

Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft

Für Bernd Schönemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014
PD Dr. Luíís Greco, LL.M.

I. Die erste Schwierigkeit, der jede Stellungnahme zum Fragenkreis Rechtsdogmatik und Rechtswissenschaft begegnet, besteht darin, dass diese Begriffe keinen klaren Gehalt aufweisen.¹ Ich möchte nicht über Worte streiten. Dem begrifflichen Problem weiche ich aus, indem ich hier versuche, einen anderen Zugang zu den zu diskutierenden Phänomenen zu finden. Mir wird es um die *Tätigkeit* gehen, *die Rechtsprofessoren qua Rechtsprofessoren an deutschen Universitäten ausüben*. Der Zusatz „qua Rechtsprofessoren“ deutet schon darauf hin, dass es mir nicht bloß um die Beschreibung bestehender Zustände geht, sondern zugleich um die Ausarbeitung eines Maßstabs, im Idealfall desjenigen, der den Phänomenen zumindest implizit zugrunde liegt.

Zum *Problem* wird die Tätigkeit der Rechtsprofessoren, wenn man sich gegenwärtigt, was mit ihr alles einhergeht. Im sozialen Raum ist der Professorentitel Träger einer besonderen Autorität. Die Steuerzahler müssen nicht nur Professoren, sondern eine gesamte Mannschaft, also alle Mitglieder eines Lehrstuhls oder Instituts samt Ausstattung finanzieren. Derjenige, der in diesen Beruf einsteigen möchte, soll den langen Atem haben, zwei dicke Bücher zu schreiben, und dies ohne jegliche Gewissheit, am Ende des Weges für seine Mühen entlohnt zu werden. Der Gesellschaft, den Steuerzahlern und dem beruflichen Nachwuchs gegenüber sollte man rechtfertigen können, weshalb sie dem Professorenberuf Respekt, Geld und Lebenszeit schulden.

II. 1. Professoren bilden die künftigen Juristen aus, könnte man sagen. Das tun aber auch der Lehrbeauftragte an der Universität und sogar der universitätsfremde Repetitor. Mehr als eine Fachhochschule hätte die Universität nicht sein müssen, um dieser Aufgabe gerecht zu werden. Ein zweiter Versuch: Durch ihre Arbeit machen Professoren das geltende Recht erst handhabbar.² Not macht aber erfinderisch; Praktiker lernen, mit ihrem Handwerkszeug zurechtzukommen, sie schreiben Aufsätze und Kommentare, ob ihnen die Professoren „helfen“ oder nicht.³ Deshalb ist eine weitere Antwort beliebt; sie ist auch richtig. Der Professor macht mehr: Er macht Rechtswissenschaft.

2. Was ist mit dieser *Rechtswissenschaft*, die Professoren qua Professoren machen? Klar ist soweit, dass sie mehr ist als Ausbildung und Praxis.

a) Rechtswissenschaft hat mit dem zu tun, was *Recht* überhaupt, also Recht qua Recht ausmacht. Die Rechtsordnung ist eine Zwangsordnung; sie möchte indes nicht dabei bleiben, denn eine Zwangsordnung ist die Räuberbande des Augustinus auch.⁴ Zwingen kann jeder, der dazu die Macht hat; Recht fängt an

1 Wie in vorherigen Ausgaben dieser Zeitschrift bereits angemerkt wurde, s. *Lepsius*, *rescriptum* 2013/1, 71 (71); *Rieble*, *rescriptum* 2013/2, 163 (163 f.).

2 So wohl *Augsberg*, *rescriptum* 2014/1, 63, 64: Dogmatik „gewährleistet vor allem, dass überhaupt entschieden werden kann.“

3 S. (wohl überspitzt) *Fischer*, in: Michalke u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Hamm*, 2008, S. 63 ff.; krit. *Schönemann*, *GA* 2011, 445.

