Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda

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

I. Prolog

1. Des zehnjährigen Jubiläums der Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik in diesem Jahr eigens zu gedenken, könnte auf den ersten Blick angesichts einer ungefähr 5.000-jährigen Geschichte des *staatlichen* Strafrechts[1] übertrieben erscheinen. Aber angesichts einer erst 250-jährigen Geschichte des *modernen* Strafrechts, dessen Geburtsstunde auf die Publikation von *Cesare Beccarias* „Dei delitti e delle pene" im Jahr 1764 zu datieren ist, sieht die Relation schon etwas anders aus. Und wenn man auf den Beginn der Europäisierung des Strafrechts mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam 1999 oder auf die Wirksamkeit des Statuts von Rom über das Völkerstrafrecht 2002 abhebt, dann füllt das ZIS-Jubiläum sogar den größeren Teil dieser spektakulären Internationalisierung der Strafgewalt aus. Diese zeitliche Parallelität korrespondiert dem von meinem Mitherausgeber *Thomas Rotsch*, dem Herz und Hirn des gesamten Projekts, beschriebenen ZIS-Konzept, „die Herausforderungen anzunehmen, die in einer durch die fortschreitende Globalisierung […] gekennzeichneten Welt an das Strafrechts herangetragen werden," und dabei „insbesondere die Europäisierung und Internationalisierung" in den Blick zu nehmen, „die nationale Strafrechtsdogmatik aber keineswegs" auszublenden.[2]

2. Freilich wäre diese Zielvorstellung von einem wenig brauchbaren Ausgangspunkt aus formuliert worden, wenn man neueren Stimmen Glauben schenken dürfte, die die kritischen Töne, die bei einer vor der Jahrtausendwende in Berlin großartig inszenierten Nabelschau der Strafrechtswissenschaft[3] zu hören waren, schon einige Jahre später wiederholt und zugespitzt haben. Nachdem *Joachim Vogel* 2012 sich denen angeschlossen hatte, die der deutschen Strafrechtswissenschaft „selbstbewusste Provinzialität" und die Mentalität von „Priestern einer Glaubensgemeinschaft" sowie eine „verstörende Demokratieferne" nachsagten[4], hat *Kai Ambos* dies vor kurzem abermals wiederholt, für die Zukunft eine von ihm anscheinend bisher vermisste „Offenheit und diskursive Methodik" eingefordert[5] und die globale Bedeutung seiner Diatribe durch eine doppelte Publikation in Deutschland und weitere Publikationen in spanischer und portugiesischer Sprache zu unterstreichen unternommen.[6]

3. Weil *Ambos*, wie schon vor ihm *Vogel*, sich hierfür nicht auf inhaltliche Fehler der deutschen strafrechtsdogmatischen Doktrinen, sondern auf deren Resonanzdefizite in internationalen Organisationen und Diskussionsforen beruft, also auf einer pragmatischen Metaebene argumentiert, könnte man geneigt sein, schlicht auf derselben pragmatischen Ebene zurückzufragen, wie er sich denn dann beispielsweise die große Resonanz der von ihm jährlich in Göttingen veranstalteten Sommerschule für lateinamerikanische Nachwuchswissenschaftler im Straf- und Strafprozessrecht erklärt, die den stattlichen Kursbeitrag[7] und die erheblichen Reise- und Aufenthaltskosten aufzubringen bereit sind, um u.a. und vor allem mit *Claus Roxin* den (so *Ambos* selbst) „Star unter den in Lateinamerika aktiven deutschen Strafrechtslehrern"[8] zu hören – also eben den, der unbestritten das Niveau einer elaborierten Strafrechtsdogmatik mit ihrer systematischen Entfaltung von am Regelungsproblem selbst entwickelten Lösungen repräsentiert, wie sie nun einmal im deutschsprachigen Diskussionsraum die akademische Messlatte bildet.[9] Aber um das von *Ambos* gezeichnete und durch seinen trilin-

---

[1] Natürlich darf der heutige Begriff des Staates wie des Strafrechts nicht unbesehen für andere Kulturen und Epochen verwendet werden, doch dürfte eine hinreichende „Familienähnlichkeit" jedenfalls bei sämtlichen Übelszufügungen durch die Obrigkeit in einer kephalen Gesellschaft allein wegen eines vergangenen Frevels bestehen. Dann besteht an der Existenz des Strafrechts im Gottkönigtum der altorientalischen Kulturen kein Zweifel, wobei die geschriebenen Strafrechtsnormen, die wir etwa im Codex Hammurabi (1754 vor unserer Zeit) finden, mit großer Wahrscheinlichkeit den Schlusspunkt einer langen Praxis bilden, ähnlich wie im pharaonischen Ägypten und der chinesischen Xia-Dynastie.

[2] *Rotsch*, ZIS 2011, 285.

[3] Siehe Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick, 2000, und dazu *meine* Rezension in GA 2001, 205.

[4] *Vogel*, JZ 2012, 25 mit Zitaten von *Fletcher*, *Donini* und *Stuckenberg* und dazu bereits meine Entgegnung: *Schünemann*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 223.

[5] *Ambos*, GA 2016, 177.

[6] Der Beitrag erscheint ausweislich *Ambos*, GA 2016, 177 (Sternchenfußnote) auch in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, Revista Penal und Revista Brasileira de Ciéncias Criminais.

[7] 2015 für die 2-wöchige Sommerschule 1.500 € p.P. (cedpal@uni-goettingen.de)

[8] *Ambos/Malarino*, GA 2016, 336.

[9] Aber beileibe nicht nur hier und schon gar nicht unter Inanspruchnahme eines spezifischen Deutschtums, weshalb ja gerade *Roxin* hierfür und als Bezeichnung der von seinem Lehrstuhl an der Ludwig-Maximilians-Universität München vertretenen Forschungsrichtung den später auch für die ZIS namensgebenden Begriff der (nicht mit dem innerstaatlichen Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB zu verwechselnden) „internationalen Strafrechtsdogmatik" geprägt hat, pikanterweise zu einer Zeit, da *Ambos* als Münchener Habilitand und in diesem Geiste seine „Ansätze zu einer Dogmatisierung des Völkerstrafrechts" ausarbeitete (Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, bes. S. 517 ff.).

gualen Beitrag auf weite Verbreitung berechnete Zerrbild auch auf der Objektebene richtig zu stellen, ist es als erstes und vor allem geboten, den Gegenstandsbereich (das Strafrecht) und die Wissenschaftslogik (konventionell formuliert: das Wesen) der Strafrechtsdogmatik sowie ihre gesellschaftliche Aufgabe zu rekapitulieren.

II. Der Begriff des Strafrechts und seiner Dogmatik

1. In der (Straf-)Rechtsdogmatik geht es um mit einem intersubjektiven Richtigkeitsanspruch[10] auftretende Aussagen über das geltende Recht. Damit dieser Anspruch erhoben werden kann, muss zunächst einmal als Minimalvoraussetzung das Widerspruchsverbot beachtet werden, woraus sich wiederum die Notwendigkeit ergibt, sämtliche einzelnen Aussagen in ein widerspruchsfreies Gesamtsystem zu fügen.[11] Dessen zentrale Begriffe müssen, weil es um Sollenssätze geht, aus normativen Prinzipien bestehen,[12] die wegen der existenziellen Bedeutung des Strafrechts für das rechtsunterworfene Individuum wie für die Gesamtheit der Bevölkerung Teil der (geschriebenen oder ungeschriebenen) Verfassung sein müssen, also der fundamentalen Grundsätze einer (zumindest auch) rechtlich verfassten Gesellschaft. Daraus ergeben sich zugleich die beiden zentralen Fragen, die die Strafrechtsdogmatik beantworten muss: Warum und wozu überhaupt Strafrecht, und wonach soll sich die Strafe richten? Für die Antwort benötigen wir natürlich, um nicht zirkulär zu argumentieren, ein nicht zu enges und für das weitere Abschreiten der hermeneutischen Spirale[13] hinreichend elastisches Vorverständnis. Als Strafrecht in einem weiteren Sinn möchte ich denjenigen Teil des Rechtssystems bezeichnen, der die Verhängung von negativen Sanktionen aus Anlass eines unangenehmen Ereignisses gegen Menschen oder Menschengruppen regelt.[14]

III. Magisch- und archaisch-primitives Strafrecht

1. In magisch-primitiven Gesellschaften genügt dabei ein magischer Zusammenhang zwischen der Person und dem Ereignis.[15] Auf der nächsten Stufe der Entwicklung muss zwischen der zu bestrafenden Person und dem unangenehmen Ereignis ein spezifischer Zusammenhang bestehen, entweder in Gestalt der Kausalität des Verhaltens der Person für das Ereignis oder in Gestalt eines sozialen Status, kraft dessen das für das Ereignis kausale Verhalten eines anderen auch der Person selbst zugerechnet wird. Diese Zurechnungsform herrscht typischerweise in archaisch-primitiven Gesellschaften, die die Haftung an die bloße Kausalität oder an die bloße Zugehörigkeit zu einer Sippe knüpfen. Reste einer derartigen Strafrechtskonzeption haben bis heute in vielen Rechtsordnungen überlebt, etwa in den zahlreichen Beispielen einer strafrechtlichen Kausalhaftung im Rechtskreis des Common Law.[16] Daneben wird auch die Sippenhaftung immer noch in

[10] D.h. Wahrheitsanspruch, wenn man den Wahrheitsbegriff nicht durch das empiristische Sinnkriterium von vornherein auf deskriptive Aussagen beschränkt. Dazu umfassend in rechtshistorischer Perspektive *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft: Geschichte der Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933), 2012; ferner *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 385 ff.; Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008.

[11] Zu den Konsequenzen von *Kants* von einem System abhängig gemachten Wissenschaftsbegriff (Vorrede zu Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, 1786: „Eine jede Lehre, wenn sie ein System, das heißt ein nach Prinzipien geordnetes Ganze der Erkenntnis sein soll, heißt Wissenschaft […] [wobei die] Prinzipien […] [solche] der rationalen Verknüpfung der Erkenntnisse in einem Ganzen sein können“) für die Jurisprudenz vor allem aus zivilrechtlicher Perspektive instruktiv *Rückert*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 13 (41 ff.). Selbstverständlich ist mit der Notwendigkeit eines dogmatischen Systems nicht eine irrig für semantisch geschlossen gehaltene Begriffspyramide gemeint, die für bei ihrem Bau noch nicht bedachte Konstellationen vermöge der „Genealogie der Begriffe“ zu synthetischen Aussagen führende Deduktionen ermöglichen würde.

[12] Zur Unterscheidung von *Normen* und *Prinzipien* allgemein *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 49 ff. (73 ff., 219 ff., 336 f.); *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, S. 14 ff. (46 ff.); *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 71 ff.; die im Text angesprochenen zentralen Prinzipien rangieren noch eine Abstraktionsstufe höher, sie bilden sozusagen die axiologische Ursuppe eines ganzen Rechtsgebiets wie die Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaats im öffentlichen Recht oder der Privatautonomie im Privatrecht.

[13] So die *Winfried Hassemer* zu verdankende Reformulierung des „hermeneutischen Zirkels“ (Tatbestand und Typus, 1968, S. 107 f., und dazu *Schünemann*, in: Neumann/Herzog [Hrsg.], Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 239).

[14] Für speziellere Fragestellungen wie etwa nach der Realisierbarkeit eines genuinen Strafrechts gegen juristische Personen müsste natürlich ein spezifischerer Begriff der Strafe entwickelt werden, sei es entsprechend dem Vorschlag von *Greco* durch den Eingriff in angeborene Rechte (Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 653 ff.; *ders.*, GA 2015, 503 [512 f.], was die eine Ersatzfreiheitsstrafe kennende Geldstrafe ein-, die Geldbuße nach OWiG aber ausschließt!), sei es in der von mir bisher bevorzugten Weise durch die reine Repressivität (*Schünemann*, ZIS 2014, 1; *ders.*, GA 2015, 274 [279 ff.], was eine Verhängung allein wegen des vergangenen Ereignisses bedeutet und deshalb allein durch das Schuldprinzip legitimiert werden kann), sei es durch eine Kombination von beidem.

[15] Wobei auch die Reihenfolge zwischen Ereignis und Sanktion umgekehrt werden kann, beispielsweise wenn Menschen der Gottheit geopfert werden, damit es zukünftig regnet. Ob man auch derartige Phänomene unter einen tentativen Begriff des Strafrechts fassen sollte, kann hier offen bleiben.

[16] Dazu z.B. *Leigh*, Strict and vicarious liability, 1983; *Clarkson/Keating*, Criminal Law, 3. Aufl. 1994, S. 197 ff.; *Smith/Hogan/Ormerod*, Criminal Law, 13. Aufl. 2011, S. 155 ff.; *Jones/Christie*, Criminal Law, 1992, S. 59 ff. Zur aktuel-

totalitären Systemen praktiziert. Und auch die Anknüpfung an andere Formen des gesellschaftlichen Status kommt bis heute vor und ist sogar wieder auf dem Vormarsch, so etwa in Gestalt der Verantwortlichkeit des militärischen Befehlshabers gemäß Art. 28 des Rom-Statuts über den Internationalen Strafgerichtshof[17] oder auch tendenziell in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die die Handlungen, die aus einer hierarchisch aufgebauten Organisation heraus begangen werden, direkt dem Anführer dieser Organisation zurechnet, in einem Wirtschaftsunternehmen also dem Vorstand.[18] Ob es sich dabei um ein Relikt oder gar einen Rückfall in primitive Strafrechtsformen oder um moderne Einsichten in legitime Bedürfnisse des Strafrechts handelt, bildet das selbstverständliche Thema einer analytisch-kritischen Strafrechtswissenschaft.

2. In den auf religiösen Wahn gegründeten Gottesstaaten sollte das Strafrecht mehr oder weniger die Hölle schon auf Erden vorwegnehmen, weshalb die als Vergeltung präsentierte Strafe in Wahrheit bei den meisten Delikten in einem sich bis zum Sadismus steigernden Übermaß („Overkill") bestand.[19] Da die grauenhaften Höllenstrafen nach dem überwiegend, vor allem von der katholischen Kirche und auch in der protestantischen Confessio Augustana von 1530 anerkannten christlichen Dogma im Jenseits sogar ewig währen würden, war das normative Strafrechtsprinzip der „Übervergeltung" also in der damaligen ungeschriebenen Verfassung der auf Gottesgnadentum gegründeten christlichen Gemeinwesen implizit enthalten.[20] Und auch der Begriff der Straftat ergab sich zum großen Teil aus göttlicher Offenbarung, weshalb etwa *Benedikt Carpzov* noch im 17. Jahrhundert die Bibel wie eine Rechtsquelle behandelt hat[21] und im Islam die hadd-Vergehen das Recht Gottes verletzen.

IV. Dessen Überwindung in der Aufklärung und die Geburt des modernen rechtsstaatlichen Strafrechts

1. Erst die Aufklärung, laut *Immanuel Kant* die Befreiung des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit,[22] hat, vor allem in Gestalt von *Beccaria* und *Hommel*, das Strafrecht aus der intellektuellen und moralischen Dunkelheit der christlichen Überlieferung in die Helligkeit der Vernunft und Humanität transponiert, und zwar durch die Doktrin vom Sozialschaden als seinem einzigen legitimen Zweck.

