

# Festschrift für Thomas Fischer

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Stephan Barton, Dr. Ralf Eschelbach, Michael Hettinger, Eberhard Kempf,  
Prof. Dr. Christoph Krehl, und Prof. Dr. Franz Salditt

MICHAEL KUBICIEL

## Die Strafrechtswissenschaft als kritische Wissenschaft

### I. Einleitung

Der Jubilar hat in seinem beeindruckenden Oeuvre nicht nur zu einer Vielzahl strafrechtsdogmatischer Fragen Stellung bezogen,<sup>1</sup> sondern sich in den letzten Jahren auch immer wieder pointiert zu Gesetzesänderungen und kriminalpolitischen Vorhaben geäußert – oft, aber nicht durchweg kritisch.<sup>2</sup> Zuletzt hat *Fischer* die Strafrechtspolitik der (dritten) Großen Koalition insgesamt analysiert und das Fehlen einer „echte(n) Idee vom Recht und von seiner Ausgestaltung, vom Zusammenhang der großen Programme mit den kleinen Schritten (...)“ bemängelt.<sup>3</sup>

Der Zustimmung der Strafrechtswissenschaft kann sich *Fischer* dabei gewiss sein. Diese begegnet seit Jahren (nahezu) jedem Schritt des Gesetzgebers mit Kritik, ja Ablehnung. Die kritische Haltung hat ihren Grund im Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft. Teile der Strafrechtswissenschaft begreifen sich immer noch als „Herrin“, die der Gesetzgebung „ihre Weisungen“ erteilt,<sup>4</sup> obgleich es nicht nur theoretisch voraussetzungsreich, sondern vor allem wirklichkeitsfremd ist, Strafrechtspolitik als angewandte Strafrechtstheorie oder -philosophie zu begreifen.<sup>5</sup> Andere Teile der Strafrechtswissenschaft formulieren zwar vorsichtiger, reklamieren aber weiterhin den Anspruch, jene „normativen Grenzen“ zu ziehen und zu kontrollieren, die „jegliche Strafrechtspolitik nicht überschreiten darf.“<sup>6</sup>

Die Frage, welche normativen Bindungen die Strafrechtspolitik zu beachten hat, wird gegenwärtig kontrovers diskutiert: Eine neuere Strömung will die Grenzen des Verfassungsrechts stärker als bisher konkretisieren, fallabhängig aktualisieren und idealiter in einem Strafverfassungsrecht systematisieren.<sup>7</sup> Im Verfassungsrecht

---

<sup>1</sup> Aus dem reichhaltigen Publikationsverzeichnis seien lediglich – und recht willkürlich – die für die Arbeit des Verfassers besonders wichtigen Schriften zum strafrechtlichen Lebensschutz (*Fischer FS Roxin*, 2010, 557) sowie zum Gefährdungsschaden (s. etwa *Fischer StV* 2010, 95) herausgegriffen.

<sup>2</sup> An dieser Stelle sei nur auf die Verteidigung der Kriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen hingewiesen, s. dazu etwa *Fischer medstra* 2015, 1.

<sup>3</sup> *Fischer ZEIT ONLINE* v. 20.9.2017, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2017/39/heiko-maas-justizminister-legislaturperiode-wuerdigung> (zuletzt abgerufen: 17.10.2017); dazu *Kubiciel JZ* 2018, 171.

<sup>4</sup> So die Selbsteinschätzung der aufklärerischen Strafrechtsschule des frühen 19. Jahrhunderts beschreibend *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, 223.

<sup>5</sup> Eindrücklich *Naucke* in *Hassemer*, Strafrechtspolitik, 1987, 15 (25 ff.).

<sup>6</sup> *Hassemer* in *Hassemer*, Strafrechtspolitik, 1987, 9 (10).

