich wird man die Möglichkeiten haben, das Erleben der Menschen zu manipulieren; mit Drogen, Implantaten und Apparaten. Ebenso wird man zunehmend in der Lage sein, die körperlichen und geistigen Fähigkeiten der Menschen zu steigern durch Substanzen, medizinische Eingriffe und elektronische sowie mechanische Ergänzungen des Körpers. Der Mensch wird sich seine eigene Biologie erschaffen – und zugleich Wege finden, sich ihrer zu entledigen. Im weiten Raum der Zukunft steht nicht weniger als ein Übermensch; und mit ihm die Frage nach dem Wert der rechtlichen Gleichheit der Menschen und dem Wert ihrer Freiheit. Beide sind neue Erfindungen gemessen an der Gesamtdauer der Menschheitsgeschichte, und kein Naturgesetz garantiert ihnen Ewigkeit. Es ist gut möglich, dass diese Werte menschheitsgeschichtlich den kruden Zweck hatten, Ressourcen zu mobilisieren – für Fabriken, Armeen, aber auch Universitäten – und dass sie verblassen, wenn man keine Menschenmassen mehr braucht, weil Roboter, Computer und Drohnen die Arbeit erledigen, und wenn sich dann eine kleine Elite anschickt, den Sprung zum Übermenschen zu wagen – und die Zurückgelassenen als Untermenschen zu behandeln oder zu vernichten.

Das Strafrecht hat damit überproportional zu tun, weil seine Vertreter in besonderem Maße mitreden, wenn es um die Essentialia des Menschseins geht. Zwar gilt auch dort die normentheoretische Akzessorietät des Strafrechts. Doch sind die Verhaltensnormen dann mit nicht geringer Wahrscheinlichkeit in jenen Straftatbeständen zu finden, die diese Normen bewahren, und ist die Frage nach den Verboten daher oft gleichbedeutend mit der Frage nach den *strafbewehrten* Verboten. Ich bin mir heute weniger sicher als vor zwanzig Jahren, dass die Menschheit jene Möglichkeiten ungenutzt lassen wird, die ihr von den Naturwissenschaften eröffnet werden, um die Unzulänglichkeiten unserer biologischen Basisexistenz abzustreifen. Und weniger sicher, dass Recht und Strafrecht in diesen Fragen den einfachen Sterblichen die Stange halten werden. Doch damit zu zwei etwas greifbareren Themenwünschen:

b) Gerechtigkeitsforschung (Schwereforschung)

Die wahre Globalaufgabe der Strafrechtswissenschaft liegt darin, bei einem Schrumpfungsprozess zu assistieren, und zwar dem langsamen Rückgang der Vergeltungsstrafen. Das bedeutet nicht, dass die Strafrechtswissenschaft stets und überall für mildere Strafen oder Strafflosigkeit einzutreten hätte. Sondern sie hat dafür zu sorgen, dass die Strafen, die vollstreckt werden, mit dem Gerechtigkeitsgefühl der Mehrheit der Bürger in Einklang stehen. Dies bedingt, dass auch die Strafdrohungen jenem Gerechtigkeitsgefühl entsprechen. Dabei ist die horizontale Gerechtigkeit das Wichtigste: dass die Strafdrohung für das Delikt A im rechten Verhältnis zu jener für das Delikt B steht. Weniger wichtig ist die vertikale Gerechtigkeit, also das Verhältnis der Strafdrohung zu dem fraglichen Delikt und, aufs Ganze gesehen, das Gesamtniveau der drohenden Strafen. So wäre es mit dem Gerechtigkeitsgefühl der Menschen nicht vereinbar, wenn für Mord eine mildere Strafe vorgesehen wäre als für Raub. Ob aber für den Raub zehn oder fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe drohen, spielt für sie kaum eine Rolle.

