

Strafrechtliche Metatheorien

Michael Kubiciel

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael. 2021. "Strafrechtliche Metatheorien." In *50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg*, edited by Arnd Koch, Michael Kubiciel, Ferdinand Wollenschläger, and Wolfgang Wurmnest, 183–202. Tübingen: Mohr Siebeck.

<https://doi.org/10.1628/978-3-16-160999-2>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg

herausgegeben von

Arnd Koch, Michael Kubiciel,
Ferdinand Wollenschläger und
Wolfgang Wurmnest

Mohr Siebeck

Arnd Koch, geboren 1967, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Risiko- und Präventionsstrafrecht sowie Juristische Zeitgeschichte an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, 2019–2021 Dekan der Juristischen Fakultät

Michael Kubiciel, geboren 1973, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, seit 2019 Direktor des Instituts für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Ferdinand Wollenschläger, geboren 1976, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, seit 2017 Direktor des Instituts für Öffentliches Recht

Wolfgang Wurmnest, geboren 1969, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht sowie Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, seit 2015 Direktor des Instituts für Zivilrecht

ISBN 978-3-16-160998-5 / eISBN 978-3-16-160999-2
DOI 10.1628/978-3-16-160999-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Fakultätsgeschichte und Juristenausbildung	
<i>Herbert Buchner</i>	
Erinnerungen an die Gründungsphase der Fakultät	3
<i>Volker Behr / Wolfgang Wurmnest</i>	
50 Jahre Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg	17
<i>Jörg Neuner</i>	
Die Fakultäten streiten nicht mehr: Über die Vermarktung von Hörsälen	55
<i>Reiner Schmidt</i>	
Die Wissenschaftlichkeit der juristischen Ausbildung. Dogmatik, Praxisintegration und die Zukunft	67
Grundlagen des Rechts	
<i>Christoph Becker</i>	
Propter dignitatem hominum – wegen der Würde der Menschen	91
<i>Phillip Hellwege</i>	
Eine europäische Versicherungsrechtsgeschichte. Ausgangspunkt, Ergebnisse und Perspektiven eines Augsburger Forschungsprojektes	129
<i>Arnd Koch</i>	
Strafrechtsgeschichte. Institutionalisierung, Entwicklungslinien und Legitimation eines Grundlagenfachs	157
<i>Michael Kubiciel</i>	
Strafrechtliche Metatheorien	183

Josef Franz Lindner

Recht, Gerechtigkeit und Politik. Ein Beitrag zum Rechtspositivismus 203

Entwicklungslien, aktuelle Fragen
und zukünftige Herausforderungen

Martina Benecke

Employees in the Fourth Industrial Revolution 227

Ulrich M. Gassner

Künstliche Intelligenz in der Medizin – no human in the loop? 243

Peter Kasiske

Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht 273

Johannes Kaspar

Friedenschutz durch Strafrecht? 289

*Gregor Kirchhof*Systemwechsel im Steuerrecht. Zur notwendigen Renaissance
der Sollbesteuerung in einem digitalisierten nationalen und
internationalen Steuerrecht 319*Martin Kment*Umweltschutz auf der Zeitschiene: Vom grauen Himmel
über dem Ruhrgebiet bis Big Data 343*Raphael Koch*

50 Jahre (Fakultäts-)Geschichte im Spiegel der Zivilprozessordnung 379

*Michael Kort*Anwendung bürgerlichrechtlicher Normen auf den
Unternehmenskauf und deren vertragliche Modifizierung 395*Martin Maties*

Arbeitsleistung und -lohn während der Pandemie 425

Lena Maute

Die Europäisierung des Patentrechts 461

Thomas M. J. Möllers

- Der Bilanzskandal von Wirecard und das Versagen
der Finanzbranche 479

Thilo Rensmann

- Die Immunität ausländischer Amtsträger, der Bundesgerichtshof
und das Vermächtnis von Nürnberg 513