Beccaria schrieb wörtlich: „Die Vermehrung des Menschengeschlechts […] vereinigte die ersten Wilden. Die ersten Zusammenschlüsse zogen notwendigerweise die der anderen nach sich, um gegen erstere sich zu behaupten. […] Es

len Diskussion unter besonderer Berücksichtigung der strict liability bei sexuellem Mißbrauch *Leonard*, Buffalo Criminal Law Review 6 (2003), 691. Die historische Analyse von *Leonard* zeigt dabei sehr schön, dass die zuletzt in Guantanamo (dazu *Schünemann*, GA 2003, 299 [312 f.]; *ders*., in: Moreno Hernández [Hrsg.], Globalización e internacionalización del derecho penal, 2003, S. 115) kulminierende Neigung, das Strafrecht als eine Art staatsterroristisches Instrument einzusetzen, auf dem Sonderweg des Common Law beruht, dessen Strafrechtsdenken nicht auf der Aufklärung und der idealistischen Philosophie, sondern auf dem Puritanismus und Utilitarismus beruht.

[17] Denn weil Art. 28 den Vorgesetzten aus einem Vorsatzdelikt bestraft, wenn er sich fahrlässig verhalten hat, ist es offenbar im Grunde genommen sein Status, der seine Verantwortung begründet, und nicht seine persönliche Schuld. Darin liegt zwar nicht die Legitimation, aber die logische Auflösung des von *Weigend* und *Ambos* registrierten Widerspruchs (*Weigend*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi [Hrsg.], Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1397; *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 705); in der Kommentierung von *Fenrick*, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), Commentary on the Rome statute of the international criminal court, 3. Aufl. 2016, Art. 28 Rn. 11, wird freilich nicht einmal dieser Widerspruch anerkannt, was für einen Autor aus dem Bereich des Common Law bezeichnend ist.

[18] Dazu mit zahlreichen Nachweisen *Schünemann*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 621 (623 ff.).

[19] Eindrucksvoll die „Fünf (Körper-)Strafen" für 3.000 Delikte im alten China (dazu *Nienhauser* [Hrsg.], The Grand Scribe's Records, 1994, S. 69), von denen etwa die Todesstrafe des langsamen Zerstückelns (Lingchi) mit einem Zerstückelungsrekord von 500 Teilen bis 1905 oder 1908 praktiziert wurde (*Brook/Bourgon/Blue*, Death by a Thousand Cuts, 2008), oder die europäischen Leibes- und Lebensstrafen des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit (anschaulich *Heinemann*, Der Richter und die Rechtsgelehrten, Neudruck 1969, Abb. 101 ff.; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 1963, S. 6 ff.); auf Einbruchsdiebstahl stand nach Art. 185 der Bambergensis bei Männern Erhängen, bei Frauen Ertränken, dieselbe Rechtsfolge auch auf den einfachen Diebstahl im 2. Rückfall (Art. 188), während beim 1. Rückfall nur die Ohren abgeschnitten wurden, (Art. 187).

[20] Es ist deshalb leicht zu sehen, dass der Unterschied zwischen dem Strafrecht der Scharia (siehe nur *Zehetgruber*, Islamisches Strafrecht versus europäische Werteordnung, 2010) und dem christlichen Strafrecht vor der Aufklärung weit geringer ist als zwischen diesen beiden und dem säkularisierten Strafrecht nach der Aufklärung, von der Vergleichbarkeit des Wütens des IS mit der jahrhundertelangen Ketzerverfolgung durch die katholische Kirche ganz abgesehen. Zur zentralen Rolle des Teufels und der Hölle für die christliche Gesellschaft und damit auch das Strafrecht vor der Aufklärung instruktiv *Flasch*, Der Teufel und seine Engel, 2015.

[21] Vgl. *Carpzov*, Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, Bd. 1, 2. Aufl. 1646, Quaestio 44 Nr. 32, 40, 41, 50, 52, 66 ff. Die Todesstrafe gegen Hexen und Zauberer wird als unmittelbares Gebot Gottes gerechtfertigt (Nr. 50: „Quis tuto negare poterit, revera sortiarios & sortilegos in rerum natura existere, convictus sacrarum literarum auctoritate, quae non modo veneficos & magos existere & suisse, veluti Numer. 33 Hierem. 27 Dan. 2. Psalm 578, sed & eosdem mortis poena affici debere restandur ex. Dei mandato").

[22] *Kant*, Was ist Aufklärung?, herausgegeben und übersetzt von Brandt, 1999 (zuerst 1784), S. 20.

war somit die Notwendigkeit, welche die Menschen zur Dahingabe eines Teils der eigenen Freiheit zwang; demnach ist es gewiß, daß ein jeder nur den geringst möglichen Teil seiner Freiheit in das öffentliche Verwahrnis einbringen will, nur soviel, wie ihm reicht, um die anderen dazu zu bringen, auch ihn zu schützen. Die Gesamtheit dieser geringst möglichen Teile macht das Recht zum Strafen aus; alles darüber hinaus ist Missbrauch und nicht Gerechtigkeit.[23] […] Wir haben gesehen, wonach die Verbrechen bemessen werden sollen, nämlich nach dem der Gesellschaft zugefügten Schaden" (Teil VIII). Und *Hommel* in seiner berühmten *Hommelischen* Vorrede zu der deutschen Ausgabe von *Beccarias* Werk: „Der selbstdenkende Jurist muß durchaus durch moralische Plauderei und betäubende Wörter sich nicht irre machen lassen, die Größe des Verbrechens in etwas anderem als einzig und allein in dem Schaden zu suchen, welcher daraus der Gesellschaft erwächst. Es sei die begangene Tat […] immerhin ein […] moralisches oder theologisches Verbrechen, das geht uns nichts an, die wir uns bloß mit bürgerlichem Unheile beschäftigen. Unsere Regel ist diese: Je trauriger der Erfolg ist, den eine Tat dem gemeinen Wesen verursacht, desto straffälliger ist sie. Hat sie aber keinen nachteiligen Erfolg im gemeinen Wesen, so ist sie gleichgültig, allerwenigstens kein Gegenstand der […] Strafgesetze."[24] *Beccaria* hat daraus beispielsweise die Straflosigkeit des Selbstmordes gefolgert (Teil XXXII), und *Hommel* sagt noch schärfer: „Man muß Sünde, Verbrechen und verächtliche Handlungen nicht untereinander werfen. Ein Loch im Strumpfe zu haben, ist weder Sünde noch Verbrechen, sondern Schande; seine Schwester zu heiraten, ist bei den Christen Sünde, aber kein bürgerliches Unrecht. Denn Verbrechen oder Unrecht heißt nur dasjenige, wodurch ich jemanden beleidige. Bloß dieses ist Gegenstand bürgerlicher Strafgesetze. Es kann etwas schändlich, es kann etwas sündlich und doch bürgerlich kein Verbrechen sein. Mensch, Bürger und Christ sind drei unterschiedene Begriffe."[25]

2. Von besonderer und bis heute ungebrochener Bedeutung ist, dass die göttliche Offenbarung als Grund des Strafrechts in der Geburtsstunde des modernen Strafrechts nicht durch eine logische Deduktion aus einem formalen Rechts- und Pflichtbegriff, sondern durch die Idee des Gesellschaftsvertrages und damit durch das normative Prinzip des Konsenses ersetzt worden ist. Über das damit janusköpfig verbundene Prinzip der Volkssouveränität ist also die Beschränkung des Strafrechts auf den alleinigen Zweck der Verhütung von Sozialschäden in den Prämissen jeder demokratischen Staatsverfassung verankert und liegt damit allen positiven Verfassungen demokratischer Staaten als impliziter Bestandteil notwendig voraus.

3. Inhaltlich geht es bei diesem Begrenzungsprinzip also um den Schutz des Individuums vor der Willkür der Machthaber, zu denen in einer parlamentarischen Demokratie selbstverständlich auch die Abgeordneten des Parlaments als Inhaber der gesetzgebenden Gewalt gehören. Dass und wie das normative Prinzip der Sozialschadensverhütung als Zweck des Strafrechts ohne wesentliche inhaltliche Veränderung die Metamorphose in die heute übliche Formel der „ultima ratio zum Rechtsgüterschutz" erlebt hat, habe ich an anderer Stelle dargelegt,[26] und will ich hier nicht wiederholen. Immerhin möchte ich eine Station genauer betrachten, die durch ihren doppelten Gegenpol die entscheidenden Züge des modernen Strafrechts besonders prägnant hervortreten lässt, nämlich die Strafrechtsphilosophie *Immanuel Kants*.

a) *Kants* berühmte Definition des Rechts als des Inbegriffs der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann,[27] wird in *Kants* Einleitung in die Rechtslehre zwar auf der Oberflächenstruktur nicht aus einem emphatischen und substantiellen Freiheitsbegriff für das Leben des Menschen in der Gesellschaft, sondern aus verschiedenen formalen Definitionen der von *Kant* gebildeten transzendentalen Grundbegriffe (Pflicht und Verbindlichkeit, Gesetz und Maxime, Wille und Willkür) abgeleitet, hängt aber doch über den für Recht und Moral gleichermaßen geltenden kategorischen Imperativ mit der Würde des Menschen als einem sich seine eigenen Gesetze gebenden Vernunftwesen zusammen. Es wäre deshalb keine Verfälschung dieser deontologischen Basis, wenn man mit dem gleichen Effekt wie bei *Beccaria* und *Hommel* aus *Kants* Rechtsdefinition für das Strafrecht die Folgerung ableiten würde, dass nur Freiheitsverletzungen bestraft werden dürfen und dass deshalb eine positive Rechtsvorschrift, die eine innerhalb der eigenen Freiheitssphäre verbleibende und nicht in fremde Freiheits- und damit Rechtssphären übergreifende Handlung unter Strafe stellt, nicht Recht, sondern Unrecht wäre.[28] *Immanuel Kant* selbst hat diese Folgerung für das Strafrecht aber bedauerlicherweise nicht gezogen, sondern hat sich aufgrund einer Verwechslung von notwendiger und hinreichender Bedingung in eine unglückliche Polemik gegen *Beccaria* verstrickt und bei einer bloßen Verletzung der moralischen Pflichten gegen sich selbst, deren Anerkennung in der Ethik diskutabel, im Strafrecht aber unerträglich und in *Kants* eigenem Rechtssystem absurd ist, zur Propagierung von Straftatbeständen verstiegen, deren Erfüllung lediglich Moralnormen verletzt, aber keinen Sozialschaden begrün-

[23] *Beccaria*, Dei delitti e delle pene (dt. Von Verbrechen und Strafen, 1764, Abschnitt II.

[24] Sog. Hommelische Vorrede, in: Hommel (Hrsg.), Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1786, S. III ff. (XXIII).

[25] *Hommel* (Fn. 24), S. IV f.

[26] *Schünemann*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 133 (138 ff.).

[27] *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, in: Weischedel (Hrsg.), Werksausgabe, Bd. 8, 1993, S. 337 (A 33/B 33).

[28] In diesem Sinne wird *Kants* Strafrechtstheorie gegenwärtig von der *Wolff-Köhler*-Schule rekonstruiert, etwa *Wolff*, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 137 ff. (211 ff.); *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 22 ff., was aber speziell im Strafrecht die tatsächliche Philosophie Immanuel *Kants* nur selektiv wiedergeben dürfte. Zur Entwicklung der Rechtsverletzungstheorie durch den Kantianer *Feuerbach* siehe umfassend *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 303 ff.

det.[29] Die zusätzlichen (!) utilitaristischen Argumente, die *Beccaria* gegen die Todesstrafe vorgebracht hatte,[30] sind von *Kant* prompt verabsolutiert und mit dem deontologischen Einwand konterkariert worden, bevor man über den möglichen Nutzen einer Strafe nachdenken könne, müsse die Strafbarkeit des Täters unabhängig von ihren Folgen begründet werden.[31] Aber dabei hat *Kant* übersehen, dass *Beccaria* ja den Gesellschaftsvertrag und damit ebenfalls die Autonomie des Individuums als deontologische Basis für das Strafrecht benutzt hat. Und *Kant* hat zum zweiten die Schuld des Täters als notwendige Bedingung für die Legitimation der Strafe (dazu sogleich näher) ohne Begründung in eine hinreichende Bedingung verwandelt und damit die in seinem Sittlichkeitskonzept überhaupt nicht ableitbare Vergeltungstheorie der Strafe axiomatisch vorausgesetzt.[32]

b) Damit zeigt sich in *Kants* Straftheorie in exemplarischer Weise die Gefahr eines Übergriffs der Moral auf das Strafrecht, indem dem moralischen Vorwurf (dem „Tadel") neben dem Zweck des Strafrechts, Sozialschäden zu verhüten, und der Schuldidee als reinem Legitimationsprinzip (wegen der Möglichkeit des Täters, die Straftat zu vermeiden), eine selbständig strafbegründende Funktion zuerkannt wird.[33] Nach 200 Jahren die Behauptung zu wiederholen, dass auf Unrecht (gemeint wohl: verschuldetes Unrecht) Strafe zu folgen habe, sei eine „Vernunftnotwendigkeit, und zwar im gedanklich ersten Schritt auch unabhängig von jeglicher staatlichen Verfestigung der Rechtsverhältnisse",[34] bedeutet (kantianisch gesprochen) einen Rückfall in die selbstverschuldete Unmündigkeit. Denn aus einem Verbot lässt sich im Falle seiner Verletzung maximal die Pflicht zur Wiedergutmachung ableiten, nicht aber die Pflicht zur Bestrafung des Verletzers: Hat dieser jemandem rechtswidrig ein Auge ausgeschlagen und wird daraufhin ihm eines ausgeschlagen, so ist der Schaden nicht ausgeglichen, sondern verdoppelt worden, so dass der Glaube, dadurch sei das Recht wiederhergestellt worden, zwar nicht so weit geht wie die in vielen Religionen ubiquitäre Erfindung beliebiger übersinnlicher Entitäten,[35] aber doch nicht mehr ist als eine petitio principii und eine Verwechselung von notwendiger und hinreichender Bedingung, die zwar öfter vorkommt und deshalb eine lässliche Sünde ist, aber wenn ihretwegen Menschen früher ihres Lebens und heute ihrer Freiheit beraubt werden, so hört der Spaß auf.