4 *Augustinus*, *Vom Gottesstaat*, übersetzt v. Thimme, Artemis Verlag Zurich, 1955, 4. Buch, Kap. 4, S. 213.

der Stelle an, an der sich dieser Mächtige darum bemüht, seinen Zwang zu rechtfertigen, und dies gerade gegenüber demjenigen, der Adressat dieses Zwangs ist. Recht ist der Versuch, Macht durch Gründe zu bändigen, die schiere Faktizität der voluntas auf die Höhe der ratio zurückzuführen. Denn der Wille des Mächtigen ist seine Sache; dem kann der vom Mächtigen Betroffenen nur seinen eigenen, per definitionem schwächeren Willen entgegensetzen. Das Verhältnis beider bleibt ein Machtverhältnis, der Stärkere gewinnt, der Schwächere beugt sich. Begibt sich der Mächtige auf die Ebene der Gründe, sagt er nicht bloß „ich will“, sondern auch „weil“, entsteht ein Rechtsverhältnis, das nicht mehr den Gehorsam der Schwächeren erzwingt, sondern sich die Anerkennung eines Vernünftigen verdient.

Sprechen wir aber nicht unbesorgt von Wertentscheidungen des Gesetzgebers, von richterlichen Entscheidungen? Erblicken wir im Recht nicht in erster Linie doch voluntas, auctoritas, und nicht ratio, veritas? Mag sein, der positivistische Voluntarismus, dem gerade Rechtswissenschaftler gern ein Lippenbekenntnis ablegen, hat seine voraussetzungsvolle Sprache schleichend zu unterbreiten vermocht. Jedoch nennen wir den Akt des Richters qua Richter bezeichnenderweise nicht bloß Entscheidung, sondern auch Urteil; früher sprach man von Erkenntnissen oder Wahrprüchen. Vor Entscheidungen beugt man sich als Schwächerer, der Wahrheit zollt man Anerkennung als Vernünftiger.

Damit wird ersichtlich, dass es zwischen der Rechtswissenschaft und ihrem Gegenstand, dem Recht, ein wissenschaftstheoretisch vielleicht einzigartiges Verhältnis gibt. Es wäre zwar übertrieben zu behaupten, die Rechtswissenschaft stelle ihren Gegenstand her. Eine gewisse Berechtigung hat die Behauptung aber durchaus: Denn dadurch, dass der Rechtswissenschaft als Wissenschaft jegliche Macht fehlt, dass sie sich allein in der Sphäre der Gründe bewegt, leistet sie einen *Beitrag zur Rechlichkeit des Rechts*. Dass der Gesetzgeber die Macht hat, Gesetze zu erlassen, und dass Gerichte die Macht haben, Entscheidungen zu fällen, das nimmt sie als Tatsache hin. Den implizit aufgestellten Anspruch, dass diese Akte mehr als bloße Machttakte verkörpern, stellt aber die Rechtswissenschaft durch ihren Alltagsbetrieb auf den Prüfstand. Die Rechtswissenschaft überwacht somit, als eine machtlose „vierte Gewalt“,⁵ ob die Tätigkeit der mächtigen drei Gewalten sich auf Gründe stützen kann. Dadurch übt sie keinen körperlichen, sondern einen rationalen Druck aus, damit diese Gründe auch ihre Ergebnisse tragen. Sie zwingt den Mächtigen, über seine Entscheidungen Rechenschaft abzulegen, und desavouiert ihn, wenn die von ihm angeführten rationes in Wahrheit nachgeschobene Rationalisierungen sind. Rechtswissenschaft ist die also die *Wissenschaft der Unterscheidung von Recht und Macht*.

bb) Gerade im *Strafrecht* tut das in besonderer Weise not. Die Strafe ist die gehässigste, gewalttätige Seite der Gewalt. In ihr wird der Zusammenprall von mächtiger Rechtsordnung und ohnmächtigem Individuum unübersehbar. Gerade deshalb ist sie äußerst rechtfertigungsbedürftig, bestenfalls gerade noch rechtfertigungsfähig. Eine Strafe muss den Anspruch einlösen können, den Betroffenen als einen Vernünftigen zu ehren. Aus diesem Anspruch werden sich möglicherweise⁶ viele der tradierten Strafrechtsprinzipien herleiten lassen – u.a. das Prinzip, dass das Strafrecht einen Beitrag zur Sicherung der Bedingungen friedlichen Zusammenlebens, d.h. zum Rechtsgüterschutz verkörpern soll; das Prinzip, dass Strafen eine vorherige gesetzliche Androhung voraussetzen, also der nullum-crimen, nulla poena-Grundsatz; und das Prinzip, dass keine Strafe das Maß des Verdienten übersteigen soll, das sog. Schuldprinzip. Diese Prinzipien der Legitimation von Strafe – die man unter der Dachbezeichnung Kriminalpolitik zusammenfassen könnte – dürfen nicht bei den unverbindlichen Abstrak-

5 Grdl. *Schünemann*, in: Schünemann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Roxin, Berlin/New York, 2001, S. 1 ff. (8 f.). Nahestehend in der Sache *Gimbernat*, ZStW 82 (1970), 379 (405 ff.); *Rieble*, rescriptum 2013/2, 163 (166 f.).