Matthias Rossi

- Korrektur von Gesetzen durch Korrekturgesetze 541

Christoph Vedder

- Anti-Doping-Recht – global 567

Daniel Wolff

- Festtagstorten, der US-amerikanische Kulturmampf und das Recht .. 623

Ferdinand Wollenschläger

- Die COVID-19-Pandemie als Stunde der Exekutive und
die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes 651

- Genealogie der Lehrstühle 705

- Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 709

Strafrechtliche Metatheorien

Michael Kubiciel

I. Das Strafrecht hinter dem Strafrecht

Vor etwas mehr als zehn Jahren ging der Verfassungsrechtstheoretiker *Jestaedt* der Frage nach, was „Gegenstand, Funktion und Methode der Verfassungstheorie sein kann respektive sein sollte und worin der eigentümliche Nutzen einer so konzipierten Disziplin liegt.“¹ Dabei begreift er die Verfassungstheorie als eine „Zuliefererdisziplin“,² die jene Informationen bereitstellt, auf die Rechtspraxis und Rechtswissenschaft angewiesen sind, ohne dass sich diese aber mit Hilfe der Dogmatik ermitteln lassen. Die Verfassungstheorie soll *erstens* jene Beschränkungen ausgleichen, die verdichteten dogmatischen Begründungen stets innewohnen.³ Als Reflexionsdisziplin soll sie *zweitens* substanzelle Legitimationsfragen aufwerfen, die eine auf Anwendung des geltenden Rechts ausgerichtete Dogmatik nicht (stets) mitverhandeln könne; insbesondere soll dem geltenden Verfassungsrecht ein „normativ-ideales“ Verfassungsrecht als Prüfstein oder Vergleichsmaßstab gegenübergestellt werden.⁴ *Drittens* soll die Verfassungstheorie die Grundrechtsdogmatik für Veränderungen ihrer (rechtlichen, gesellschaftlichen, wissenschaftstheoretischen etc.) Systemumwelt öffnen.⁵ So vielschichtig diese Funktionen auch sind: Stets geht es darum, hinter das positiv-geltende Verfassungsrecht zurückzugreifen und dieses zu kontextualisieren und zu situieren, um Rechtspraxis, Gesetzgebung und der dogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaft eine Reflexionsgrundlage für das eigene Handeln zur Verfügung zu stellen.

Ebendies ist auch die Aufgabe der Straf- und Strafrechtstheorie sowie der Verbrechenslehre. Während die *Straftheorie* von der Legitimation der Strafe als Institution (genauer: der Strafandrohung, Strafverhängung und Strafvollstreckung) handelt,⁶ sucht die *Strafrechtstheorie* „als Anatomie des positi-

¹ *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, 13.

² *Jestaedt* (Fn. 1), 20.

³ Vgl. dazu *Jestaedt* (Fn. 1), 33 f.

⁴ *Jestaedt* (Fn. 1), 51 f.

⁵ *Jestaedt* (Fn. 1), 41 ff.

⁶ *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, 24 ff.; *Kubiciel*, ZStW 118 (2006), 44 (60 ff.); *Neumann*, FS *Jakobs*, 2007, 435 ff.; *Pawlak*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, 12, 15, 18.

ven Rechts“⁷ nach den inneren Strukturen des materiellen Strafrechts und fragt insbesondere nach dem Begriff des strafrechtlichen Unrechts. Dabei transzendierte die Wissenschaft nicht nur das geltende Recht, sondern setzt idealerweise auch die von ihr ausgemachten Strukturen und modellierten Begriffe ins Verhältnis zur gesellschaftlichen Umwelt des Strafrechts.⁸ Auf diese Weise können die grundlegenden Voraussetzungen strafbaren Verhaltens benannt, zu dogmatischen Begriffen verdichtet und in eine systematische Ordnung gebracht werden – ein Unterfangen, das traditionell als Verbrechenslehre bezeichnet wird.⁹ Zu den Traditionen der Strafrechtswissenschaft gehört es auch, nicht bei der Analyse der Strukturen des geltenden Rechts stehen zu bleiben, sondern die Frage nach den normativen Grenzen des Kriminalisierbaren bzw. nach der Berechtigung des Einsatzes des Strafrechts durch den Gesetzgeber mitzuverhandeln.¹⁰