V. Der Overkill-Charakter auch des modernen Strafrechts und seine daraus für jeden demokratischen Rechtsstaat folgende Begrenzung

1. Andererseits hat *Kants* Insistieren auf einem strikten Vergeltungsprinzip deutlich gemacht, dass sich in Wahrheit weder das frühere noch das moderne Strafrecht in ihrer realen Gestalt hierdurch legitimieren lassen (was nicht nur den Rechtsgüterschutz als alleinigen Zweck des Strafrechts, sondern auch dessen Rolle als ultima ratio unabweisbar macht): Wie *Immanuel Kant* zu Recht ausgesprochen hat, wird eine Vergeltung durch das Talionsprinzip beschränkt,[36] denn wenn dem Übeltäter etwas Schlimmeres zugefügt wird, als er selbst zu verantworten hat, dann findet gerade keine Vergeltung, sondern nur noch Rache statt. Die Wirklichkeit des Strafrechts bleibt aber auch heute noch nur bei der Bestrafung von Tötungsdelikten und schweren Körperverletzungsdelikten hinter der Talion zurück, während sie im Regelfall weit darüber hinausgeht: Wer ein Vermögensdelikt begeht, erst recht im Rückfall, wird unter Umständen über Jahre hinweg wie ein wildes Tier in einen Käfig gesperrt. Und dasselbe passiert einem Sexualtäter, der Leib und Seele seines Opfers zweifellos übel mitgespielt hat, aber nur über eine ganz kurze Zeitspanne. Dieses fast permanente Übermaß der strafrechtlichen Sanktion, dieser strukturelle Overkill, schließt eine Rechtfertigung durch den Vergeltungsgedanken kategorisch aus, lässt also nur noch den Zweck des Rechtsgüterschutzes übrig und gebiert für den Anwendungsbereich des Strafrechts die heute allgemein anerkannte Ultima-Ratio-Formel: Strafen dürfen gerade wegen ihres Overkill-Effekts nur verhängt werden,

[29] Ein Beispiel: In den erläuternden Bemerkungen zur 2. Auflage der Metaphysik der Sitten hat *Kant* ausdrücklich die von ihm sogenannte Bestialität (Geschlechtsverkehr mit Tieren) ins Strafrecht eingeordnet und als „ein strafbares Verbrechen an der Menschheit überhaupt" qualifiziert, wobei als Strafe die „Ausstoßung aus der bürgerlichen Gesellschaft auf immer" für angebracht erklärt wird, weil der Täter „sich selbst der menschlichen unwürdig gemacht" habe (*Kant* [Fn. 27], S. 488, B 171 f.).

[30] *Beccaria* (Fn. 23), Abschnitt XXVIII.

[31] *Kant* (Fn. 27), S. 453, A 196/B 226.

[32] Greifbar in seinem berühmten „Inselbeispiel", siehe (Fn. 22), S. 455, A 199/B 229. Im Anhang zur 2. Aufl. der „Metaphysik der Sitten" hat Kant interessanter Weise in der Fußnote auf S. 171 die Unterscheidung zwischen der Strafbarkeit, welche moralisch sei, und der Strafklugheit, welche pragmatisch sei und von ihm als Prävention verstanden wird, ausdrücklich getroffen, ohne aber auch hier auf die notwendige Kombination von beidem als Voraussetzung der tatsächlichen Bestrafung einzugehen.

[33] Zur Kritik an der modernen Konzeption *Andreas v. Hirschs*, das Strafrecht neben seiner Verhütungsaufgabe auf den moralischen Tadel zu stützen, siehe *meine* Kritik in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 109 (111 ff.); dazu, dass eine Entscheidung zur Normverletzung, also gegen den kategorischen Imperativ, nicht durch die transzendentale Freiheitsidee *Kants* erklärt werden kann, siehe *meinen* Beitrag in: Prittwitz Baurmann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 327 (332 ff.).

[34] *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 157.

[35] Um ein vom Range her mediokres, in seiner Absurdität aber prägnantes Beispiel anzuführen, sei auf die Engelslehre des (angeblichen) Dionysius Areopagita hingewiesen, die durch die erdichtete Entführung seiner angeblichen Reliquien nach Regensburg zu einem dreifachen Veitstanz des Irrsinns gesteigert worden ist (dazu *Wesche*, Akademie Aktuell 4/2015, 42 ff.).

[36] *Kant* (Fn. 27), II. Teil S. 227.

wenn es um die Gewährleistung der unentbehrlichen Güter des Einzelnen und der Gesellschaft geht und alle anderen Mittel fruchtlos sind; und bei geringfügigen Verletzungen muss ganz auf sie verzichtet werden.

2. Mit dieser Ermittlung des Zwecks der Strafe als des ersten für jedes Strafrecht in einem demokratischen Staat verbindlichen Grundprinzips ist das strafrechtsdogmatische Räsonnement freilich noch nicht am Ende. Denn jede utilitaristische (= konsequentialistische) Begründung eines einem Menschen zugefügten Übels, als welches sich der Overkill der Strafe darstellt, verlangt eine Ergänzung durch ein (deontologisches) Legitimationsprinzip gegenüber dem es Erleidenden. Und an diesem Punkt trifft man auf eine überraschende „prästabilierte Harmonie" von Deontologie und Konsequentialismus. Denn das Strafrecht als Verbot und Sanktionsandrohung kann ja nur über die Motivation des potentiellen Rechtsgutsverletzers wirken, also nur dann, wenn dieser zur Normbefolgung in der Lage war. Die Möglichkeit des Andershandelns bildet deshalb eine implizite Voraussetzung dafür, dass die Strafrechtsnorm eine (androhungsgeneralpräventive) Wirkung entfalten kann und deshalb für den Fall, dass diese Wirkung ignoriert wird, die angedrohte Sanktion allein wegen der Rechtsverletzung verhängt wird. Zugleich kann aber (nur) in diesem Fall gegenüber dem Normverletzer der persönliche Vorwurf erhoben werden, dass er die Norm nicht befolgt hat, obwohl er dazu in der Lage war. Darin liegt seine Schuld als Legitimationsgrund für die Straftat als Overkill. Und auch diese Anforderung liegt wiederum jeder demokratischen Staatsverfassung notwendig voraus. Denn aus der Idee des Gesellschaftsvertrages als allein möglicher Legitimation von Staatsgewalt folgt die Anerkennung der Autonomie und dadurch Würde des Menschen, die unabhängig von einer Positivierung wie in Art 1 GG zu den impliziten Fundamenten jeder demokratischen Staatsverfassung zählt.

3. a) Die Zweckrationalität in Gestalt der ultima ratio zum Rechtsgüterschutz durch Androhungsgeneralprävention und die Legitimation durch das Schuldprinzip bilden deshalb die beiden strafrechtlichen Fundamentalprinzipien jedes demokratischen Rechtsstaates. Und es ist deshalb auch kein Zufall, dass es in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 und in der ersten rechtsstaatlichen Verfassung Europas, der französischen Verfassung von 1791, im ersten Titel als Teil der Natur- und Bürgerrechte heißt: „Art. 5. La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société." „Comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société." [37] – womit *Beccarias* Sozialschadensprinzip als dem positiven Recht vorausliegende und von diesem anzuerkennende Bedingung des Strafrechts eine Formulierung gefunden hat, deren epochale Geltung nicht durch eine Buchstabenjurisprudenz verkümmert werden kann, die bei der Lektüre des zweifellos nicht weniger rechtsstaatlich gemeinten Grundgesetzes ein bestimmtes Wort vermisst. Dass im Wortlaut des Grundgesetzes weder der Begriff des Rechtsgutes noch derjenige des Sozialschadens auftaucht, verschlägt wenig, denn auch vom Embryo liest man dort nichts, und doch hat das BVerfG hierfür wichtige Sätze aus dem GG entwickelt.[38] Und wenn im Rechtsstaatsprinzip implizit die Garantie einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege" für enthalten erklärt wird,[39] so wäre es sonderbar, wenn darin nicht auch ebenso implizit der legitime Zweck dieses Instrumentes und damit dessen Begrenzung geregelt wäre, denn man kann schwerlich die Effizienz eines Mittels für notwendig erklären, ohne zuvor dessen Zweck geklärt zu haben. Man kann es deshalb nur mit Ignoranz oder Unredlichkeit oder beidem erklären, wenn der Gründung und Begrenzung des Strafrechts auf die und durch die Formel der Ultima Ratio zum Rechtsgüterschutz als Umformulierung des gemeineuropäischen und im Anspruch globalen, erstmals von einem Italiener ausgesprochenen und von der Französischen Nationalversammlung proklamierten Sozialschadensprinzips der Vorwurf engstirniger Provinzialität gemacht wird.

b) Wenn darin eine Verletzung des angeblich vorrangigen Demokratieprinzips gesehen wird,[40] so ist das nahezu abwegig: Die in dieser Kritik steckende Verwechselung von Demokratie (= Herrschaft des Volkes = Respektierung der Menschenrechte und der aus der Idee des Gesellschaftsvertrages abzuleitenden Begründung und Begrenzung der Staatsgewalt) mit der Macht der Parlamente (= eines bloßen Herrschaftsaggregats) wäre selbst dann für einen Staatsrechtslehrer peinlich, wenn nicht gerade die manifeste Krise des parlamentarischen Systems (das in den oligarchischen Cliquen der von

[37] Die Französische Nationalversammlung war sich auch vollauf bewusst, dass sie hier in der „Verpflichtung, die sie im Angesicht ganz Europas übernommen" hatte, „nicht davor zurückschrecken" durfte, „Wahrheiten für alle Zeiten und für alle Länder auszusprechen", und damit „eine Erklärung gewollt für alle Menschen, für alle Nationen" (so der Abgeordnete *Duport*, siehe *Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 7).

[38] Beginnend mit BVerfGE 39, 1, dessen weitestgehende Preisgabe durch die aktuelle Rechtsprechung (BVerfGE 88, 203; 98, 265) zwar vom BVerfG selbst nach Kräften verschleiert worden ist, aber ohne dass es im vorliegenden Zusammenhang darauf ankommt.

[39] Zahlr. Nachw. bei *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 1 Rn. 7.

[40] So aber der Staatsrechtslehrer *Gärditz* (Der Staat 49 [2010], 331 [mit zutr. Kritik von *Zaczyk*, Der Staat 50 [2011], 295]); ebenso *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658), der in methodologischer Hinsicht ebenso fehlerhaft argumentiert, wenn er meint, es gehe der Doktrin des Rechtsgüterschutzprinzips darum, die Rechtsgüter durch „Zugrundelegung ontologischer Kriterien vom demokratischen Substrat des Normativen abzukoppeln". Denn (von der semantischen Konfusion des Begriffs „demokratisches Substrat des Normativen" ganz abgesehen; noch kapriziöser *Gärditz*' neuester Begriff der „Demokratizität" in JZ 2016, 641) zählt das Rechtsgüterschutzprinzip, wie dargelegt, zu den beiden normativen Grundprinzipien des Strafrechts in jeder Demokratie.

Ambos u.a. zum Angelpunkt erklärten internationalen Machtzirkel ohnehin nichts mehr zu melden hat) inzwischen sogar die These der „Postdemokratie" erzeugt hätte[41] und wenn nicht gerade das zur Rettung der demokratischen Idee entwickelte Konzept der „deliberativen Demokratie"[42] im Strafrecht auf eine elaborierte und selbstbewusste Strafrechtswissenschaft als Avantgarde der öffentlichen Meinung angewiesen wäre.

VI. Vorschlag für eine Neuinterpretation der BVerfG-Rechtsprechung

1. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Cannabis-Entscheidung weder den Sozialschaden noch das in der deutschen Diskussion an dessen Stelle getretene Rechtsgüterschutzprinzip als Limitationsprinzip des Strafrechts anerkannt, sondern die darin liegende Hürde gewissermaßen kleingeraspelt, indem zunächst nur die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG für einschlägig und durch jeden beliebigen Grund des Gemeinwohls für einschränkbar erklärt und sodann die Strafbewehrung nur noch am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen wurde.[43] Aber eine einzige Entscheidung in dem politisch extrem verminten BtM-Gelände kann unmöglich eine 250-jährige Geschichte des Strafrechts im demokratischen Rechtsstaat zu Makulatur stempeln. So spricht denn auch das gewöhnlich ebenfalls als Ablehnung des Rechtsgüterschutzprinzips verstandene Inzesturteil genau genommen eine andere Sprache, weil das BVerfG dann doch wieder ein dem Inzestverbrechen zugrunde liegendes Rechtsgut darzutun versucht und mit der von ihm verwendeten ultima-ratio-Formel ja ohne einen hinzugefügten Gegenstand schon logisch nicht auskommt (ultima ratio wozu?).[44] Die beharrliche Betonung des Ultima-Ratio-Prinzips in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[45] wirkt deshalb wie der Aufbau eines Spannungsbogens, der nach dem erlösenden Wort „Rechtsgut" hungert, bemerkenswerter Weise sogar zweimal in der Inzest-Entscheidung selbst (BVerfGE 120, 224 Rn. 77): „Strafrecht ist ultima ratio, ist das letzte verfügbare Mittel, um einen Belang der Allgemeinheit zu schützen, und kommt deshalb nur in Betracht, wenn das inkriminierte Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich [sic!] und für das Zusammenleben der Menschen unerträglich, wenn seine Verhinderung besonders dringlich ist." Und noch deutlicher in Rn. 35: „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio' des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist." Zwar sei es „grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Er ist bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut [sic!], dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei." Aber diese Freiheit wird hier in sprachlich eindeutiger Weise an das Vorhandensein eines Rechtsguts geknüpft und nicht etwa schon an jeden schlichten öffentlichen Belang, wie es der „Raspelmethode" der Cannabis-Entscheidung entsprochen hatte.[46] In Verbindung mit weiteren neueren Entscheidungen,

[41] Dazu grundlegend *Colin Crouch*, Post-democracy, 2005; ferner die die EU wie die USA treffende, tiefdringende Analyse von *Streeck*, Gekaufte Zeit, 2013, S. 28 und passim, mit den speziell die EU betreffenden Diagnosen der „Entpolitisierung der Wirtschaft bei gleichzeitiger Entdemokratisierung der Politik" (S. 164) und der „Institutionalisierung von Oligarchie und Expertokratie" (S. 214); vgl. auch allgemein *Blühdorn*, Simulative Demokratie, 2013.

[42] Statt aller *Kasiske*, Rechts- und Demokratietheorie im amerikanischen Pragmatismus, 2009, S. 162 ff.

[43] BVerfGE 90, 145, vgl. dazu nur die Kritik bei *Schünemann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 221 (233 ff.).

[44] Zwar hat BVerfGE 120, 224 (241 f.) die Rechtsgutsdoktrin ausdrücklich verworfen und dabei einige spärliche Zitate vorwiegend Freiburger Autoren angeboten, ohne die daran seit langem ausgearbeitete Antikritik (*Schünemann* [Fn. 26], S. 147 ff.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 92 ff.; *ders*., GA 2002, 21; *ders*., GA 2007, 2; *ders*., ZIS 2009, 506; *Neumann*, GA 1999, 35 [39]) oder auch nur die für die moderne Strafrechtsdogmatik repräsentativen Ausformungen der Doktrin (siehe nur *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 2 ff.) angemessen zu berücksichtigen, anschließend aber in seinen konkreten Überlegungen zur Strafwürdigkeit des Inzests durchweg Argumente angeführt, die (freilich mit zweifelhaftem Ergebnis, siehe das Sondervotum von *Hassemer*, BVerfGE 120, 224 Rn. 73 ff., sowie *Duttge*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter [Hrsg.], Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 227) ohne Schwierigkeiten in die Rechtsgutstheorie integriert werden können; siehe die Kritik von *Greco*, ZIS 2008, 234; *Hörnle*, NJW 2008, 2085; *Zabel*, JR 2008, 453; *Bottke*, in: Hassemer/Kempf/Moccia (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag am 20. Mai 2009, 2009, S. 93; *Roxin*, StV 2009, 545; *ders*., in: Neumann/Herzog (Fn. 13), S. 573; *ders*., GA 2013, 433; *Kühl*, JA 2009, 833; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24; eingehend *Schünemann*, El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!, 2007. Auf die insgesamt eher kritische Monographie von *Fiolka*, Das Rechtsgut, 2006, kann vorliegend nicht näher eingegangen werden; insgesamt scheint mir ihre Position mit dem Inzesturteil vergleichbar zu sein.