Wie die Menschen die Schwere von Delikten in deren Verhältnis zueinander bewerten, lässt sich erforschen. Am einfachsten, indem man Probanden Fallvignetten vorlegt und sie bittet, diese Fälle in eine Reihenfolge gemäß ihrer Schwere zu bringen. Dabei gibt es natürlich methodische Fallstricke und Fehlerquellen. Vor allem hat man für die Fallschilderungen zu bedenken, dass die Probanden geneigt sind, sich über die ausdrückliche Schilderung hinaus unreflektiert Falldetails hinzuzudenken, die für ihre Schwereinschätzung erheblich sind; etwa für einen Mann Stärke und Grobheit und für eine Frau Schwäche und Sensibilität. Aber solche methodischen Probleme sind nicht unlösbar, und soweit sie es doch sind, ist dies ein Merkmal aller empirischen Forschung; solche Forschung erbringt stets nur Annäherungen an die Wirklichkeit und nur Anzeichen für die Wahrheit.

Gleichwohl neigen Kriminologen dazu, von vornherein die Möglichkeit zu leugnen, dass sich das Gerechtigkeitsgefühl und die Schwereintuitionen der Menschen verwertbar erforschen ließen. Das ist zunächst ein merkwürdiger Befund: Alles Rechtstatsächliche traut sich die Kriminologie zu erforschen – nur nicht jene Tatsachen, die für das klassische Straf-

recht die zentralen sind. Dem korrespondiert übrigens in der Strafrechtsphilosophie eine ebenso bemerkenswerte Zurückhaltung gegenüber der Gerechtigkeitsfrage (was ist gerecht?), während dort zahlreiche andere, für den Rest der Menschheit maximal irrelevante Fragen die liebevollste Zuwendung genießen; aber das ist ein Thema für sich. Unausgesprochener Grund besagter Abstinenz der Kriminologie ist die Sorge ihrer Fachvertreter, dass eine Rückkoppelung der Kriminalpolitik an das Gerechtigkeitsgefühl der Bürger zu einer weiteren Expansion des Strafrechts führen müsste. Aber das lässt dreierlei außer Acht: Erstens ist nicht ausnahmslos jede Strafrechtsverschärfung dumm und nutzlos; zumindest dann nicht, wenn man den Zweck der Strafen darin erkennt, dem starken und elementaren Bedürfnis der Menschen nach Gerechtigkeit zu entsprechen. Zweitens festigt die abwehrende Haltung der Kriminologen den Status quo, und der besteht nicht in einem zurückhaltend-liberalen Strafrecht, sondern in ungebremster Strafrechtsexpansion im Dienste der Weltverbesserung. Drittens sind Erhebungen zum Gerechtigkeitsgefühl der Menschen erwiesenermaßen genauso geeignet, den vermeintlich präventiven Strafrechtsfuror der Legislative zu *bremsen*.

Für Amerika belegen das die Studien von *Paul H. Robinson*.²⁶ Für Deutschland hat mir unlängst ein Kriminologe auf einer Tagung unfreiwillig ein schönes Beispiel geliefert. Es ging um § 43 S. 2 StGB. Diese Vorschrift bestimmt, dass für Ersatzfreiheitsstrafen ein Tagessatz Geldstrafe zu einem Tag Freiheitsstrafe wird. Das, so jener Kriminologe gegenüber Vertretern des Bundesjustizministeriums, sei „falsch“. Denn aus Befragungen von Richtern wisse man, dass die 1:1-Umrechnung zu hart sei; ein Tag Freiheitsstrafe wiege schwerer als ein Tagessatz Geldstrafe. Das entspricht auch meiner Schwereinschätzung. Darum geht es aber gar nicht. Das Entscheidende ist, dass dieser Hinweis exakt tut, was Kriminologen im Übrigen für unmöglich und/oder verkehrt halten: Er zieht einen empirischen Befund zu den Schwereinschätzungen der Menschen heran, um eine kriminalpolitische Forderung zu begründen – und zwar zugunsten der Bürger. Dass die Probanden Richter waren, ändert am Argumentationsmuster nichts und ansonsten wenig. Am ehesten macht es darauf aufmerksam, dass man auch bei sonstiger Schwereforschung informierte Probanden heranzuziehen hat; also zum Beispiel – wenn es wie bei § 43 StGB um die vertikale Gerechtigkeit geht – keine Probanden, die Freiheitsstrafe als so etwas ähnliches betrachten wie einen Hotelaufenthalt. – Ein prominentes Beispiel bietet auch der gerade und zum Glück untergegangene § 217 StGB (Suizidassistentz). Er hätte es nie ins Strafgesetzbuch geschafft, wenn es dafür eines Nachweises bedürfte, dass das fragliche Verhalten von einer deutlichen Bevölkerungsmehrheit nachhaltig für vergeltungsbedürftig gehalten werde.²⁷