Straftheorie, Strafrechtstheorie und Verbrechenslehre lassen sich unter der Bezeichnung strafrechtliche Metatheorien zusammenfassen, weil sie hinter den einzelnen Strafakt, die geltenden Straftatbestände und ihre auslegungsleitenden Begriffsbestimmungen und Anwendungsdogmatiken zurückgreifen. Dieser Zugriff auf das „Strafrecht hinter dem Strafrecht“ dient nicht der theoretischen Selbstbeschäftigung der Strafrechtswissenschaft, sondern verfolgt durchaus praktische und praxisrelevante Ziele. Die Metatheorien wollen strafrechtliche Institutionen analysieren, nach ihren Geltungsvoraussetzungen fragen und damit einen Beitrag zu einer gelingenden Rechtspraxis und Gesetzgebung leisten. Sie operieren zwar auf einer anderen Ebene und mit anderen Mitteln als die Strafrechtsdogmatik, sind aber weder wirklichkeitsentzogen noch praxisfern.

Im Folgenden werden die Aufgaben der Metatheorien beschrieben, bevor dargelegt wird, weshalb die Beantwortung strafrechts- und verbrechenstheoretischer Fragen unausweichlich ist. Sodann wird gezeigt, dass die (noch) herrschenden strafrechts- und verbrechenstheoretischen Grundannahmen überholt sind; dies nicht infolge neuer oder besserer metatheoretischer Erkenntnisse, etwa zur Straftheorie, sondern als Folge gesellschaftlicher Veränderungen, die auch die Ausgestaltung des Strafrechts und dessen Interpretation prägen. Wenn aber die Metatheorien nicht mehr zum geltenden Strafrecht und seiner gesellschaftlichen Grundierung passen, bedürfen sie der

⁷ Jestaedt (Fn. 1), 41.

⁸ Prägnant Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, 81f.: „Bestreben, die Leitkategorien des Strafrechts in das bestmögliche, überzeugendste Verhältnis zu weiter ausgreifenden Konzeptionen der Weltdeutung und Lebensorientierung zu setzen.“

⁹ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, 15.

¹⁰ Siehe nur Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, 311 („näherte Konturierung ‚strafftauglicher Gegenstände‘ als ein würdiges Thema wissenschaftlicher Reflexion“).

Revision, um die Theorien (und mit ihnen auch die Dogmatik) auf die Höhe der Zeit zu bringen.

II. Nutzen strafrechtlicher Metatheorien

1. Gegenstand und Aufgabe der Straftheorie

Die Straftheorie fragt nach der Legitimation von Strafe als einer rechtlich wie tatsächlich besonders eigriffsintensiven Zwangsausübung des Staates¹¹ gegenüber seinen Bürgern.¹² Die einzelnen Straftheorien – seien es Präventions- und damit Strafzwecktheorien oder retributive Legitimationsmodelle – formulieren Antworten auf diese Legitimationsfrage. Dabei weisen sie Bezüge zu drei rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen auf. Rechtsphilosophisch betrachtet verbinden Straftheorien die praktische Philosophie mit der rechtsethischen Frage um die Voraussetzungen legitimen Rechtszwangs.¹³ Aus verfassungsrechtlicher Perspektive geht es um die Ausübung einer besonderen Form staatlicher Herrschaft und ihre Legitimation,¹⁴ weswegen Straftheorien als „sektorale Staats- und Verfassungstheorie“¹⁵ bezeichnet werden können. In strafrechtlicher Hinsicht bilden sie schließlich Ausgangs- wie Endpunkt jeder rechtlichen und tatsächlichen Anwendung von Strafrecht: Denn nur wenn die Frage „Warum Strafe?“ legitimationstheoretisch überzeugend beantwortet werden kann, muss die Ausübung von Strafgewalt nicht mit dem bloßen Verweis auf das dazu ermächtigende Strafurteil mit seinen Sachverhaltsfeststellungen und rechtlichen Würdigungen – kurz: unter Verweis auf eine Dezision – beantwortet werden; vielmehr verleiht erst eine straftheoretische Legitimation solchen Einzelakten ein festes Fundament.¹⁶