[45] BVerfGE 90, 145 Rn. 198; 96, 10 Rn. 65; 96, 245 Rn. 10; BVerfG, Beschl. v. 6.7.2007 – 2 BvR 1226/07, Rn. 3; 120, 224 Rn. 35.

[46] In der Cannabis-Entscheidung vom 9.3.1994 findet man erst in den Sondervoten die Sätze: „Ein Unrecht, das sich in einem formalen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot erschöpft, ist nicht strafwürdig und Strafe schon darum nicht erforderlich. Hinzukommen muß, daß das Verbot der Verwirklichung des Schutzes von Rechtsgütern dient, deren Gewicht es aufwiegen kann, daß zu seinem Schutz das sozialethische Unwerturteil einer Bestrafung über denjenigen

in denen diese oder eine ähnliche Formel verwendet wird, scheint mir (unter Abänderung meiner früheren Einschätzung) eine diskrete Distanzierung des BVerfG von der Nonchalance der Cannabis-Entscheidung unleugbar und dementsprechend eine Neuinterpretation seiner Rechtsprechung geboten zu sein.

2. Besonders begrüßenswert ist dabei in meinen Augen die vom BVerfG vorgenommene Kombination der Sozialschädlichkeit (negativ) mit dem Rechtsgüterschutz (positiv) und deren Verwendung als austauschbare Formeln. Denn indem *Birnbaum* das von *Feuerbach* verwendete Deliktskriterium der Rechtsverletzung durch die „Gutsverletzung" ersetzt hat,[47] hat er inhaltlich eine weitgehende Übereinstimmung mit *Beccarias* „Sozialschaden" hergestellt.[48] Über *Bindings* Normen,[49] in denen der Begriff der „Rechtsgüter" geprägt wird, und *v. Liszts* Lehrbuch[50] avancierte der Rechtsgutsbegriff zum Grundbegriff des Strafrechts, damals naturgemäß in den Fesseln des Gesetzespositivismus.[51] Nach dem Ende des die Rechtsgutsdoktrin limitierenden Gesetzespositivismus und der sie anschließend quasi unterpflügenden NS-Diktatur hat es eigentlich auf der Hand gelegen, vier sie tragende Begründungsstränge zu einer Deduktion von überwältigender Überzeugungskraft zu verknüpfen: Zum ersten ließ sich dieser Ansatz, wie soeben dargelegt, in der von jeder Verfassung und damit auch vom Grundgesetz vorauszusetzenden konzeptionellen Basis des Gesellschaftsvertrages und dessen fast 200 Jahre vor Erlass des Grundgesetzes einsetzender Entfaltung für das Strafrecht durch *Beccaria* und Fortentwicklung durch *Hommel* und *Birnbaum* und damit in einer fundamentalen Reflexionsschicht verankern, die jeder Verfassungsgebung in Deutschland vorausging und deren historische Grundlage bildete. Zum zweiten mussten gerade die Missachtung des Rechtsgüterschutzprinzips und der Einsatz des Strafrechts zu beliebigen politischen Zwecken im Dritten Reich die Notwendigkeit einer Begrenzung für den Einsatz dieses Instrumentes evident machen.[52] Zum dritten

ausgesprochen wird, der dieses Rechtsgut durch eine schuldhafte Handlung bedroht […] Bei der Bestimmung dessen, was in diesem Sinn als strafwürdiges Verhalten anzusehen ist, kommt dem Gesetzgeber ein – beschränkter – Entscheidungsspielraum zu. Zwar läßt sich anhand der grundgesetzlichen Wertordnung mit hinreichender Bestimmtheit ermitteln, was zweifellos in den Kernbereich des Strafrechts gehört; mit gleicher Sicherheit läßt sich sagen, daß gewisse mindergewichtige Tatbestände aus diesem Kernbereich herausfallen." (Rn. 198). „Das Strafrecht soll die Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens schützen. Es wird als „ultima ratio" dieses Schutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist." (Rn. 225). Bereits im Jahr 1997 heißt es dann aber mehrmals in der Entscheidungsbegründung selbst: „Das Strafrecht wird als „ultima ratio" des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist." (BVerfGE 96, 10 Rn. 65 sowie 96, 245 Rn. 10); und: „Dies folgt aus dem Umstand, dass Kriminalstrafe die am stärksten eingreifende staatliche Sanktion für begangenes Unrecht darstellt und Strafrecht daher nur als „ultima ratio" des Rechtsgüterschutzes eingesetzt werden darf." (BVerfG, Beschl. v. 6.7.2007 – 2 BvR 1226/07, Rn. 3). Auch die Betonung der Freiheit des Gesetzgebers, „ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will", in der Lissabon-Entscheidung BVerfGE 123, 267 Rn. 356 ist dann eher als eine Abgrenzung zur Strafpflicht der Abtreibungsentscheidung BVerfGE 39, 1 zu sehen und hält an der Notwendigkeit eines Rechtsguts als Voraussetzung der Bestrafung fest, was e contrario auch durch die Untreueentscheidung BVerfGE 126, 170 bestätigt wird, denn die Feststellung eines schutzwürdigen Rechtsguts (Rn. 84 f.) dient darin gerade zur Begründung der Verfassungsmäßigkeit.

[47] *Birnbaum*, Archiv für Kriminologie 13 (1834) 149, 172 ff.

[48] So *meine* Interpretation (Fn. 26), S. 138 ff.; ähnlich *Hefendehl* (Fn. 44 – Kollektive Rechtsgüter), S. 15 ff.; kritischer das Urteil von *Amelung*, Rechtsgüterschutz oder Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 37 (aber differenzierend, S. 39 ff. [45 ff.]).

[49] *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, 1872, S. 179 ff.

[50] *v. Liszt*, Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts systematisch dargestellt, 1881: „Die Strafe hat ihren Zweck in dem Schutz der Rechtsgüter, der durch die Androhung der Strafe als Mittel erreicht wird (S. 3). Der Gesetzgeber stellt ein bestimmtes Interesse unter seinen Rechtsschutz, indem er es zu einem Rechtsgut erklärt" (S. 12).

[51] Vgl. *v. Liszt*, der Rechtsgüter als die „Lebensinteressen des einzelnen oder der Gemeinschaft" bezeichnete, die von der Rechtsordnung nicht erzeugt, sondern zum Rechtsgut erhoben würden, der aber den Richter selbst dann nicht zur Korrektur des Gesetzgebers für befugt erklärte, wenn dieser sich getäuscht und eine materiell rechtmäßige Handlung unter Strafe gestellt hat (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14. und 15. Aufl. 1905, S. 65 [140], und dazu *Amelung* [Fn. 48], S. 84 f., zur Kritik S. 87 ff.). Ein instruktives Beispiel bietet *v. Liszts* Stellungnahme zur Homosexualität, deren Straflosigkeit er ausdrücklich für geboten erklärte, ohne aber die Gültigkeit der Strafvorschrift zu verneinen (S. 385 f.).

[52] Denn gerade das Rechtsgüterschutzprinzip ist von der nationalsozialistischen Strafrechtstheorie am erbittertsten attackiert worden, siehe *Schaffstein*, DStrR 1935, 95; *ders.*, DStrR 1937, 335; *ders.*, in: Dahm/Huber/Larenz/Michaelis/Schaffstein/Siebert (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 108 ff.; weitere Nachweise bei *Amelung* (Fn. 48), S. 228 ff.; *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975, S. 177 ff., und kaum ein anderes

wurde der Gesetzgeber durch das Grundgesetz an die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip gebunden, womit die im Gesetzespositivismus noch geltende Ohnmacht gegenüber der Willkür des Gesetzgebers obsolet war. Und zum vierten musste, in einer selbst wieder vierfach verflochtenen Argumentation, der Einsatz des Instrumentes „Strafrecht" im Vergleich zu schlichten Grundrechtseinschränkungen deshalb von einem qualitativen Sprung in der Dringlichkeit und *materiellen* Legitimation abhängig gemacht werden, weil 1. das Grundgesetz bei der an sich weniger wichtigen *formalen* Rechtfertigung strafrechtlicher Maßnahmen ausdrücklich einen solchen Legitimationssprung statuiert (arg. Art. 103 Abs. 2, 104 GG), weil 2. die mit der Strafe tendenziell verknüpfte schwere Beschädigung oder gar Zerstörung der sozialen Existenz selbst einen nicht nur quantitativen, sondern qualitativen Sprung zu schlichten Grundrechtseinschränkungen bedeutet, weil 3. der gerade vom BVerfG betonte sozialethische Vorwurf, der mit der Kriminalstrafe verbunden sei,[53] über die Eingriffe in Freiheit oder Vermögen hinaus den Vorwurf einer Selbstentwürdigung bedeutet, der schon objektiv ein gravierendes Fehlverhalten zur Voraussetzung hat, und weil schließlich 4. der schon dargelegte Charakter des Strafrechts als Overkill, also als au fond unverhältnismäßige Übelszufügung, eine Domestizierung allein durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausschließt[54] und deshalb ohne eine drastische Einschränkung in den Anordnungsvoraussetzungen kein Recht, sondern staatlicher Terror wäre. Wenn man sich all dies vor Augen hält, so kann ich mich nach wie vor[55] nicht der Vision erwehren, dass dem BVerfG die strafrechtliche Rechtsgutstheorie vom Grundgesetz auf einer Silberplatte angedient wird wie weiland das Haupt des Jochanaan der Salome und von ihm deshalb auf die Dauer nicht verleugnet werden wird.

3. Zwar hat *Engländer* der vorstehend skizzierten Ableitung des Rechtsgüterschutzprinzips dreifach entgegengehalten, dass es von der Theorie des Gesellschaftsvertrages zu viele Spielarten gäbe, als dass man an irgendeine bestimmte anknüpfen könne; dass es insbesondere keinen Nachweis gebe, dass der Parlamentarische Rat das Grundgesetz an irgendeine bestimmte aufklärerische Vorstellung habe anschließen wollen; und dass die Positionen der Aufklärung auch viel zu sehr durch spezielle religiöse Vorstellungen wie bei *Locke* oder metaphysische Positionen wie bei *Kant* geprägt gewesen seien, als dass sie dem weltanschaulich neutralen Grundgesetz unterlegt werden dürften.[56] Aber das geht meines Erachtens an den eigentlichen Fundamenten des Rechtsgüterschutzprinzips dreifach vorbei. Die philosophischen Feinheiten in den unterschiedlichen Spielarten des Kontraktualismus der Aufklärungszeit haben für die Forderung des gesellschaftlichen Schadens als Bedingung der staatlichen Strafgewalt weder bei *Beccaria* noch in den französischen Revolutionsverfassungen eine Rolle gespielt, geschweige denn religiöse oder metaphysische Spekulationen. Das den Sozialschadensgedanken umformulierende Rechtsgutsdogma wird man in Kaiserreich und Weimarer Republik als herrschend bezeichnen dürfen, wenn auch natürlich in den Grenzen des damaligen Gesetzespositivismus. Indem es im Nationalsozialismus verworfen wurde, war es für eine Wiederaufrichtung unter dem Grundgesetz geradezu prädestiniert, und jetzt nicht nur innerhalb des einfachen Gesetzes, sondern innerhalb der freiheitlichen Verfassung und ihren Gewährleistungen. Dass der Overkill des Strafrechts wegen seiner einzigartigen Brutalität nach einer ebenso exzeptionellen Eingriffshürde verlangt, drängt sich selbst dem Alltagsverstand auf. Und dass die in der aufgeklärten Vernunft ebenso wie in der Tradition der Strafrechtswissenschaft zu findende Hürde des Rechtsgüterschutzprinzips im Wortlaut des Grundgesetzes keinen Ausdruck gefunden hat, gilt ja ganz genauso für das Schuldprinzip oder das Prinzip der materiellen Wahrheit und steht deshalb wie diese einer Verankerung im Rechtsstaatsprinzip nicht im mindesten im Wege.

VI. Zur methodologischen Struktur des Rechtsgutsbegriffs

1. Dann bleibt freilich die methodologische Kritik an der Rechtsgutsformel übrig, dass sie wegen ihrer semantischen Unbestimmtheit letzten Endes doch nur ein Passe-partout für jede politische Entscheidung und damit wertlos sei.[57] Aber hoch abstrakte Begriffe wie das „Rechtsgut" sind nicht nur in einer systematischen Rechtswissenschaft unverzichtbar, sondern auch trotz ihrer relativen Unbestimmtheit konkretisierungsfähig, sofern sie einen von der Extension her deutlichen und allgemein akzeptierten Kern haben, d.h. sofern evidente Beispielsfälle („Archetypen") benannt werden können – bei den Rechtsgütern die angeborenen Rechte Leben, Leib und Freiheit sowie für alle entwickelten Gesellschaften das Eigentum. Dieser Kern kann dann durch Analogiebildung Schritt für Schritt erweitert werden, wobei es – wie bei jeder Typus-Konkretisierung – wichtig ist, einen Gegenbegriff zu bilden, der ebenfalls einen von der Extension her deutlichen und allgemein akzeptierten Kern an „Archetypen" besitzt, wobei dann – wie bei jedem Typusbegriff – die charakteristischen Züge des Typus herauszuarbeiten und in ihrer quantitativen Ausprägung zu einem Gesamtprofil zu addieren sind.[58]

Rechtsgebiet ist von der NS-Diktatur in so brutaler Weise für ihre die Werte des liberalen Rechtsstaates auf den Kopf stellenden Zwecke missbraucht worden wie das Strafrecht; auf der anderen Seite hat gerade die notorische Frontstellung des Grundgesetzes gegen die Rechtspraxis der Nazidiktatur in der Rechtsprechung des BVerfG einen zentralen Interpretationstopos gebildet, siehe dazu allgemein BVerfGE 6, 32 (37); 18, 112 (117); 30, 173 (192), und speziell im Strafrecht BVerfGE 39, 1 (36).

[53] BVerfGE 9, 167 (171); 22, 49 (79); 96, 245 (249).

[54] In diesem Punkt stimmt auch die an sich rechtsgutskritische Arbeit von *Hörnle* (Grob anstößiges Verhalten, 2005) zu (S. 35 ff.).

[55] Vgl. bereits *Schünemann* (Fn. 26), S. 144.

[56] *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616, 627 ff.