6 Was hier im Einzelnen nicht ausgeführt werden kann; s. ansatzweise *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrechtstheorie, 2009, 253 ff., 303 ff., 484 ff.

tionen verbleiben, von denen in den einleitenden Abschnitten von Lehrbüchern gelegentlich die Rede ist, sondern müssen in die konkreten Ergebnisse, die man dem geltenden Recht abgewinnt, hineintransportiert werden.⁷

cc) Und damit ist man bei der *Strafrechtsdogmatik* angekommen. Wieder versuche ich, ohne eine Definition auszukommen; von einer Klärung des Verhältnisses von Rechtsdogmatik und Rechtswissenschaft sehe ich erst recht ab. Aus dem Rechtsgüterschutzprinzip folgt, dass die strafrechtlichen Verbote sich im Grundsatz nur gegen gefährliche Handlungen richten; konkreter heißt das, dass Handlungen, die keine rechtlich relevanten Gefahren schaffen, von Straftatbeständen nicht erfasst werden. Der nullum-crimen-Grundsatz zwingt dazu, in den Straftatbeständen nicht eine Beschreibung einander äquivalenter *conditiones sine quibus non* eines Erfolgs zu sehen, sondern „nahe“ und „entfernte“ Verursachungen voneinander zu unterscheiden. Das heißt auch: Der Grundsatz führt zu der Unterscheidung von Täter und Teilnehmer in dem Sinne, dass nur Ersterer den Straftatbestand verwirklicht (sog. restriktiver Täterbegriff). Aus dem Schuldprinzip folgt, dass Strafbedürftigkeitserwägungen erst dann von Gewicht sein können, wenn zuvor feststeht, dass der Betroffene eine Strafe auch verdient hat. Das bedeutet konkret, dass „Rechtsirrtümer“ nicht irrelevant sein dürfen, dass also spätestens der unvermeidbare Verbotsirrtum von Strafe freistellen muss, und noch konkreter, dass bei der Bestimmung der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums Präventionserwägungen bestenfalls eine sekundäre Rolle spielen dürfen, die Bühne erst also betreten dürfen, wenn die Vorfrage, dass Strafe an sich nicht unverdient ist, bereits bejaht worden ist.

b) Womit zugleich klar wird, welchen Gefahren, vor allem welchen Versuchungen, die Rechtswissenschaft ausgesetzt ist,⁸ und weshalb sie auf den in Deutschland gottlob noch vorhandenen *institutionellen Rahmen* angewiesen ist.

Der *Blick nach außen* macht die Verhältnisse klar. Überall in der Welt gibt es Lehrer des Rechts und kommentierende Praktiker; eine dem deutschen Professor entsprechende Figur, die Rechtswissenschaft macht, ist demgegenüber eine Sondererscheinung, und dies sogar in Europa. Viele Staaten unterscheiden nicht zwischen Professor und Lehrer, sondern benutzen für beide Berufsgruppen das gleiche Wort. Juristische Fakultäten sind häufig nicht mehr als ein Gebäude mit einzelnen Hörsälen, eventuell mit einer Bibliothek und einer ungefähr gleich großen Cafeteria; Institute, Lehrstühle, das heißt auch Sekretäre/innen, wissenschaftliche und studentische Mitarbeiter, existieren nicht. Vorlesungen werden von Praktikern gehalten, die nicht den deutschen Leidensweg der zwei dicken Bücher durchlaufen mussten. Was diesen Ländern fehlt, ist zwar nicht notwendigerweise die Rechtswissenschaft, aber auf jeden Fall die institutionelle Untermauerung, auf die die Rechtswissenschaft an sich angewiesen ist. Damit steht die Rechtswissenschaft auf tönernen Füßen; ihre Qualität bleibt eher eine Sache persönlicher Begabung, insbesondere persönlichen Mutes.