²⁶ *Robinson*, *Northwestern University Law Review* 111 (2017), Nr. 6, 1565; *ders.* *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013.

²⁷ Siehe etwa *Ulrich Neumann*, tagesschau.de v. 25.2.2020, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/investigativ/report-mainz/sterbehilfe-197.html> (4.5.2021).

In einer modernen, sich ihrer eigentlichen Aufgabe bewussten Strafrechtswissenschaft spielen das Gerechtigkeitsgefühl der Menschen und ihre Schwereinschätzungen nicht nur für den Besonderen Teil und das Sanktionenrecht eine Rolle, sondern auch für den Allgemeinen Teil: Entspricht es diesen Einschätzungen, auch noch die dümmsten und ungefährlichsten Bemühungen um deliktische Erfolge mit der Vollendungsstrafe zu bedrohen? Entspricht es ihnen, den schwatzenden Anstifter mit exakt derselben Strafe zu belegen wie jenen, der dem Opfer das Messer tatsächlich in den Leib rammt? Und vieles mehr. Daher also mein Appell an die Strafrechtswissenschaft, ihren Fokus wieder auf das zu richten, was ihr Kerngeschäft ist: die Gerechtigkeit, und sich dafür zu interessieren, was sich die Rechtsgemeinschaft unter dieser Gerechtigkeit vorstellt.

c) Das Strafprozessrecht

Das Strafprozessrecht ist das Stiefkind der Strafrechtswissenschaft. Schon die einschlägige Lehrbefugnis pflegt man allein durch den Habilitationsvortrag zu erlangen – oder wie vielfach zu hören: zu „erschlagen“ –, und auch das wissenschaftliche Interesse gilt kaum je einer prozessualen Frage. Dieser Befund hat sich in den letzten Jahrzehnten verschärft. Es gibt heute kaum noch einen Strafrechtslehrer, der von sich behaupten dürfte, sein Forschungsschwerpunkt liege im Strafverfahrensrecht.

Dabei geht es auch im Strafprozessrecht um Gerechtigkeit, nur um eine andere Art der Gerechtigkeit: um Verfahrensgerechtigkeit (Fairness) – im Gegensatz zur Vergeltungsgerechtigkeit, die im Mittelpunkt des materiellen Strafrechts steht oder zumindest stehen sollte. Diese Verfahrensgerechtigkeit ist – nach der Vergeltungsgerechtigkeit – die zweite Voraussetzung dafür, dass die Entscheidungen der Gerichte akzeptiert werden. Was macht sie aus? Spontan fallen einem ein: unvoreingenommene Richter, Wahrheitssuche, Waffengleichheit, Verfahrensbeschleunigung, nemo tenetur, Täuschungsverbot. Aber das ist nur eine unsystematische Aufzählung. Die Suche nach dem System wäre es, die ich der Strafrechtswissenschaft auch auf dem Gebiet des Strafprozessrechts ans Herz legen möchte. Die Suche nach dem System – und nach weiteren Ableitungen daraus. Die Aufforderung zu diesen Suchen ist nicht weniger als die Aufforderung zu einer *Prozessrechtstheorie* und deren Anwendung auf das geltende Recht und die *Lex ferenda*. Das unternehmen zu wenige.²⁸