[57] Siehe etwa *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (656 f.) in Wiederholung alter Einwände (z.B. von *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2000, § 2 Rn. 7). Dazu die grds. Kritik bei *Roxin*, in: Neumann/Herzog [Fn. 44], S. 579.

[58] Dies habe ich für die Bestechungstatbestände durch die Entgegensetzung von Unrechtsvereinbarung und Repräsenta-

2. Der Gegenbegriff zum Rechtsgut ist die „Lebensform", die in einem demokratischen Rechtsstaat nicht mit den Mitteln des Strafrechts erzwungen werden darf. Dass diese wechselseitige Konkretisierung der durch das Strafrecht schützbaren Rechtsgüter einerseits, der strafrechtsfesten Lebensformen andererseits natürlich nicht mit der im Recht niemals erreichbaren mathematischen oder empirischen Sicherheit, aber mit hoher argumentatorischer Plausibilität erreichbar ist, habe ich an einzelnen konkreten Beispielen bei anderen Gelegenheiten mehrfach demonstriert.[59] Das soll und kann hier nicht wiederholt werden. Stattdessen beschränke ich mich auf den Hinweis, dass es sich hierbei auch nicht um eine Art juristischen Schleichweg, sondern um einen besonders instruktiven Anwendungsfall methodologischer Erkenntnisse handelt. Denn in der modernen Sprachphilosophie ist längst anerkannt, dass die klassische Definition durch genus proximum und differentia specifica ein extremer Sonderfall ist, an dessen Stelle (um nur die wichtigsten sonstigen Kategorien sprachlicher Repräsentation herauszugreifen) der *Typus*[60], die *Familienähnlichkeit* im Sinne *Wittgensteins*[61] oder die Exemplifizierung einer nur verschwommen erfassten Intension durch einige Fälle der Extension[62] tritt, deren weitere Explikation durch ein analogisches Verfahren zu erfolgen hat, das in der ontologischen Hermeneutik immer schon als Normalfall der juristischen Methode angesehen worden ist.[63]

VII. Die Aufgabe der (Straf-)Rechtsdogmatik als vierte Gewalt

1. Was ich vorstehend am sog. systemkritischen, d.h. strafrechtsbegrenzenden Rechtsgutsbegriff zu zeigen versucht habe, gilt pars pro toto für alle Strafrechtsprobleme und ihre rechtswissenschaftliche Behandlung: Die rechtsstaatliche Begrenzung der Strafgewalt durch das Rechtsgüterschutz- und das Schuldprinzip muss in der Weise bei allen Anwendungsfragen berücksichtigt werden, dass die Zwischenschritte und die konkreten Ergebnisse in ein Gesamtsystem eingeordnet und an ihm kontrolliert werden, um vermöge des Gebots der Widerspruchsfreiheit die Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes und damit die Gerechtigkeit bei allen einzelnen dogmatischen Figuren zu gewährleisten. Der jeweilige Machthaber (im einzelnen Strafverfahren der Richter) kann deshalb nicht nach Willkür entscheiden, sondern muss bald abstraktere, bald konkretere Regeln und Prinzipien respektieren.

2. Das gilt selbst bei seiner vergleichsweise einfachsten dogmatischen Tätigkeit, der Auslegung der Tatbestände des Besonderen Teils. Hier gibt der sog. systemimmanente[64] Rechtsgutsbegriff der teleologischen Auslegung Halt und Ziel. Ungleich bedeutender ist die dogmatische Arbeit bei der Analyse der allgemeinen, für alle oder jedenfalls viele Straftatbestände übereinstimmend gültigen Strafbarkeitsvoraussetzungen. Aus dem Zweck des Rechtsgüterschutzes und der Legitimation durch das Schuldprinzip, das die individuelle Vermeidbarkeit der Tat voraussetzt und sich dadurch mit dem Schutzmechanismus der Androhungs-Generalprävention deckt, lassen sich auf deduktivem Wege erstaunlich viele spezielle Strafbarkeitsvoraussetzungen ableiten. Dabei geht

---

tionsakt und durch die Herausarbeitung von sechs verschiedenen Zügen demonstriert (*Schünemann*, in: Dannecker [Hrsg.], Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 777 [791 ff. 795 ff.]), die vom BGH (notabene ohne Zitat) weitgehend übernommen, aber als „Indizien einer wertenden Beurteilung des Tatrichters" missverstanden worden sind (BGHSt 53, 6 [16 f.]). Zum Straftatbegriff als Typus knapp und treffend bereits *Hefendehl* (Fn. 44 – Kollektive Rechtsgüter), S. 107 ff.

[59] *Schünemann* (Fn. 26), S. 149 ff.; *ders*., in: Schünemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 51 ff.; *ders*., in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles, 2006, S. 18 ff.; *ders*., El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos, 2007; in dieselbe Richtung *Roxin*, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 135; *ders*. (Fn. 44 – AT), § 2 Rn. 12 ff.; *ders*. (Fn. 57), S. 573; *ders.*, GA 2013, 433; *Greco*, ZIS 2008, 234; *ders*., Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 303 ff.; *Hefendehl* (Fn. 44 – Kollektive Rechtsgüter), S. 18 ff.

[60] Wobei die Karriere der Konzeption vom Typus in der Rechtstheorie besonders aufschlussreich ist: Während dessen ursprüngliche hermeneutische Beschreibung durch *Arthur Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache", 1965; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 460 f., zunächst von *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977, S. 163 ff., und von *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 73 ff. scharf kritisiert worden war, ist diese inzwischen von *Kuhlen* selbst (*Kuhlen*, in: Herberger/Neumann/Rüßmann [Hrsg.], Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken, ARSP-Beiheft 45, 1992, S. 101 [119 ff.]); *Puppe*, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (25 ff.), logisch präzisiert und rehabilitiert worden (*Schünemann*, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth [Hrsg.] Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 299 (304 ff.); zur Anwendung auf den Vorsatzbegriff *Schünemann*, in: Weigend/Küpper [Hrsg.] Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag 11. April 1999, 1999, S. 363 [370 ff.]; schließlich zur Anwendung auf den Rechtsbegriff selbst *Schünemann*, in: Joerden/Wittmann [Hrsg.], Recht und Politik, ARSP-Beiheft 93, 2004, S. 133 ff. [142]).

[61] *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 1953, S. 65 ff.; dazu *v. d. Pfordten*, in: Joerden/Wittmann (Fn. 60), S. 51 ff. (55).

[62] Zur semantischen Unterscheidung zwischen Extension und Intension vgl. nur *Stegmüller*, Erklärung, Begründung, Kausalität (Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie I), 2. Aufl. 1983, S. 94 ff.; *v. d. Pfordten*, Deskription, Evaluation, Präskription, 1993, S. 133 ff.

[63] *Arthur Kaufmann* (Fn. 60), passim; *ders*., Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 1999, S. 59 ff.

[64] Diese Terminologie geht zurück auf *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S.19.

es vor allem und in vielen Fällen darum, die Bestrafung wegen bloßen Zufalls auszuschließen. Durch die Entwicklung einer Doktrin der objektiven Zurechnung soll sichergestellt werden, dass der Sozialschaden auf der Normverletzung beruht, weil er bei Beachtung des strafrechtlichen Verbots ausgeblieben wäre, dass also nicht nur ein äußerlicher, sondern ein funktionaler Zusammenhang zwischen der verbotenen Handlung und dem Schadenseintritt existiert.[65] Die Irrtumslehre sorgt dafür, dass der Täter nur für diejenigen Umstände verantwortlich gemacht wird, die er kannte oder hätte erkennen können, ist also eine Verfeinerung des Schuldprinzips.[66] Indem der Begriff der Täterschaft durch die Tatherrschaft ausgeführt wird, wird der Schwerpunkt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf diejenigen Personen gelegt, die in der konkreten Situation die maßgebliche Entscheidung über das Wohl und Wehe des Rechtsgutsobjekts treffen.[67] Das gilt auch für die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, die als Herrschaft über den Grund des Erfolges in den beiden Formen der Herrschaft über eine Gefahrenquelle oder über die Hilflosigkeit des Rechtsgutsobjekts die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen Personen sicherstellt, deren Position mit der Herrschaftsgewalt eines Begehungstäters vergleichbar ist.[68]

3. Wegen dieser Aufgabe der von Wissenschaftlern betriebenen Dogmatik zur intellektuellen Kontrolle der von Richtern gefällten Entscheidungen habe ich die Rechtswissenschaft[69] als eine Art Vierte Gewalt apostrophiert.[70] Zwar werden in der politischen und sogar staatsrechtlichen Diskussion gewöhnlich die Massenmedien als vierte Gewalt bezeichnet,[71] was in einem soziologischen Sinne zweifellos zutrifft. Dass die von diesen ausgeübte Herrschaft, die in der nach Infotainment hungernden Freizeitgesellschaft gigantisch gewachsen ist, seit dem Verlust interner „checks and balances" infolge der (beim ersten Auftreten vor 50 Jahren eine heftige Gegenbewegung in der Gesellschaft auslösenden, heute alltäglich erscheinenden) Großen Koalition mit ihrer weitgehenden Gleichschaltung der sog. Leitmedien als Folge außer Kontrolle geraten ist (worin eine gewichtige Ursache der in den Medien verwundert berichteten „Politikverdrossenheit" der Bevölkerung und der Demokratiekrise liegt), zeigt sich im Recht beispielsweise in der immer ungenierteren Einmischung in laufende Gerichtsverfahren, etwa durch Pseudo-Dokumentarfilme über den NSU-Komplex bei laufender Hauptverhandlung, noch dazu im öffentlich-rechtlichen Fernsehen, oder durch den erbärmlich voyeuristischen Medienhype um Kachelmann und Lohfink. Im Gegensatz dazu steht die intellektuelle Kontrolle aller drei Staatsgewalten durch die dogmatische Rechtswissenschaft, die keinerlei Macht besitzt (also nicht herrscht) und gerade deshalb die sonst unlösbare Frage beantworten kann „quis custodiet ipsos custodientes?". Allein dadurch wird also ein legitimer Abbruch des in einem gewaltenteilenden Rechtsstaat sonst unendlichen Kontrollregresses möglich. Auch wer hierin eine unstatthafte Apotheose der Rechtsdogmatik erblickt,[72] wird nicht leugnen können, dass eine Rechtsprechung, die sich der rechtswissenschaftlichen Kritik nicht stellt, nicht mehr als eine Kadijustiz ist, die es in einem Rechtsstaat nicht geben darf: Allein durch diese Kontrolle kann deshalb die demokratisch nicht ausreichend legitimierte Gewalt der Rechtsprechung gerechtfertigt und erträglich gemacht werden. Und daraus folgt zwingend die Notwendigkeit einer Öffnung der Rechtsprechung zum dogmatischen Diskurs mit der Rechtswissenschaft.

VIII. Schaf im modischen Wolfspelz: die Rückschrittspropaganda

Eine ernstzunehmende Kritik an diesem Konzept der dogmatischen Strafrechtswissenschaft muss selbstverständlich an dessen inhaltlichen Positionen ansetzen. Das wird immerhin mit der Behauptung ihres Widerspruchs zum Demokratieprinzip wenigstens versucht – auch wenn diese Kritik in der Sache irrig ist, wie oben gezeigt wurde. Davon abgesehen, kann ich in *Ambos*' Wiederholung älterer Vorwürfe nur Missverständnisse, Zerrbilder und Allerweltsweisheiten entdecken, auf die ich mich gleichwohl nachfolgend aus zwei Gründen etwas näher einlassen möchte: einmal, weil *Ambos* selbst „auf Gegenrede hofft" (177[73]) und ich ihm dadurch meine Reverenz erweisen möchte; und zum anderen, weil

[65] Dazu statt aller: *Roxin* (Fn. 44 – AT), § 11 Rn. 44 ff.; *Schünemann*, GA 1999, 207 ff.

[66] Dazu statt aller: *Roxin* (Fn. 44 – AT), § 21 Rn. 1 ff.; zum typologischen Vorsatzbegriff *Schünemann* (Fn. 60 – FS Hirsch), S. 363; zum Zusammenhang von Wertung und System beim Erlaubnistatbestandsirrtum zuletzt *Schünemann/Greco*, GA 2006, 27.

[67] Nach wie vor grundlegend: *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2015; zur Erweiterung des Herrschaftsprinzips als allgemeine Täterschaftsstruktur *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 16, 39 ff.

[68] Dazu zuletzt *Schünemann*, GA 2016, 301.

[69] Wobei diese natürlich von jedem betrieben wird, der Rechtsfolgen nicht kraft eigener Machtvollkommenheit anordnet (wie die Exekutive und Judikative), sondern anhand vernünftiger Argumentation für unser Rechtssystem postuliert.

[70] *Schünemann*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Fn. 17), S. 1 (8); *Schünemann*, 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.

[71] Vgl. nur von Graevenitz (Hrsg.), Vierte Gewalt?, 1999.

[72] Die umgekehrte Antikritik *Pawliks*, auch die Rechtswissenschaft übe durch ihren Einfluss auf die Gerichte Herrschaft aus, was ich angeblich verkannt hätte (*Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 44 Fn. 143), verkennt in Wahrheit selbst das beim Vergleich mit den Staats-„Gewalten" allein sinnvolle Verständnis von „Herrschaft = Befehlsgewalt = gewaltsam durchsetzbar" und erliegt deshalb einer quaternio terminorum.

[73] In Klammern gesetzte Zahlen bezeichnen nachfolgend die Seitenzahlen der Publikation in *Ambos*, GA 2016, 177.

seine Thesen durch ihre vierfache Publikation,[74] durch den hohen Bekanntheitsgrad ihres *Autors* in Lateinamerika und vor allem deshalb eine weite Verbreitung erwarten lassen, weil sie die aktuelle Speerspitze eines sich in den letzten Jahren fast zu einer „Schule" entwickelnden Revisionismus bilden.