<sup>7</sup> So – unter Fortführung eines Ansatzes *Joachim Vögels – Burchardt* und *Jahn* in *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchardt/Brodowski*, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, 27 ff., 63 ff.

sollen die „juridifizierbaren normativen Kriterien“ der Gesellschaft vorgefunden werden, an denen das Strafrecht zu messen sei.<sup>8</sup> Eine erhebliche Aufwertung erfährt dabei vor allem der Verfassungsbegriff der Verhältnismäßigkeit, dem auch auf dem Gebiet des Strafrechts eine „gesetzesbrechende Kraft“ zugeordnet wird.<sup>9</sup> Angetrieben wird diese Aufwertung der Verfassung von dem seit geraumer Zeit schwindenden Glauben an das kritische Potenzial des Rechtsgutsbegriffs.<sup>10</sup> Der Begriff, so *Weigend*, sei nicht nur vage, ihm fehle auch ein spezifisch strafrechtlicher Inhalt,<sup>11</sup> daher erlaube er lediglich „eine politisch-moralische Argumentation mit letztlich unklarem Bezugspunkt.“<sup>12</sup> Dessen ungeachtet hält eine klassische Strömung daran fest, Strafgesetze auch auf Kompatibilität mit solchen strafrechtstheoretischen Begriffen zu überprüfen, deren verfassungsrechtlicher Status ungeklärt ist bzw. deren Inhalt sich nicht aus der Verfassung ableiten lässt.<sup>13</sup> Diese Strömung der Strafrechtswissenschaft will also nicht nur im Verfassungsrecht nach jenen Maßstäben suchen, die an die Kriminalpolitik anzulegen sind, sondern sich ein eigenständiges strafrechtswissenschaftliches Kritikpotential erarbeiten.

Die folgenden Überlegungen nähern sich dieser strafrechtstheoretischen Debatte von einer anderen Seite, indem sie das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft thematisieren und danach fragen, aus welchem Grund und mit welchen Mitteln die Strafrechtswissenschaft den Gesetzgeber anzuleiten bzw. dessen Gesetze zu prüfen beabsichtigt.

---

Ferner *Gaede*, *Der Steuerbetrug*, 2016, 303ff.; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, 338ff.; grundlegend *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996; *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998. Siehe auch *Weigend* in *LK-StGB*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 7: Das Rechtsgut sei als „gesetzgebungskritischer Begriff“ dem verfassungsrechtlichen Topos der Verhältnismäßigkeit unterlegen.

<sup>8</sup> *Müssig*, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, 158, 167.

<sup>9</sup> So *Hassemer* in von *Hirsch/Seelmann/Wohlers*, *Mediating Principles*, 2006, 121. S. auch *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, 338ff.; *Neumann* in von *Hirsch/Seelmann/Wohlers*, *Mediating Principles*, 2006, 121, 128.

<sup>10</sup> *Kühl* FS Maiwald, 2010, 433 (447).

<sup>11</sup> *Weigend* in *LK-StGB*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 7, der dies mit der „außerstrafrechtlichen Determination“ von Rechtsgütern begründet.

<sup>12</sup> *Weigend* in *LK-StGB*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 7.

<sup>13</sup> Dies trifft auf den Rechtsgutsbegriff, welchen bspw. *Greco* rescriptum 2014, 139 (140f.) zu den Prinzipien der Kriminalpolitik zählt, jedenfalls dann zu, wenn er inhaltsreicher ist als das, was sich unmittelbar aus der Verfassung bzw. der Verfassungsrechtsprechung ableiten lässt. Siehe dazu *Engländer* ZStW 127 (2016), 616ff. Daraus zieht *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, 242 die Konsequenz, dass ein verbindlicher Inhalt des Rechtsgutsbegriffs nur aus der Verfassung ableitbar sei. Folglich suchen viele Vertreter des Rechtsgutsbegriffs nach einer Rückbindung an das Grundgesetz bzw. die Rspr. des BVerfG (so etwa *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, 194ff.; *Schünemann* ZIS 2016, 654 (660ff.)) oder reduzieren den Anspruch auf den Status eines Platzhalters für kriminalpolitische Erörterungen, so etwa *Kudlich* ZStW 127 (2015), 635 (651); *Martins* ZStW 125 (2013), 234 (248); *Vogel* FS Roxin, 2001, 105 (114).