Da die Straftheorie nach heute herrschender Ansicht die Modellierung grundlegender strafrechtlicher Begriffe anleitet und die Zurechnungsregeln vorprägt,¹⁷ weist sie eine deutlich größere Sachnähe und Aussagekraft zu der eingangs genannten Legitimationsfrage auf als Rechtsphilosophie und Verfassungsrecht. Infolgedessen können straftheoretische Fragen nicht unmittelbar oder ausschließlich rechtsphilosophisch oder verfassungsrechtlich

¹¹ Zur Staatlichkeit von Strafe und neueren Erscheinungsformen strafähnlicher, nicht-staatlicher Reaktionen *Kubiciel*, ZIS 2018, 60ff.

¹² Zur Zwangswirkung der Strafe *Jakobs*, HRRS 2004, 88f.

¹³ *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, 122.

¹⁴ *Greco* (Fn. 10), 203.

¹⁵ *Gärditz*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlak/Stuckenberg* (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, 2019, 709.

¹⁶ Umfassend dazu *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 ff.

¹⁷ Insoweit übereinstimmend *Frisch*, GA 2019, 185, 191ff.; *Pawlak*, FS *Jakobs*, 2007, 469ff.; *Kubiciel* (Fn. 13), 138ff.; *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, 14 ff.

beantwortet werden; Rechtsphilosophie und Verfassungsrecht bedürfen der Zuführung straftheoretischer Erkenntnisse, wenn sie Aussagekraft für das geltende Strafrecht erhalten wollen.¹⁸ Dennoch hat die Straftheorie keinen Selbststand. Vielmehr müssen sich strafrechtliche Legitimationstheorien in den geltenden verfassungsrechtlichen Rahmen einbetten lassen und sollten – schon um wissenschaftlich satisfaktionsfähig zu sein – Anschluss an rechts- und sozialphilosophische Modelle halten, mit denen das Recht dieser Gesellschaft gedeutet und legitimiert wird.¹⁹ Straftheoretische Debatten stehen daher niemals still, sondern verändern sich mit der Gesellschaft, für deren Recht sie Gültigkeit beanspruchen, fort. Daher sterben Straftheorien keinen (unumkehrbaren) Tod,²⁰ einzelne Straftheorien verlieren vorübergehend ihre Aussagekraft für das Hier und Jetzt, während andere aufblühen. Die Aufgabe der Straftheorie besteht folglich darin, den auf Grundlage des geltenden Rechts ausgeübten, staatlichen Strafzwang in einer Weise zu rechtfertigen, die den Spezifika der Institution Strafe Rechnung trägt, sich in die verfassungsrechtliche Rahmenordnung einfügt und bestmöglich an dominierende philosophische Deutungs- und Legitimationsmodelle staatlicher Zwangsausübung zurückbinden lässt.²¹