1. a) *Ambos* meint, von ihm als Bekräftigung und Weiterentwicklung der Gedanken *Joachim Vogels* verstanden, „dass sich die deutsche Strafrechtswissenschaft an einem Scheideweg befindet: Entweder sie öffnet sich tatsächlich der Internationalisierung und Europäisierung oder sie verharrt weiterhin in selbstbewusster Provinzialität" (177 unter Hinweis auf *Fletcher* und auf *Doninis* Rüge eines „nationalistischen Provinzialismus"). Den *pragmatischen* Grund für die notwendige „Öffnung" sieht er „in einem internationalen Bedeutungsverlust der deutschen Strafrechtswissenschaft auf praktisch allen Ebenen", freilich abgesehen „von zahlreichen Staaten des sog. Civil Law Rechtskreises"; den *theoretischen* in der Fehlerhaftigkeit ihres „demokratiefernen, abgehobentheoretischen, mitunter sogar autoritären Diskurses" (177, 178).

b) So wie in diesen Thesen der Inhalt der ganzen Abhandlung konzentriert ist, so auch ihre unklare Semantik, ihre verzerrte Wirklichkeitswahrnehmung und ihre Ausklammerung der wissenschaftstheoretischen und -soziologischen Zusammenhänge.

aa) Die Anerkennung des in der deutschsprachigen strafrechtsdogmatischen Literatur von allen Teilnehmern verlangten Rationalitätsniveaus (der von mir sog. mos analytico-philosophicus civitatis iuris – „mapci")[75] als maßstabbildend beschränkte sich immer schon auf den „sog. Civil Law Rechtskreis" außerhalb der frankophonen Staaten, weil das englische Common Law und demzufolge alle ehemaligen Kolonien Großbritanniens (einschließlich den erst 1783 ausgescherten USA) ebenso wenig an einem konstruktiven Dialog und Austausch mit dem Rest der Welt interessiert waren wie die um das Jahr 1800 weltweit führende, aber die „rechtsphilosophische Wende" der Strafrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert nicht mehr nachvollziehende französische Strafrechtsdogmatik einschließlich der von ihr geprägten ehemaligen französischen Kolonien. Die Grenzlinien des Strafrechts wie auch der zugehörigen Dogmatik sind also damals wie heute im Ausgangspunkt identisch mit den machtpolitischen Grenzen, so dass die außerhalb des anglo-amerikanischen und des frankophonen Machtbereichs verbreitete und allein mit der Kraft des besseren Arguments erreichte Anerkennung des mapci einen starken Beweis für dessen „machtungeschützte Richtigkeit" ergibt. Und das auch weiterhin, denn der von *Ambos* behauptete „Bedeutungsverlust" erfasst ja mitnichten die deutsche Strafrechtswissenschaft und den von ihr verbreiteten mapci, sondern die Stellung und den Einfluss der deutschen Regierung bei der Ausarbeitung strafrechtlicher Konventionen, bei deren laut *Ambos* teils unbefriedigender Umsetzung und bei der Besetzung und Arbeitsweise der dabei geschaffenen Institutionen.[76] Für diese notorische Schwäche gibt es genügend andere Beispiele außerhalb des Strafrechts, man denke nur daran, dass die Bundesrepublik Deutschland mit einer Beteiligungsquote von über 25 % am Euro im EZB-Rat nur halb so stark (!) vertreten ist wie Malta und Zypern mit zusammen kaum mehr als dem hundertsten Teil (0,27 %). Den Unwillen oder die Unfähigkeit der deutschen Regierung bei der internationalen Wahrnehmung nationaler Interessen als einen Beleg für die Fehlerhaftigkeit des (nicht nur) in Deutschland anerkannten Rationalitätsniveaus der Strafrechtswissenschaft auszugeben, ist deshalb abwegig.

bb) Schon der Jurastudent muss (häufig zu seinem Leidwesen) die Erfahrung machen, dass im deutschen Strafrecht praktisch alles intensiv und kontrovers diskutiert wird, von den obersten Prinzipien bis zu einer einzelnen Gerichtsentscheidung u.U. sogar von Instanzgerichten. Die Abhandlungen zu einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Besonderen Teils sind oft kaum noch zu zählen bis hin zur permanenten Behandlung kleinteiliger Auslegungsfragen wie etwa des Begriffs der Waffe oder des gefährlichen Werkzeugs;[77] und wo Grundsatzfragen wie die richtigen Begriffe von Schuld oder Fahrlässigkeit oder der Aufbau des Strafrechtssystems erörtert werden, wird das vom „goldenen Überfluss der Welt" genommen und schmälert den Strom praxisnaher Literatur nicht im mindesten.[78] Als weiteres Beispiel nenne ich die

[74] Wobei es sich für die noch ausstehenden Publikationen empfehlen dürfte, die offensichtlichen Zitatfehler in den Fn. 33, 34, 85, 118, 129, 130 und 133 zu korrigieren.

[75] Dessen Explikation sich in *Schünemann* (Fn. 4), besonders S. 236, und auch oben im Text unter II.-VII. findet und jedem Teilnehmer an dieser Diskussion implizit geläufig ist.

[76] Dazu in deskriptiver Hinsicht zutr. *Vogel*, JZ 2012, 26, zur Bewertung *Schünemann* (Fn. 4), S. 237. *Ambos* kritisiert die seines Erachtens unzulängliche Umsetzung der Folterkonvention (S. 179, 181), rühmt im Übrigen das instrumentelle Strafrechtsverständnis der internationalen Gebilde (180 u.ö.) und verbucht namentlich die unter seiner wissenschaftlichen Beratung erzielten Erfolge im Völkerstrafrecht (183, 184).

[77] Die Zahl der Veröffentlichungen zu diesem Tatbestandsmerkmal der § 244 und 250 StGB geht in die Dutzende, vgl. nur *Becker*, Waffe und Werkzeug als Tatmittel im Strafrecht, 2003; *Fischer*, NStZ 2003, 569; *Geppert*, Jura 1999, 599; *Giesen*, Die Tatmittel in der Diebstahls- und Raubqualifikation gemäß §§ 244, 250 StGB, 2002; *Küper*, JZ 1999, 187; *Leißner*, Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs im StGB, 2002; *Lesch*, JA 1999, 30; *Schmid*, Das gefährliche Werkzeug, 2003; *Schroth*, NJW 1998, 2861 (2863 ff.); *Streng*, GA 2001, 359.

[78] Um dafür ein nicht bloß aperçuhaftes, sondern quantitativ aussagekräftiges Beispiel anzuführen: Das Verzeichnis der Literatur zwischen 1950 und 1995, die ich in der 11. Aufl. meiner Kommentierung des § 266 StGB im Leipziger Kommentar nachwies, umfasste zwei Seiten, das sodann in der 12. Aufl. für die in 15 Jahren hinzugekommene Literatur hinzugefügte Verzeichnis dagegen über acht Seiten, wobei die Beiträge durchweg ganz konkrete Fälle aus der Rechtsprechung auf- und damit ins volle Leben hineingreifen, und seitdem sind abermals viele Dutzende Dissertationen und Aufsätze hinzugekommen.

strafrechtliche Produkthaftung, die natürlich in allen Industriestaaten dieselben Sachprobleme aufwirft, aber nur in den den mapci verwendenden Strafrechtskulturen unablässig weiter diskutiert wird.[79] Weil sich daran mittlerweile auch Jurastudenten mit eigenen Publikationen beteiligen und überdies eine Art permanenter Schlagabtausch zwischen kritischen Rezensionen aller irgendwie bedeutenden Gerichtsentscheidungen einerseits und der Berücksichtigung der dogmatischen Literatur in diesen Entscheidungen andererseits zum mapci-Standard gehört,[80] ist die Meinung von *Ambos*, hier

[79] Die deutsche Diskussion wird unablässig fortgebildet, siehe nur *Bloy*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 35; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 110 ff.; *Hilgendorf*, GA 1995, 522; *ders.*, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004, 2004, S. 33; *Holtermann*, Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung, 2007; *Kuhlen*, in Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2011, S. 79 ff.; *Schmucker*, Die „Dogmatik" der strafrechtlichen Produktverantwortung, 2001. Gerade weil niemandes Meinung dabei sakrosankt ist, habe ich immer wieder um meinen Standpunkt mit Argumenten kämpfen müssen, siehe *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *ders*., in: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, S. 68 f.; *ders*. (Fn. 18), S. 621; *ders*., in: Tiedemann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, 2002, S. 121 f. In Frankreich gibt es einen allgemeinen Personengefährdungstatbestand, Art. 223-1 Code Pénal, dazu näher *Pradel/Danti-Juan*, Droit pénal spécial, 4. Aufl. 2007, Rn. 129 ff.; zur Haftung aus dem Verletzungsdelikt Rn. 78; es gibt ferner ein umfassendes Verbraucherschutzstrafrecht, das auch abstrakte Gefährdungsdelikte durch fehlerhafte Produkte miterfasst, dazu *Stasiak*, Droit pénal des affaires, 2. Aufl. 2009, S. 509 ff.; *Jeandidier*, Droit pénal des affaires, 6. Aufl. 2005, S. 595 ff. Aber eine Spezialliteratur hierzu, die mit der deutschen qualitativ oder quantitativ auch nur annähernd verglichen werden könnte, ist weder existent noch auch nur in Sicht, deshalb offenbar die französische (wie übrigens auch englische) Übung, in Gesamtdarstellungen im Unterschied zur deutschen Übung so gut wie keine Aufsätze oder Monographien zu zitieren. Noch krasser ist die Situation im Bereich des common law. In den USA wird die Produkthaftung ausschließlich als ein zivilrechtliches Problem angesehen, weshalb der Vorstoß des Senators Arlen Specter, einen bundesrechtlichen Spezial-Straftatbestand zu schaffen, auf heftige und bis heute erfolgreiche Kritik stieß (siehe *Vandall*, Catholic University Law Review 57 (2008), S. 341; *Schwartz/Silverman*, Criminalizing Product Liability Law: Putting to Rest a Bad Idea, U. S. Chamber Institute for Legal Reform, 2006). In England gibt es mit demselben praktischen Effekt den eigenständigen Tatbestand einer fahrlässigen Tötung durch Unternehmen („corporate manslaughter", in Schottland „corporate homicide") auf Grund des Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 (dazu näher *Ashworth/Horder*, Principles of Criminal Law, 8. Aufl. 2016, S. 172 f. 303 f.), neben dem zwar eine strafrechtliche Verfolgung der individuell Verantwortlichen wegen manslaughter und gross negligence nach dem Health and Safety at Work etc Act 1974 nicht ausgeschlossen ist, aber in der Dogmatik doch nur eine geringe Rolle spielt, weshalb das Standardwerk von *Whittaker*, The Development of Product Liability, 2012, unter „criminal liability" zwar Regelungen in Frankreich, Italien und Spanien erwähnt (S. 93 f., 223 f. und 253 f.), nicht aber im Vereinigten Königreich. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, es fehle eben hier an vergleichbaren Skandalen wie Contergan und Lederspray in Deutschland und Colza Öl in Spanien, denn in England findet sich der leading case Donoghue v. Stevenson bereits im Jahre 1932 (dazu *Whittaker*, aaO., S. 19 f. [32 f. 52 ff.], und in den USA gab es schon in den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts den Ford Pinto Skandal. Außerdem lässt sich der Quantensprung in der Quantität, Intensität und Subtilität der Problembearbeitung zwischen dem mapci einerseits, der französischen und angloamerikanischen Strafrechtsdogmatik andererseits an jedem beliebigen Beispiel demonstrieren, seien es die schon erwähnten unechten Unterlassungsdelikte, die sachlogischen Grundlagen der Täterschaft (deren Analyse nicht einmal durch das epochale Werk *Roxins* über „Täterschaft und Tatherrschaft" [1963] zur Ruhe gekommen ist, siehe nur zur erneut aufflammenden Diskussion *Schünemann*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter [Fn. 44], S. 799; *Rotsch*, in Gropp/Hecker/Kreuzer/Ringelmann/Witteck/Wolfslast [Hrsg.], Strafrecht als ultima ratio, Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 309) oder die objektive Zurechnung, deren kontroverse Behandlung in Deutschland mittlerweile Regale füllt, während (als Beispiel) in England die in der Entscheidung R. v. Blaue ([1975] 61 Cr App R 271) formulierte „thin skull rule", derzufolge der Täter auch für unvorhersehbare Anfälligkeiten des Opfers und damit also unsinniger Weise für Zufall haftet, immer noch das Maß aller Dinge ist (siehe *Glanville Williams*, Law Quarterly Review 77 [1961], 179 [195]; *Moore*, Causation and responsibility, 2009, S. 221 ff.; *Loveless*, Complete Criminal Law: Text, Cases, and Materials, 2012, S. 94 ff.).

[80] Genau das hat schon *v. Liszt* im Vorwort seines Lehrbuchs des deutschen Strafrechts am Reichsgericht gerühmt („Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts systematisch dargestellt"), und der nach wie vor international beispiellos aufwändige Begründungsstil der BGH-Entscheidungen wird dieser Anforderung im Grundsatz gerecht. Freilich nur im Grundsatz, denn zum einen ist namentlich bei den Strafsenaten des BGH eine Tendenz feststellbar, „immer nur ad hoc die vom Ergebnis her passenden Begründungstorsi zu übernehmen, nicht aber das sie erst gebärende systematische Gesamtkonzept, so daß sie beim nächsten Problem, gleich einem an keine logische Konsequenz gebundenen Schmetterling, auf das nächste dogmatische Gewächs hinüberflattern

finde ein „demokratieferner, abgehoben-theoretischer, mitunter sogar autoritärer Diskurs“ statt, nur für jemanden nachvollziehbar, der noch niemals eine deutsche strafrechtliche Fachzeitschrift gelesen hat. Von „Demokratieferne“ zu sprechen, ist überdies ohne Begriffsverwirrung nur beim systemkritischen Rechtsgüterschutzprinzip möglich (und auch dort, wie oben dargelegt, verfehlt), erliegt dagegen – als von *Ambos* gegenüber dem mapci insgesamt erhobener Vorwurf – entweder bereits auf der semantischen Ebene einer quaternio terminorum des Demokratiebegriffs oder verweigert sich diesem geradezu. Demokratie bedeutet nach der formalen Theorie der Repräsentativität, dass die Ausübung von Staatsgewalt, also politische Entscheidungen des Gesetzgebers und dadurch mittelbar die Gesetzesanwendung durch die (über die Regierung parlamentarisch verantwortliche) Exekutive und durch die Justiz letztlich auf einen Wahlakt des Demos, der Aktivbevölkerung, zurückgeführt werden können; genuin rechtswissenschaftliche Aussagen werden davon so wenig betroffen wie alle anderen wissenschaftlichen Aussagen oder Meinungsäußerungen, hinter denen keine Staatsgewalt steht. Umgekehrt besagt die materielle Legitimationstheorie der deliberativen Demokratie, dass Entscheidungen auf der Basis eines möglichst umfassenden Diskurses argumentativer Abwägung getroffen werden sollen,[81] was durch die von mir beschriebene intellektuelle Kontrolle der rechtsprechenden Gewalt durch den mapci in idealer Weise realisiert wird.[82] Dagegen plötzlich als vorgebliche Neuerung die „Bereitschaft zu einem ergebnisoffenen Diskurs […]“ zu fordern, „bei dem es auf die Bedeutung der Sachargumente statt auf überkommene dogmatische Kategorien ankommt“ (189), verwechselt offensichtlich den bei uns seit langem stattfindenden strafrechtlichen Diskurs mit der Situation in der katholischen Kirche.