## II. Die Strafrechtswissenschaft als kritische Wissenschaft

### 1. Kritik als Lebensform und als Mittel zur Rationalisierung von Kriminalisierungsdiskursen

Zum Selbstverständnis der heutigen Strafrechtswissenschaft gehört es, eine kritische Wissenschaft zu sein.<sup>14</sup> Gemeint ist damit nicht so sehr die für jede Wissenschaft unerlässliche Fähigkeit zur Selbstkritik, also die ständige Überprüfung und Erneuerung des eigenen Begriffsapparates und strafrechtstheoretischer Maximen, sondern die Kritik an der Gesetzgebung. Aufgabe der ganzen Rechtswissenschaft ist – *Johann Braun* zufolge – die „kritische Begleitung des real verlaufenden Prozesses“ und jenes „Maßnahmen am Gedanken des Rechts“, für das im Gesetzgebungsverfahren regelmäßig Zeit und auch die Gelegenheit fehlen.<sup>15</sup> Die Strafrechtswissenschaft hat sich dieser Aufgabe in den letzten Jahrzehnten weitaus stärker verschrieben als die anderen Teildisziplinen der Rechtswissenschaft. So gut wie jede Änderung des materiellen Strafrechts und des Verfahrensrechts ist für handwerklich schlecht, jedenfalls aber kriminalpolitisch verfehlt, wenn nicht gar verfassungswidrig befunden worden.<sup>16</sup> Kurz: Die Strafrechtswissenschaft beschert dem Gesetzgeber einen „stetigen sauren Regen der Kritik“<sup>17</sup>.

Für diese, die Strafrechtswissenschaft in besonderer Weise kennzeichnende Attitüde gibt es zwei Gründe. Institutionell betrachtet ist großen Teilen der Strafrechtswissenschaft Kritik zur Lebensform geworden, nachdem sich Ende der 1960er Jahre eine Neuausrichtung der Strafrechtswissenschaft vollzogen hatte.<sup>18</sup> Während die Strafrechtswissenschaft die im Kaiserreich begonnene, in der Weimarer Republik vorangetriebene und in den 1950er Jahren fortgesetzte Reform des Strafrechts zunächst wissenschaftlich unterstützte und mit konstruktiver Kritik begleitete, gab sie ab den 1960er Jahren ihre grundsätzlich affirmative Einstellung auf und pflegt seither eine kritisch bis ablehnende Haltung.<sup>19</sup> Der Gesetzgebungsskeptizismus hat sich in den letzten Jahrzehnten habitualisiert und wird heute kaum mehr kritisch hinterfragt oder auch nur begründet.<sup>20</sup> Dabei gibt es für eine fortwährende kritische Prüfung der Strafgesetzgebung einen so einfachen wie guten Grund: Das Strafrecht als staatlich organisierte Zufügung von Übeln ist im höchsten Maß legitimationsbedürftig,<sup>21</sup> daher muss sich der Gesetzgeber der wissenschaftlich fundierten Kritik stellen und im Umgang mit dieser Kritik jene Gründe überprüfen, auf die er ein Gesetzesvorhaben stützt. *Schünemann* hat die Strafrechtswissenschaft wegen dieser Kon-

<sup>14</sup> Näher dazu *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, 14ff.

<sup>15</sup> *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Auf. 2011, 392.

<sup>16</sup> Wer eine verfassungsrechtliche Festlegung scheut, bemüht gerne die Floskel „verfassungsrechtlich problematisch“.

<sup>17</sup> Treffend *Arzt* ZStW 111 (1999), 757 (765).

<sup>18</sup> *Jahn/Ziemann* JZ 2014, 943 (944).

<sup>19</sup> *Hassemer* KJ 2005, 2 (14).

<sup>20</sup> Eingehende Analyse aber bei *Kuhlen* in *Eser/Hassemer/Burkhardt*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, 37 (38ff.).