2. Gegenstand und Aufgabe von Strafrechtstheorie und Verbrechenslehre

So wie der Nutzen der Verfassungstheorie zumeist aus ihrer Beziehung zur Verfassungsdogmatik abgeleitet wird,²² so heben diejenigen, die sich heute mit der Strafrechtstheorie bzw. Verbrechenslehre befassen, zumeist deren Basisfunktion für die Dogmatik des Strafrechts (und in vermittelter Form des Strafverfahrensrechts) hervor.²³ Tatsächlich ist es die Verbrechenslehre, die der Dogmatik Halt verleiht, indem sie eine Vernetzung dogmatischer Teilstücke wie der objektiven und subjektiven Zurechnung, Rechtswidrigkeit und Schuld und damit eine stringente und vorhersehbare Rechtsanwendung ermöglicht. Zudem gleicht die Verbrechenslehre eine für die Praxis unerlässliche Perspektivverengung aus: Wenn die Dogmatik die Interpretation des Rechts erleichtern soll, muss sie die Komplexität von Rechtsfragen redu-

¹⁸ Siehe etwa die Zusammenführung von Verfassungsrecht und Präventionstheorien bei *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, 699 ff., 703 ff.; s. auch *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (358).

¹⁹ *Kubiciel* (Fn. 13), 123 ff., 138 ff.

²⁰ Insofern ist das Bild „tote Straftheorien“, vgl. *Frisch*, GA 2019, 185 (186), schief, trotz der zutreffenden Kritik Frischs an einzelnen Straftheorien.

²¹ Vgl. *Jakobs*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 105, 106 f., 133. – Für eine stärkere Loslösung der Straftheorie vom geltenden Recht und der Realität der Strafe *Greco* (Fn. 10), 205.

²² *Jestaedt* (Fn. 1), 17.

²³ Vgl. *Rostalski* (Fn. 17), 97 ff., 147 ff., 339 ff.

zieren, Argumente verdichten, Ableitungsketten kappen und insbesondere „nicht-rechtliche Bedingungen“ der Rechtsanwendung ausblenden.²⁴ Diese in der Alltagspraxis erforderliche Reduktion nimmt die Verbrechenslehre wieder zurück. Zum einen verdeutlicht sie, wie voraussetzungsreich das Verbrechenssystem ist und wie contingent einzelne Begriffsbestimmungen (etwa des Vorsatzes) sind. Zum anderen bemüht sie sich darum, die Wertungen und Begriffsbestimmungen der Dogmatik an die sich wandelnden gesellschaftlichen Selbstbeschreibungen und Plausibilitätsstandards anzuschließen.²⁵

Noch weiter hinter das geltende Recht zurück greift die Strafrechtswissenschaft, wenn sie sich nicht mit „anteilnahmslosen“ dogmatischen Beschreibungen begnügen,²⁶ sondern Rechtsprechung und Gesetzgebung kritisch begleiten will. Wie weit dieser Anspruch reichen *soll* und von der Rechtswissenschaft erfüllt werden *kann*, ist vor allem in Bezug auf die Gesetzgebung umstritten.²⁷ Manche Wissenschaftler reklamieren das Recht, dem Gesetzgeber „Weisungen“ zu erteilen,²⁸ andere wollen auf eine „Begrenzung und Humanisierung des Strafrechts“ hinwirken,²⁹ Dritte zumindest die „normativen Grenzen“ der Strafrechtspolitik bestimmen.³⁰ Wie auch immer die Strafrechtswissenschaft ihren kriminalpolitischen Anspruch formuliert: Stets setzt dies strafrechtswissenschaftliche Maßstäbe voraus. Neben einem Modell zur Legitimation der Strafe bedarf sie strafrechtstheoretischer Axiome, namentlich materieller Strafwürdigkeitskonzeptionen bzw. Vorgaben für die Konturierung strafwürdigen Verhaltens sowie Regeln einer legitimen Zurechnung. Nur wenn solche strafrechtstheoretischen Vorstellungen vom richtigen Strafrecht hinter dem (positiv-geltenden) Strafrecht existieren, ist eine „aufgeklärte Strafrechtskritik“³¹ möglich.

²⁴ Pawlik (Fn. 9), 16 f. Zum Ganzen auch Jestaedt (Fn. 1), 33 ff. (Zitat auf S. 38).