Die Rechtswissenschaft bietet keine Macht, sondern Gründe; die Macht interessiert sich nicht für Gründe qua Gründe, sondern für ihren Legitimationsertrag. Dort wo es eine Rechtswissenschaft gibt, ihr aber die institutionelle Absicherung durch eine unabhängige, nur dem Recht selbst verpflichtete Universität fehlt, wird Rechtswissenschaft verführbar; sie droht zum Legitimationsdiskurs, d.h. zur *Ideologie* zu degenerieren. Der Wissenschaftler, der in erster Linie Anwalt oder Richter ist, wird sich überlegen, ob er sich bei seiner Kritik am Gesetzgeber und vor allem an den Urteilen höherer Gerichte nicht mäßigen sollte. Dass dies in Deutschland wenig spürbar ist, dass hierzulande ein von solchen Sorgen weitgehend freier wissenschaftlicher Austausch herrscht, ist bereits Folge dieser institutionellen Absicherung, die ihrerseits dazu geführt hat, dass zwischen unabhängiger Wissenschaft und interessengeleiteter Ideologie scharf unterschieden wird. Der Anwalt oder Richter, der hierzulande wissenschaftlich publiziert, tut

⁷ Grdl. *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973.

⁸ Zu diesen Gefahren auch *Lepsius*, *rescriptum* 2013, 71 (S. 74); s.a. *Vogel*, in: Beck u. a. (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, 2011, S. 205 (207 ff., 210).

dies nicht idealiter qua Anwalt oder Richter, sondern qua Professor.

Diese Zusammenhänge sind umkehrbar. Der aufwändige institutionelle Rahmen, den unsere Universitäten der Professorenzunft zur Verfügung stellen, ist seinerseits der Gesellschaft, vor allem den Steuerzahlern gegenüber nur zu rechtfertigen, insofern sich die Professoren weiterhin dem Ideal einer unabhängigen Rechtswissenschaft verpflichtet sehen; insofern sie sich nicht damit zufriedengeben, Studenten und Richtern beizubringen, wie sie gute Klausuren oder revisionsfeste Urteile schreiben, und vor allem insofern sie darauf bestehen, die Arbeit von Gesetzgeber und Richter kritisch zu begleiten.

III. Der auch unter Strafrechtlern nicht selten formulierte Vorwurf, Rechtswissenschaft und auch Dogmatik seien *deutsche Unikate, die in Europa keine Zukunft* hätten,⁹ zeigt sich zugleich in seiner ganzen Fragwürdigkeit.¹⁰ Dort wo Gesetzgeber und Richter den Anspruch der Rechtllichkeit erheben können, ohne eine kritische Überprüfung durch eine unabhängige Instanz fürchten zu müssen, werden sie lässig, faul, nahezu unverschämt. Wenn man woanders Straftatbestände als Verursachungsverbote begreift (so etwa Art. 110 itStGB), muss die Strafrechtswissenschaft daran erinnern, dass hiermit der Aufruf „töte ihn“ zur tatbestandmäßigen Tötungshandlung hochstilisiert und dem *nullum-crimen*-Satz jede Bedeutung entzogen wird. Wenn man sich woanders unbekümmert aus Gründen der Prävention auf den *error iuris nocet* beruft,¹¹ ist es Sache der Strafrechtswissenschaft, zu betonen, dass man hierdurch das Individuum nicht nach seiner Schuld, sondern nach eigenen Interessen in Anspruch nimmt und somit unter die Gegenstände des Sachenrechts mengt.

Die von Professoren qua Professoren betriebene Rechtswissenschaft bzw. Rechtsdogmatik soll bloße Macht auch bloßstellen. Dies erst recht im Strafrecht und gerade auch in Europa.

9 *Lepsius*, rescriptum 2013, 71 (S. 75 f.); aus dem strafrechtlichen Schrifttum etwa *Tiedemann*, JZ 2000, 145; *Vogel*, GA 2002, 517 (524, 532); *ders.* JZ 2012, 25; *Volk*, in: Pieth/Seelmann (Hrsg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Krauß, Basel u.a. 2006, S. 89 ff. (90): „Die deutsche Dogmatik ist zu kompliziert geworden. So kann man sie weder applizieren noch exportieren“; *Rotsch*, ZIS 2008, 1.

10 Abl. auch *Schünemann*, FS Roxin I, S. 11; *ders.* GA 2002, 501 (511); *Silva Sánchez*, GA 2004, 679 (682); *Puppe*, ZIS 2008, 67; *Robles Planas*, ZIS 2010, 357 (361 f.).

11 So das englische Strafrecht, s. die Nachweise b. *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 386 ff.