<sup>21</sup> *Burghardt* in *Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich* (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, S. 13, 24ff.; *Jahn/Ziemann* JZ 2014, 943 (947).

trollfunktion als vierte Gewalt bezeichnet.<sup>22</sup> Zwar besteht in einem demokratischen Rechtsstaat mit einer funktionierenden Verfassungsgerichtsbarkeit und einer weiteren Kontrolle durch den EGMR nicht die Gefahr einer „Auslieferung des Strafrechts an die Willkür der jeweiligen Machthaber“<sup>23</sup>. Jedenfalls sorgen Kritik und Kontrolle durch die Strafrechtswissenschaft aber dafür, dass sich der Gesetzgeber um eine Begründung für ein Gesetz bemüht, die öffentlich, politisch und auch wissenschaftlich diskutier- und kritisierbar ist.<sup>24</sup> Dem rechtswissenschaftlichen Teildiskurs kommt dabei die Aufgabe zu, zwischen rechtswissenschaftlich guten und schlechten Begründungen zu unterscheiden und auf diese Weise für eine Rationalisierung von Kriminalisierungsdiskursen zu sorgen. Welche Reichweite die Kritik haben kann, hängt – wie im Folgenden gezeigt werden soll – entscheidend davon ab, wie Gesetzgebung und Wissenschaft zu begreifen sind bzw. wie sie sich selbst verstehen.

## 2. Reichweite der kritischen Prüfung

### a) Zweckmäßigkeitkontrolle von Straftatbeständen

Der erste Rechtswissenschaftler, der sich durch seinen Sinn für die realen Umstände und Bedingungen der Gesetzgebung auszeichnete, war der (ältere) *Rudolf von Jhering*. In seinem bekanntesten Werk, dem Vortrag „Der Kampf um's Recht“, hat er die Rechtssetzung luzide als Ergebnis eines Interessenkampfes beschrieben und damit einen realpolitischen Kontrapunkt zu der gerade vergangenen idealistischen Epoche gesetzt. Ein Gesetzgebungsverfahren rufe „den heftigsten Widerstand der bedrohten Interessen und damit einen Kampf hervor, bei dem wie bei jedem Kampf nicht das Gewicht der Gründe, sondern die Machtverhältnisse der sich gegenüberstehenden Kräfte den Ausschlag gibt (...).“<sup>25</sup> Es sei eine „auf einer falschen Idealisierung vergangener Zustände beruhende Vorstellung, daß das Recht sich schmerzlos, mühelos, tatenlos bilde (...).“; realistisch betrachtet, entstehe ein „Bild des Suchens, Ringens, Kämpfens, kurz: der mühseligen Anstrengung.“<sup>26</sup>

Daraus folgt, dass die Rechtswissenschaft dem Gesetzgeber bei der Schaffung von Recht nicht den rechten Weg weisen kann, weil das Gesetzgebungsverfahren nicht von strafrechtstheoretischen Konzepten, sondern von realpolitischen Faktoren determiniert wird. Infolgedessen sei die Rechtswissenschaft „zum ewigen Suchen“ in dem so geschaffenen und daher „ewig irrenden“ Recht verdammt.<sup>27</sup> Wer aber darüber klage, meint *Jhering*, der habe sich selbst anzuklagen: „denn er legt an das Recht einen Maaßstab an, der für dasselbe nicht paßt: den der Wahrhaftigkeit.“<sup>28</sup> Wahrhaftigkeit muss für *Jhering* ein falsches Kriterium sein, weil es für ein Gesetz, das in einem ergebnisoffenen, von Interessen geleiteten Verfahren keinen absoluten Maßstab gibt, mit dessen Hilfe sich Wahrheit von Irrtum unterscheiden ließe. An

<sup>22</sup> So *Schünemann* FS Roxin, 1999, 1, (8). Zuletzt *Schünemann* ZIS 2016, 654 (664).

<sup>23</sup> So aber *Schünemann* ZIS 2016, 654 (668).

<sup>24</sup> Weiterführend *Greco* rescriptum 2014, 139 (140): Der Begründungszwang trenne den politischen Willensakt von der Rechtssetzung.

<sup>25</sup> *von Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1992, 67.

<sup>26</sup> *von Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1992, 69f.

<sup>27</sup> Dazu und zum Folgendem *von Jhering*, Der Zweck im Recht, 1877, 436f.

<sup>28</sup> *von Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1992, 437.