Eine Prozessrechtstheorie hätte sich auch mit der Frage zu befassen, wann und warum das Streben nach Verfahrensgerechtigkeit hinter andere legitime Ziele staatlichen Handelns zurückzutreten habe. Ein wichtiges Ziel dieser Art ist es, die Staatskasse zu schonen, etwas schöner verpackt: mit der Ressource Justiz verantwortungsvoll zu wirtschaften. Und dieses Ziel ist in der Gesetzgebung wie auch in der Praxis höchst handlungswirksam. Keineswegs wird in jedem Verfahren ohne Rücksicht auf die Kosten alles Menschen-

mögliche getan, um die Wahrheit zu ermitteln und für Gerechtigkeit zu sorgen. Das verhindern schon die zahlreichen Regelungen zur Bewältigung der Bagatellkriminalität. Aber auch sonst haben die Strafverfolgungsbehörden durchaus im Blick, wie viel eine Ermittlungsmaßnahme kostet – und um was für einen Tatvorwurf es geht. Warum steht dazu nichts in den Lehrbüchern und Kommentaren?²⁹

Hiermit hängt auch jenes Problem zusammen, das derzeit im Strafverfahrensrecht das basalste sein dürfte: unter welchen Voraussetzungen eine verfahrensbeendende Absprache erlaubt sein soll; und wie man die Beteiligten, vor allem die Richter dazu bringt, diese Voraussetzungen auch tatsächlich zu beachten. Denn solange die dienstlichen Beurteilungen der Richter und ihre Arbeitszeiten wesentlich stärker von ihren Erledigungszahlen abhängen als von der Gerechtigkeit ihrer Entscheidungen, dürfen wir uns nicht wundern, dass sich das Wasser der Verständigungen auch weiterhin seinen Weg durch das Mauerwerk gesetzlicher Vorschriften und an ihm vorbei suchen wird. Und dass die dienstlichen Beurteilungen und Arbeitszeiten der Richter stärker von ihren Erledigungszahlen abhängen als von der Güte ihrer Entscheidungen, ist wieder das Ergebnis einer Abwägung zwischen Gerechtigkeit und Ressourceneffizienz. Einer Abwägung allerdings, die nicht offengelegt, geschweige denn in Frage gestellt wird. Dies zu ändern, wäre eine Aufgabe der Strafrechtswissenschaft.

VI. Schluss

Ich habe vom Nachwuchs der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft einen überwiegend guten bis sehr guten Eindruck. Im Vergleich zu früheren Generationen finde ich weniger Eitelkeit, Egomane und Aggressivität – und mehr Kollegialität, Sachlichkeit und Erkenntnisinteresse. Ferner kann ich keinen allgemeinen Qualitätsverfall feststellen. Auch die Dissertation, die *Kuhlen* rezensiert hat, ist kein Beleg des Gegenteils; trotz ihrer Mängel. Man schaue einmal in den Archiven nach, mit was für Arbeiten frühere Granden der Strafrechtswissenschaft promoviert worden sind. Das waren nicht selten Schriften, die man heute bestenfalls als mittelmäßige Seminararbeiten akzeptierte. Daher mache ich mir um die Zukunft der Strafrechtswissenschaft keine Sorgen. Gleichwohl meine ich, dass sie ihrem Fortschritt eine etwas andere Richtung geben sollte und vor allem straftheoretisch sowie methodisch stärkeren Halt gewinnen muss.

²⁸ Ein Beispiel ist *Greco*, *Strafprozessstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*, 2015.

²⁹ Als Andeutung – nicht mehr – einer Ausnahme in *meinem* Lehrbuch „Strafprozessrecht“ (2020), in dem Abschnitt „Ausnahmen vom Legalitätsprinzip“ eine Randnummer (116) mit der Überschrift „Zu hohe Kosten“.