²⁵ Zu dieser Aufgabe Jakobs (Fn. 21), 105; ders., ZStW 107 (1995), 844; ders., System strafrechtlicher Zurechnung, 2012, 13 ff. Diese Position prägnant kennzeichnend Zabel, in: Kindhäuser u. a. (Fn. 15), 99: „Strafrechtswissenschaft ist Dogmatik und Gesellschaftstheorie zugleich.“ Siehe ferner Pawlik, FS v. Heintschel-Heinegg, 2014, 364 (365 f.); ders., GA 2014, 369 (373, 375); Kubiciel, ZStW 131 (2019), 1115 (1123 ff.).

²⁶ Dagegen auch Pawlik, GA 2014, 369 (388).

²⁷ Dazu zuletzt Kölbel, NK 2019, 249 ff. (einerseits); Kubiciel, JZ 2018, 171 ff.; ders., FS Fischer, 2019, 143 ff. (andererseits).

²⁸ So die Selbsteinschätzung der aufklärerischen Strafrechtsschule des frühen 19. Jahrhunderts beschreibend Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtpflege, 3. Aufl. 1965, 223; krit. gegenüber diesem Anspruch der Strafrechtswissenschaft Gärditz, JZ 2016, 618 ff.

²⁹ Kölbel, NK 2019, 249 (264).

³⁰ Hassemer, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, 9 (10).

³¹ Roxin, in: Neumann/Prittewitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, 175 f.

3. Überschneidungen und Gemeinsamkeiten

Straftheorie, Strafrechtstheorie und Verbrechenslehre haben zwar unterschiedliche Gegenstandsbereiche und Aufgaben. Sie sind aber miteinander verflochten. So prägt nach einem herrschenden funktional-teleologischen Verständnis die Straftheorie sowohl die verbrechenstheoretische Systembildung als auch die Modellierung strafrechtstheoretischer Begriffe sowie die Ausformung der strafrechtlichen Zurechnungslehre.³² Damit heben sich diese metadogmatischen Theorien von Grundlagen- und Reflexionsdisziplinen ohne direkte Anwendungsorientierung ab.³³ Der praxisbezogene Funktionswert strafrechtlicher Metatheorien ist zwar weniger sichtbar als jener der Strafrechtsdogmatik. Ohne die oben skizzierten Leistungen der Verbrechenslehre und Straf(rechts)theorie ist aber eine vorhersehbare und konsistente Strafrechtsanwendung, die den sich wandelnden Legitimationsanforderungen genügt, ebenso wenig möglich wie eine wissenschaftliche und verfassungsrechtliche Kritik von Rechtsprechung und Gesetzgebung.

III. Unausweichlichkeit und Unersetzbarkeit von Metatheorien

1. Zurückdrängung von Grundfragen

In den letzten beiden Jahrzehnten sind Straf- und Verbrechenstheorie sowie strafrechtsrechtstheoretische Grundfragen in den Hintergrund von Forschung und wissenschaftlicher Diskussion getreten.³⁴ War die Strafrechtswissenschaft der alten Bundesrepublik noch geprägt von lebhaften theoretischen Debatten, die vom Finalismus über den Funktionalismus bis hin zur Wiederentdeckung des Idealismus reichten,³⁵ rückten in den letzten beiden Jahrzehnten vor allem kriminalpolitische Einzelfragen in den Vordergrund. Dies nicht ohne Grund: Die Strafrechtswissenschaft hatte sich mit den Folgen der Europäisierung bzw. Internationalisierung zu befassen, musste auf neue Erscheinungsformen von (Wirtschafts-)Kriminalität reagieren und die Digitalisierung der Lebenswelt reflektieren – kurz: auf vielfältige und gewachsene Informationsbedürfnisse von Rechtspraxis, Rechtspolitik und der Öffentlichkeit eingehen.

³² Siehe die Nachweise in Fn. 17.

³³ Zu denken ist etwa an die Strafrechtsgeschichte oder sog. „Law and“-Forschungsansätze.