cc) Eine vergleichbare Kategorienverwechselung auf der methodologischen Ebene unterläuft *Ambos* bei seiner Auffassung, dass sich bei der konkreten Falllösung „letztlich die induktive Fallmethode“ durchsetze (189). Weil die Fälle sich ja nicht von selbst entscheiden, muss man selbstverständlich einen Obersatz finden, wobei es abermals selbstverständlich ist, dass dieser Obersatz bei neuen Fällen daraufhin überprüft werden muss, ob er womöglich zu allgemein formuliert wurde oder im Hinblick auf weitere Eigenheiten der unterschiedlichen Fälle weiterer Ausdifferenzierung bedarf. In diesem Punkt besteht zwischen der sich immer weiter konkretisierenden und ausdifferenzierenden teleologischen Auslegung des Gesetzes und dem mit ratio decidendi und distinguishing arbeitenden case law gar kein Unterschied. Selbstverständlich müssen aber alle einzelnen Fallregeln nach dem Gesetz des Widerspruchs in ein Gesamtsystem zusammengefasst werden, weil sonst der Gleichheitsgrundsatz verletzt wird. Und man muss die Fälle natürlich nicht plakativ nach ihrem äußeren Erscheinungsbild ordnen, sondern nach eben dieser aus ihren charakteristischen Zügen entwickelten Ratio Decidendi. So etwa in der erwähnten „Thin Skull Rule“, bei der der dünne Schädel nicht als solcher eine Rolle spielt, sondern nur als Beispiel dient, aus dem nach den Regeln der objektiven Zurechnung eine sinnvoll rechtsgüterschützende Norm entwickelt werden muss. Ein besonders instruktives Beispiel, wie man durch „induktive Falllösung“ ohne systematische Richtigkeitskontrolle zu grotesk falschen Folgerungen gelangt, hätte *Ambos* in dem auf der Berliner Tagung von *Fletcher* unternommenen Versuch finden können, die fahrlässige Vergewaltigung wegen der Leiden des Opfers aus dem Vorsatztatbestand zu bestrafen.[83] Dann wäre ihm rasch klar geworden, dass gerade die sog. „induktive Methode“ die vom Gesetzgeber aufgestellte Regel hinter das Rechtsgefühl des Richters zurückstellt und damit ein Musterbeispiel jener „Demokratieferne“ bildet, die *Ambos* fälschlich der systematisch verfahrenden Strafrechtsdogmatik vorzuwerfen versucht.

dd) In ähnlicher Weise ist auch die von *Ambos* geforderte „empirische Überprüfbarkeit“ (190) eine nicht zu Ende gedachte Floskel: Normen sind in logisch-formaler Hinsicht nicht empirisch überprüfbar, weil es sich um Sollenssätze und nicht um Seinsbehauptungen handelt, so dass der Versuch, sie empirisch zu bestätigen oder zu widerlegen, einen naturalistischen Fehlschluss bedeutet. Doch können in einem Begründungsnetz, wie es für die im mapci für erforderlich gehaltene Strafrechtsdogmatik typisch ist, auch konsequentialistische Aussagen enthalten sein, und in diesem Umfang ist es selbstverständlich geboten und geschieht auch, die Existenz bzw. Erreichbarkeit einer als für die Entscheidung wichtig angesehenen kausalen Prämisse oder Folge zu überprüfen.

2. Wenn man die vorstehend skizzierten Rationalitätsbedingungen des juristischen Diskurses ignoriert, kann man für die eigene Kritik eo ipso nur noch das Niveau von baby talk reklamieren.[84] *Ambos*’ Forderung nach „[größerer] Verständlichkeit“ und „möglichst einfachen Strukturen und Kategorien“ (190) weist bedenklich in diese Richtung und beruft sich übrigens zu Unrecht auf *Jareborg*, der ausdrücklich gefordert hat, dass die Kategorien „konzeptuell reich genug sein müssen, um einem Richter alle diejenigen Unterscheidungen zu ermöglichen, die bei der Rechtsanwendung eine Rolle spielen müssen“ (Übersetzung aus *Ambos*’ Fn. 105).

und sich damit dem ordnenden Zugriff der Rechtswissenschaft immer wieder entziehen“ können (*Schünemann*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi [Fn. 17], S. 6). Und zum anderen trifft man, wohl wegen der ungenügenden Ausstattung der Senate mit wissenschaftlichen Mitarbeitern, immer wieder auch auf fehlerhafte Verarbeitungen des dogmatischen Diskussionsstandes (exemplarisch *Schünemann*, GA 2011, 445).

[81] Instruktiv zusammenfassend *Kasiske* (Fn. 42).

[82] Wenn man sich an dessen Stelle mit dem Austausch von „tweets“ auf der weder Ernsthaftigkeit noch eine rudimentäre Sachkunde verlangenden Internetplattform „Twitter“ begnügen wollte, so wäre das ein plattes Missverständnis der Idee der deliberativen Demokratie, auch wenn diese erzpopulistische Methode gegenwärtig ein bevorzugtes Instrument zur Meinungsbeeinflussung und Popularitätssteigerung ausgerechnet des Bundesjustizministers darstellt.

[83] Dazu genauer meine Kritik in *Schünemann*, GA 2001, 219.

[84] Dazu auf der Berliner Tagung treffend *Lüderssen*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn. 3), S. 360.

Kategorien zu erfinden, die hierfür nicht nötig sind, ist selbstverständlich ein Unding[85] (das ist unter der Bezeichnung als „Ockhams Rasiermesser" Allgemeingut der Philosophie), aber das gilt umgekehrt auch für das in ungenügend entwickelten Rechtskulturen typische Fehlen der erforderlichen Differenzierungen (beispielhaft die strafrechtliche Erfolgshaftung, die in Form der strict liability noch heute im angloamerikanischen Strafrecht vorkommt). Beides wird (nur) vom mapci erkennbar und kritisierbar gemacht, weshalb auch ohne weiteres einzuräumen ist, dass die Auseinandersetzungen um das richtige Strafrechtssystem wie jeder sich in hintereinander geschaltete Abstraktionsebenen vorwagende Diskurs immer wieder in die Gefahr gerät, begriffliche Metaebenen mit der Objektebene zu verwechseln und dadurch scholastische Gedankengebäude zu errichten, die Ockhams Rasiermesser nicht standhalten können. Als Beispiel nenne ich die Konzeption von *Jakobs*, die Rechtsgutsverletzung als Inbegriff der Straftat durch die von ihm dem meist wortlosen Handeln des Täters subintellegierte Erklärung zu ersetzen, die Gültigkeit der betreffenden Verbotsnorm zu leugnen, worauf der Staat gut hegelianisch mit der durch Strafe kommunizierten Leugnung der Leugnung reagiere.[86] Ob das richtig oder – wie ich meine – falsch ist, kann im vorliegenden Zusammenhang vollständig dahingestellt bleiben, denn für diesen kommt es allein darauf an, dass sich derartige wie alle anderen Positionen im mapci einer kritischen argumentativen Auseinandersetzung stellen können und müssen,[87] also gerade nicht autoritativ gesetzt werden können. Eine Gefahr für die soziale Relevanz der Strafrechtsdogmatik könnte aus solchen hochabstrakten Diskursen deshalb erst erwachsen, wenn die Bearbeitung der Interpretations- und Subsumtionsprobleme auf den konkreteren Ebenen (namentlich des Besonderen Teils) darunter leiden würde. Aber solange beispielsweise die Frage, ob eine in den Rücken des Gewahrsamsinhabers gedrückte Seife in Form einer Pistole ein anderes gefährliches Werkzeug ist und deshalb die Qualifikationsmerkmale eines schweren Raubes erfüllt, in Lehrbüchern und Kommentaren, Aufsätzen und Urteilsbesprechungen eine Resonanz wie Donnerhall auslöst, braucht niemandem darob bange zu sein.

3. Noch gravierender als die bisher betrachteten semantischen und methodologischen Defizite der „Rückschrittspropaganda" ist in meinen Augen allerdings die durch sie drohende Auslieferung des Strafrechts an die Willkür der jeweiligen Machthaber, die bei *Ambos* aus seinem Verständnis einer instrumentellen Beliebigkeit von „Kriminalpolitik" folgt.

a) Laut *Ambos* wird die Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen auf dem Gebiet des Besonderen Teils international nach vermeintlichen (sic!) kriminalpolitischen Bedürfnissen vorgenommen; es komme entscheidend darauf an, ob aus kriminalpolitischer Sicht die Qualifizierung bestimmter Kriminalitätsbereiche für erforderlich gehalten werde (179), entsprechend dem „international verbreiteten instrumentellen Strafrechtsverständnis" (180). Dagegen werde die Kriminalpolitik im Rahmen der (scil. deutschen) Strafrechtswissenschaft „eher stiefmütterlich, fast schon verschämt behandelt", offenbar weil „dem strafrechtsaristokratischen Diskurs die Überzeugung der Autonomie oder gar Überlegenheit der Strafrechtsdogmatik gegenüber der Kriminalpolitik immanent" sei (181). Weitgehend[88] mustergültig sind dagegen in

[85] Zwar glaubt *Ambos* entdeckt zu haben, dass die deutsche Dogmatik überall dort inhaltlich falsch liege, wo sich ihre Begriffe nicht ins Englische übersetzen lassen (190). Aber dahinter steckt ein fundamentales Missverständnis des Verhältnisses von Sprache und Sachgedanken. Beispielsweise hat die Entwicklung der modernen Naturwissenschaft eine Reihe von Phänomenen und Erkenntnissen zu Tage gefördert, für die es in der bis dahin entwickelten Sprache keine Ausdrücke gab. Diese Ausdrücke mussten dann selbstverständlich gebildet werden, wenn sie zur Beschreibung und Erklärung von Naturphänomenen benötigt wurden, was übrigens bis heute in vollem Weitergang begriffen ist, in der Regel werden Akronyme gebaut. Die Logik von *Ambos* würde darauf hinauslaufen, die gesamte Entwicklung der modernen Naturwissenschaften zu verwerfen und bei *Aristoteles* stehenzubleiben, weil das Fehlen entsprechender Bezeichnungen die sachliche Richtigkeit widerlegen würde.

[86] Alle früheren Ansätze zusammenfassend in *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 13 ff.: Nach seiner „kommunikativen" Straftheorie „[dient] der Schmerz der Strafe der *kognitiven* Sicherung der Normgeltung" – darin sieht *Jakobs* ihren Zweck –, während „der Widerspruch gegen die Geltungsverneinung durch den Verbrecher ihre Bedeutung ist". Es geht *Jakobs* also nicht (mehr) um einen auf Realfolgen bezogenen Konsequentialismus, sondern um einen sich per definitionem selbst erfüllenden Zweck (die „kognitive Sicherung der Normgeltung" träte durch die Strafe eo ipso ein, ist also Zweck und Effekt zugleich), der mit der zugeschriebenen, ja nicht zufällig an *Hegel* erinnernden Bedeutung des „Widerspruchs gegen die Geltungsverneinung" bereits identisch ist. Dementsprechend soll auch die Straftat eine „Rede" sein, auf die die Bestrafung die „Antwort" gebe (S. 14); beispielhaft behaupte der Täter eines Totschlages, „er habe das Lebensrecht des Opfers nicht zu achten" (S. 13). Durch Abstraktion und Transponierung auf die Ebene der Metasprache wird also ein aus Gewalt (der Tat und der Strafe), Blut (des Ermordeten) und Tränen (des zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Mörders) bestehendes reales Geschehen in eine doppelte Kommunikation verwandelt, und zwar mit dem Anspruch, aus einem in Form der symbolischen Deutung erfolgenden sprachlichen Zuschreibungsakt Rechtsfolgen ableiten zu können.

[87] Siehe *meine* Kritik in *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1.

[88] Auf S. 186 unten äußert *Ambos* rechtsstaatliche Bedenken und Zweifel, ohne diese aber in einen allgemeinen Zusammenhang einzuordnen oder deshalb sein negatives Urteil über die von ihm sonst durchgehend als Popanz aufgebaute deutsche Strafrechtswissenschaft zu hinterfragen. Zu diesem Popanz nur ein einziges weiteres Beispiel: Auf S. 182 oben wird der Popanz eines „ontologisierenden Generalverweises auf vorgebliche sachlogische Strukturen, die die deutsche Strafrechtsdogmatik zum Maß aller Dinge machen", aufgebaut und in Fn. 39 zur Kritik einer ontologisierenden Be-

seinen Augen die Ausübung der EU-Kompetenz zur Bekämpfung „besonders schwerer Kriminalität“ mit ihrer „vor allem polizeilich prozessualen“ Wirkung und der „engen Zusammenarbeit auf europäischer Ebene (Europol, Eurojust, zukünftige europäische Staatsanwaltschaft)“, das vom Sicherheitsrat und der EU ausgehende Anti-Terrorismus-Strafrecht und überhaupt das auf den Schutz der Menschenrechte gegründete Völkerstrafrecht (186) – dies vor dem Hintergrund seiner breiten Zurückweisung des „Cultural Defence-Arguments“, wonach es beim Strafrecht wesentlich um kulturelle, historisch gewachsene, auch sprachlich geprägte Vorverständnisse gehen solle (184-187).

b) Wenn man einmal davon absieht, dass hiermit Theorie und (Völkervertrags-, Gesetzgebungs- sowie Justiz-)Praxis schlicht ineinander gemengt werden, hat *Ambos* mit seiner Kritik der angeblichen Kulturgebundenheit des (scil. modernen) Strafrechts das Richtige getroffen, steht dabei aber in Wahrheit auf den Schultern des von ihm nirgendwo erwähnten *Beccaria* und der auf diesen zurückgehenden Begrenzung des Strafrechts auf die Verhütung von Sozialschäden = den Schutz von Rechtsgütern; die These vom kriminalpolitischen Defizit in der deutschen Strafrechtswissenschaft zeugt nicht nur von einer geringen Beachtung der deutschen Literatur, die ja von Reformdiskussionen nur so wimmelt, sondern auch von völligem Unverständnis für die Verklammerung von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik durch die Rechtsgüterschutzdoktrin; und die Lobpreisung der internationalen Aktivitäten verschließt die Augen vor der hier obwaltenden Dominanz rein polizeilicher, vielfach sogar polizeistaatlicher Interessen.

aa) Die Kulturgebundenheit des Strafrechts ist bei historischer Betrachtung ein Faktum (= Sein), dem aber mit dessen Beschränkung auf den Rechtsgüterschutz die Legitimation (= Sollen) weitgehend verloren gegangen ist. Zwar hat das BVerfG in seiner Lissabon-Entscheidung, wie *Ambos* zutreffend registriert (184), die im deutschen Schrifttum von unterschiedlichen Autoren vertretene[89] These von der Abhängigkeit des Strafrechts von kulturellen Vorverständnissen aufgegriffen,[90] aber diese These ist weder in dieser Allgemeinheit überzeugend[91] noch zur Begründung der strengen demokratischen Legitimationsanforderungen des Strafrechts überhaupt notwendig.[92] Wenn *Ambos* stattdessen den Schutz der Menschenrechte als Basis des Strafrechts nennt (185 f.), so ist das in gewisser Weise nur eine verkleinerte Version der Rechtsgüterschutzdoktrin und deshalb ab ovo ungeeignet, eine auf letzterer basierte Strafrechtskonzeption als provinziell zu denunzieren.

bb) Es hieße Eulen nach Athen tragen, wenn ich die (Un-)Zahl der deutschen Alternativ-Entwürfe, Gesetzgebungsvorschläge, Stellungnahmen zu Gesetzesentwürfen und Gesetzesschelten auch nur an einzelnen Beispielen vorführen wollte. Wie *Ambos* diesen Sachverhalt auf den Kopf stellen kann, ist mir nicht nachvollziehbar.