³⁴ Näher Kubiciel, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, 358 (376 ff.). Siehe auch Hilgendorf, in: ders./Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 27 Rn. 62.

³⁵ Hassemer, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 259 ff.

2. Unausweichlichkeit

So berechtigt diese Hinwendung zum Besonderen auch war;³⁶ der Auseinandersetzung mit dem Allgemeinen kann die Strafrechtswissenschaft nicht entkommen. Dies gilt nicht nur für die Teile der Strafrechtswissenschaft, die, wie selbstverständlich, an den traditionellen Aufgaben – Systematisierung des Stoffes zur Rationalisierung der Rechtsanwendung und wissenschaftliche Kritik der Gesetzgebung – festhalten wollen.³⁷ Wahr bleibt der Satz auch für diejenigen, die meinen, dass sich auf dem Gebiet der Verbrechenslehre oder Straftheorie kaum noch Erkenntnisgewinne erzielen lassen,³⁸ oder gar vor einer „Überfeinerung“ der Strafrechtsdogmatik warnen.³⁹ Dies aus zwei Gründen: Zunächst nimmt auch derjenige, der meint, straf- oder verbrechenstheoretischer Fortschritt sei weder notwendig noch möglich, eine wissenschaftstheoretische Position ein. Diese läuft darauf hinaus, den erreichten (Zwischen-)Stand der Forschung als Endpunkt festschreiben zu wollen oder als Höhepunkt der Entwicklung zu bewerten. Dabei verändern sich die übergreifenden rechtlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen strafrechtlicher Grundannahmen mal merklich, mal unmerklich fort. So lässt sich gegenwärtig eine verstärkte Tendenz in der Kriminalpolitik ausmachen, der sozialen und politischen Fragmentierung der Gesellschaft mit Straftatbeständen entgegenzuwirken, die Normen und Institutionen symbolisch schützen,⁴⁰ was von expressiv-kommunikativen Straftheorieangeboten in besonderem Maße reflektiert wird.⁴¹ Nähme hingegen das Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft in einem Maße zu, dass auch das Strafrecht fortschreitend zu primär spezialpräventiven Zwecken eingesetzt würde, müssten das straftheoretische Grundmodell und die daran anknüpfende Verbrechenstheorie und Dogmatik diesen Trend verarbeiten. Die Strafrechtswissenschaft kann der-

³⁶ Zur Berechtigung dieser auf Rechtsanwendung und Gesetzgebung ausgerichteten dogmatischen und beratenden Arbeit der Wissenschaft *Jestaedt* (Fn. 1), 28 („Praxistauglichkeit“ bzw. „Gesellschaftsnützlichkeit“ als Rechtfertigungsnachweis der aus öffentlichen Mitteln finanzierten Rechtswissenschaft). – Kritik an der oft kleinteiligen Arbeit („Eklektizismus“, „Zerflattern der Forschungsansätze“) bei *Weigend*, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2005, 44 (59).

³⁷ Die Systematisierung als „Stärke der Strafrechtswissenschaft“ bezeichnend *Hilgendorf*, in: ders./Kudlich/Valerius (Fn. 34), § 18 Rn. 96 ff.

³⁸ Zu Zweifeln, dass sich auf dem Gebiet der Straftheorie noch Neues sagen lasse, *Weigend*, FS Frisch, 2013, 17 (19).

³⁹ In diesem Sinne bereits *Schünemann*, FS Roxin, 2001, 1, 2 ff.; ebenso *Burkhardt*, in: Eser/Hassemer/Burckhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, 111 ff.; aus neuerer Zeit *Hilgendorf*, in: ders./Kudlich/Valerius (Fn. 34), § 1 Rn. 69, § 18 Rn. 76, 106; *Ambos*, GA 2016, 177 (178).

⁴⁰ Dazu und zum Folgenden *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (174 f.).