cc) Gänzlich unabhängig davon folgt aus dem Rechtsgüterschutzprinzip als Basiszweck eines freiheitlichen rechtsstaatlichen Strafrechts, dass legitime kriminalpolitische Überlegungen eo ipso Teil der Strafrechtswissenschaft sind. Diese enge Verbindung von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik beruht entgegen *Ambos* (181) auch nicht erst auf den von *Roxin* „1973 gesetzten Maßstäben“, sondern findet sich schon in der 1. Auflage des Strafrechtslehrbuches von *von Liszt*.[93]

dd) Dass *Ambos* an der Europäisierung der Strafrechtspflege die polizeiliche Dimension und die Zusammenarbeit europäischer Verfolgungsbehörden rühmt, bedeutet aus der Perspektive eines kundigen deutschen Lesers wahrlich ein privilegium odiosum, was aber für seine lateinamerikanischen Leser schwer erkennbar ist; weshalb er diese, auch wenn er die (beileibe nicht nur) von mir über mehr als ein Jahrzehnt unverdrossen vorgetragene Kritik an der in der Strafrechtseuropäisierung steckenden „Demontage des demokratischen Rechtsstaats“[94] für überzogen halten mag, wenigstens hätte darauf hinweisen sollen, dass es in der von ihm so geschmähten Provinzialität der deutschen Strafrechtswissenschaft noch Autoren gibt, die sich mit dem polizeilich-instrumentellen Strafrechtsverständnis der EU nicht abfinden und noch an der traditionellen Aufgabe der Strafrechtsdogmatik als Wächter über die bürgerliche Freiheit festhalten wollen. Aber wenn das (nota bene nicht der deutschen Straf-

trachtungsweise *Roxin* zitiert, der ja auch ein deutscher Strafrechtswissenschaftler ist. Einen solchen angeblichen Generalverweis gab es nicht einmal bei *Welzel*, während die moderne deutsche Strafrechtsdogmatik durchgehend teleologisch strukturiert ist. Hingegen trifft auf das Common Law das exakte Gegenteil zu, dessen Grundbegriffe „actus reus und mens rea“ aus dem Jahre 1606 stammen (aufgestellt von *Edward Coke*, so dass dessen Qualifikation als „vormodern“ entgegen *Ambos* bei Fn. 40 auf S. 182 eine Feststellung und keine Abkanzelung ist). Genau diese äußerliche Unterscheidung ist nämlich in einem äußerst trivialen Sinn „ontologisierend“, während die deutsche Strafrechtsdogmatik durch die Unterscheidung von Unrecht und Schuld umfassend auf zwei unterschiedliche Wertungen gegründet und damit im Kern normativ ist.

[89] Nachw. bei *Ambos*, GA 2016, 184 f.; *Schünemann*, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, 2014, S. 88 Fn. 24.

[90] BVerfGE 123, 267 (359).

[91] Eingehende Analyse bei *Hörnle* (Fn. 54), passim; siehe auch bereits *Schünemann* (Fn. 89), S. 88 f. = *ders.*, GA 2004, 193 (197 f.); *ders.*, ZStW 116 (2004), 376 (382); *ders.*, ZIS 2007, 535; *ders.*, KritV 2008, 6 (15 f.); *ders.*, GA 2001, 205 (236).

[92] *Schünemann* (Fn. 89), S. 60 f. (110 f. 130 f. 214 f.) und passim.

[93] *Schünemann*, GA 2016, 506 (509 f.).

[94] *Schünemann* (Fn. 89) mit Wiederabdruck zahlreicher Beiträge aus den Jahren 2002-2011; fortgesetzt in *ders.*, StV 2016, 178 ff.; siehe auch die im Rahmen europäischer kriminalpolitischer Arbeitsgruppen erstellten und entgegen *Ambos* alles andere als „verschämten“ Alternativentwürfe in Schünemann (Hrsg.), Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung, 2004; ders. (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006.

rechtswissenschaft, sondern allenfalls der Gesetzgebung anzulastende) Fehlen eines Spezialtatbestandes der Folter im deutschen Recht gerügt (179), zur gewohnheitsmäßigen Anwendung der Folter im weltweiten „war on terrorism" durch die USA dagegen geschwiegen wird; die „zunehmende Erweiterung und Vertiefung von Zwangsmaßnahmen entsprechend dem international verbreiteten instrumentellen Strafrechtsverständnis" hervorgehoben (180), aber von notwendigen Kompensationen auf der Seite der Verteidigung kein Wort gesagt wird; oder schließlich wenn die „weltweite Durchsetzung des adversatorischen Verfahrens" konstatiert (180), aber weder dessen längst eingetretene Agonie und Metamorphose in ein polizeiliches Verfahren mit anschließend praktisch abgenötigtem plea agreement[95] noch dessen völlige Paralyse in den ausgepowerten Gesellschaften der dritten Welt[96] noch schließlich der schon vor 140 Jahren erfolgte Einbau seiner Errungenschaften in den deutschen reformierten Strafprozess[97] erwähnt wird, entzieht sich eine solche, Objektivität nicht einmal intendierende Darstellung jeder Kritik.

3. a) Dasselbe gilt für die Behauptung einer vergleichsweise unzulänglichen Rechtsvergleichung seitens der deutschen Strafrechtswissenschaft (191-193), die so schmerzhaft falsch ist, dass ich nicht umhin kann, einige schon an anderer, aber entlegener Stelle[98] antizipierten Richtigstellungen ergänzend zu wiederholen: Allein die rechtsvergleichenden Dissertationen im deutschen Sprachraum sind Legion, und auch in dogmatischen Monographien gehört ein rechtsvergleichendes Kapitel heute zum Standard; *Vogels* Lehrer *Klaus Tiedemann* ist schon vor über 20 Jahren das Madrid-Symposium 1992 mit seinen „Bausteinen des europäischen Wirtschaftsstrafrechts"[99] gewidmet worden, dieser selbst hat 2002 den Sammelband „Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union" herausgegeben, und in seiner Festschrift 2008 finden sich unter insgesamt 98 Autoren nur 42 deutsche. Eine kritische Diskussion der durch die Europäisierung des Strafrechts entstandenen rechtsstaatlichen Probleme[100] findet sich nahezu ausschließlich in Deutschland, während der Erfolg belgisch-niederländischer Universitäten bei der Einwerbung von EU-Forschungsmitteln eng damit zusammen hängt, dass sich diese auf praktische Anwendungs- und Evaluierungsfragen konzentriert und damit freilich das Wohlwollen der Kommission erworben haben.[101] Oder was die Beschäftigung der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion mit der den Kern der europäischen Strafprozessprobleme bildenden Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anbetrifft, so sei auf die modellhafte Ausprägung in den Kommentierungen von *Paeffgen* im Systematischen Kommentar zur Strafprozessordnung und von *Esser* im Löwe-Rosenberg sowie in den beiden großen Monografien von *Esser* und *Gaede* hingewiesen,[102] denen in der englisch- und französischsprachigen Literatur wenig Vergleichbares an die Seite zu stellen ist. Und in der aus der Perspektive des Tatbegriffs eine ganze Prozesstheorie entwickelnden Monographie von *Greco*[103] sind nicht nur die europäischen und amerikanischen Rechtsordnungen, sondern auch die wichtigen dogmatischen Beiträge dazu umfassend berücksichtigt und verarbeitet worden.

---

[95] Dazu *Schünemann*, in: Weßlau (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, 2008, S. 555.

[96] Dazu *Schünemann*, in: Reyna Alfaro (Hrsg.), Colección "Justicia y Proceso", La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, 2007, S. 193; *ders*., in: Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología, 25. Aufl. 2004, S. 175. Auf den von *Ambos* an anderer Stelle (188) lediglich angedeuteten enormen politischen Druck, mit dem die USA das adversatorische Modell beispielsweise in Mexiko und Kolumbien durchgesetzt haben, kann hier nicht weiter eingegangen werden, doch wird natürlich auch dadurch *Ambos*' Behauptung von der sozusagen intrinsischen Unterlegenheit des kontinentaleuropäischen reformierten Strafverfahrens widerlegt.

[97] Dazu *Schünemann*, ZStW 114 (2002), 1.

[98] *Schünemann*, GA 2001, 205 (228 f.).

[99] 1994 auf Deutsch herausgegeben von Schünemann/Suárez Gonzalez, parallel in Spanien 1995 als Boletin Oficial del Estado unter dem Titel „Hacia un Derecho Penal Económico Europeo"; nicht zu vergessen das Coimbra-Symposium für Claus Roxin 1991, von Schünemann/Figueiredo Dias 1995 herausgegeben unter dem Titel „Bausteine des europäischen Strafrechts" und parallel von Silva Sánchez in Spanien unter dem Titel „Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal".

[100] An dem ich mich selbst über ein Jahrzehnt beteiligt habe (jetzt kompiliert in: *Schünemann*, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, 2014), von Anfang bis Ende ebenso wie bei der zunächst mit elf Kollegen aus vier Ländern (Schünemann [Hrsg.], Alternativentwurf europäische Strafverfolgung, 2004, und dazu die außerordentliche Dresdner Strafrechtslehrertagung 2003, *Weigend*, ZStW 116 [2004], 275) und sodann im EU-finanzierten AGIS-Programm mit 15 Kollegen aus zehn Ländern betriebenen und in sechs Sprachen publizierten (Schünemann [Hrsg.], Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege = A Programme for European Criminal Justice, 2006, S. 255, slowakisch S. 527, und dazu die Tagung in Thessaloniki, S. 61; Hrsg. italiana a cira di Militello, „Un Progetto Alternativo di Giustizia Penale Europea", 2007; auf Polnisch herausgegeben von Szwarc und Guzik-Makaruk, 2005; spanische Übersetzung von Rey Sanfiz, 2007) Ausarbeitung eines rechtsstaatlich überzeugenderen Zukunftsentwurfs in dem *Camus*' Sisyphos entsprechenden Bewusstsein, dass in den gubernativ-bürokratischen Machtstrukturen der EU die Etablierung der Strafrechtswissenschaft als einer vierten Gewalt keine Realisierungschance besitzt.

[101] Siehe *Vogel*, JZ 2012, 30 li. Sp. Die andere Ursache liegt in der Deklassierung der deutschen Sprache, die zuvor die lingua franca der Strafrechtsdogmatik der meisten Mitgliedstaaten gebildet hatte, in der EU.

[102] *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2003; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007.

[103] *Greco* (Fn. 14), mit Literaturverzeichnis auf S. 1018-1141.

In der darin zu findenden, von allen Teilnehmern verlangten „Netzstruktur" der dogmatischen Arbeit[104] liegt zweifellos der Grund dafür, dass seit Jahrzehnten ein so überaus fruchtbarer strafrechtswissenschaftlicher Austausch mit den Strafrechtsdogmatikern von Portugal bis Griechenland, in Ost-Mittel-Europa, Skandinavien sowie Ostasien und Lateinamerika stattfindet, wobei die im mapci alltägliche Praxis, dogmatische Probleme von den obersten Prinzipien bis zu konkreten Fällen zu analysieren und in ein widerspruchsfreies System zu integrieren, für den Nachwuchs zahlreicher Länder einen mehrjährigen Forschungsaufenthalt in Deutschland attraktiv macht, der häufig bedeutende, die gemeinsame Diskussion wesentlich vorantreibende Abhandlungen oder gar Monografien zeitigt[105] und dadurch den traditionellen Dogmatikexport in diese Rechtsordnungen durch einen -import ergänzt. Und alle diese Bemühungen sind keine kurzatmigen Aktivitäten, sondern bauen auf einer beeindruckenden Tradition auf, im Strafverfahren auf den intensiven rechtsvergleichenden Forschungen im 19. Jahrhundert[106] und im materiellen Strafrecht auf der monumentalen „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts".[107]

b) All das findet bei *Ambos* keinerlei Erwähnung. Stattdessen äußert er sich anerkennend zu den rechtsvergleichenden Leistungen des Freiburger Max-Planck-Instituts (192, 193), die sich freilich trotz der konkurrenzlos umfangreichen Mittel zum großen Teil auf Normtextvergleiche beschränken anstatt der von *Ambos* geforderten funktionalen Vergleichung (191). Aber wie dem auch sei, eine Strafrechtsvergleichung von ähnlicher Intensität ist weder im angloamerikanischen noch im frankophonen Rechtskreis vorzufinden, was *Ambos* halb unfreiwillig auch an anderer Stelle einräumen muss, wenn er für die „angloamerikanische Rechtswelt" feststellt, dass „man nahezu sicher davon ausgehen kann, dass strafrechtliche Veröffentlichungen in deutscher – oder einer anderen fremden – Sprache nicht zur Kenntnis genommen werden (sic!) und eben auch kaum Übersetzungen existieren" (188).

4. Angesichts dessen möchte ich mit der nur noch rhetorischen Frage schließen, wo denn nun wohl die von *Ambos* apostrophierte „selbstbewusste Provinzialität" wirklich zuhause ist. Und was man sich als im mapci sozialisierter Strafrechtslehrer davon versprechen mag, hierüber so irreführende Thesen zu verbreiten.

[104] Und nicht in der von *Vogel* (JZ 2012, 27 li. Sp.) apostrophierten „gleichermaßen problematischen Vergangenheit".

[105] Exemplarisch *Morozinis*, Dogmatik der Organisationsdelikte, 2010, und *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 2013, sowie die „Auslandshefte" GA 2010/6 und 2013/11 („Spanienhefte" mit Beiträgen von *Silva Sánchez* und *Gracia Martín* bzw. *Silva Sánchez, Robles Planas, Montaner Fernández/Ortíz de Urbina Gimeno* und *Sánchez Lázaro*), 2011/5 („Roxin-Spanienheft" mit Beiträgen von *Díaz y García Conlledo, Gimbernat Ordeig, Luzón Peña* und *Silva Sánchez)*, 2011/8 („Griechenlandheft" mit Beiträgen von *Mylonopoulos* und *Morozinis*) und 2011/10 und 2014/4 („Portugal-Brasilienhefte" mit Beiträgen von *Sousa Mendes* und *D'Avila* bzw. *de Figueiredo Dias* und *Leite*) sowie 2013/8 („Argentinienheft" mit Beiträgen von *Pérez-Barberá* und *Béguelin*), die den Auslandsteil der ZStW mit seiner Rechts- und Dogmatikvergleichung durch einen Dialog über die aus sachlogischen Gründen international identischen dogmatischen Fragen ergänzen; und seit einem Jahrzehnt die ZIS, die sich inzwischen zu einer globalen Plattform der Strafrechtsdogmatik entwickelt hat, zuletzt die „Brasilien-Ausgabe" 2014/6. Entsprechende Beispiele könnten im Verhältnis zu Polen, Skandinavien oder Italien, Japan, Südkorea oder Taiwan gegeben werden. Zur Volksrepublik China siehe Hilgendorf (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013.

[106] Vgl. nur *Mittermaier*, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, 1845; *ders*., Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, 1851.

[107] *Mittermaier*, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, in 9 Bänden, 1909.