⁴¹ Vgl. dazu *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (357); *Kubiciel*, FS Merkel, Bd. 1, 2020, 529 (541 f.). – Zu den verschiedenartigen expressiven Straftheorien *Hörnle*, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, 31 ff.

artige Entwicklungen nicht ignorieren, weil sie sich sowohl auf die Gestalt des Strafrechts auswirken als auch die Bedingungen seiner Interpretation und Anwendung verändern. Schon aus diesem Grund bleibt die Reflexion und eine sich ggfs. anschließende Revision strafrechtlicher Metatheorien eine Daueraufgabe der Strafrechtswissenschaft, für deren Bearbeitung sie immer dann gewappnet sein muss, wenn ein Anlass für eine Neubewertung tradierter straf- oder verbrechenstheoretischer Modelle offenbar wird.

3. Unersetzbarkeit

a) Harte Dogmatik anstatt weiche Verbrechenstheorie?

Die Bedeutung dieser Aufgabe lässt sich nicht durch die Überlegung relativieren, dass die Strafrechtswissenschaft auch auf brüchigen straf- und verbrechenstheoretischen Grundlagen in der Lage sei, die Rechtspraxis mit einem für die Lösung von Fällen ausreichenden „Argumentationsdesign“⁴² auszustatten. Nach dieser Verdrängungsthese erübrigen sich die „weichen“ Metatheorien, insbesondere die allgemeine Verbrechenlehre, in dem Maß, in dem harte dogmatische Aussagen für die Lösung von Rechtsproblemen zur Verfügung stehen.⁴³ Dieser Gedanke überzeugt jedoch nicht. Denn ein Argumentationsdesign ist nur so stabil wie der Konstruktionsplan, dem das Arrangement von Einzelargumenten folgt. Weil die dogmatische Begründung eines Strafurteils Antworten auf rechtliche Fragen voraussetzt, die zwar auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelt, aber dennoch miteinander verknüpft sind, müssen diese Teilanworten in einen systematischen und rational begründeten Zusammenhang gebracht werden.⁴⁴ Folglich stehen Rationalität und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung im Zusammenhang mit ihren straf- und verbrechenstheoretischen Fundamenten.⁴⁵

Die tägliche Rechtspraxis zeigt denn auch, dass nicht nur Einzelfälle umstritten und dogmatische Grenzfragen offen sind, sondern dass auch über den Kern zentraler Begriffe keine Klarheit herrscht. Wenn etwa Gerichte und Strafrechtswissenschaft über den bedingten Tötungsvorsatz diskutieren und dabei psychologische Annahmen einerseits und normative Erwägungen andererseits ins Feld führen, stehen grundlegende Meinungsverschieden-

⁴² Zabel (Fn. 25), 101.

⁴³ Vgl. dazu für die Verfassungstheorie Jestaedt (Fn. 1), 18.

⁴⁴ Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 16; Pawlik (Fn. 17), 469, 475 ff.; Zabel (Fn. 25), 101.

⁴⁵ Dabei soll nicht geleugnet werden, dass es situativ möglich ist, ein gerechtes und dogmatisch richtiges Urteil ohne verbrechenstheoretische Verankerung zu fällen. Je stärker sich aber die (höchstrichterliche) Rechtsprechung aus verbrechenstheoretischen Zügen befreit und dogmatische Fragen isoliert, ja ad-hoc, entscheidet, desto unzusammenhängender werden die Teilanworten und desto schwieriger die Vorhersehbarkeit von Urteilen.

heiten über die Modellierung des Vorsatzbegriffs im Hintergrund.⁴⁶ Mehr noch: Der Streit zwischen einem (primär) psychologischen und einem (primär) normativen Vorsatzverständnis hat seine Wurzeln in der grundlegenden strafrechtmethodischen Frage, nach welchen Kriterien dogmatische Modelle zu bilden sind.⁴⁷ Wer beispielsweise strafrechtliche Begriffe in Einklang mit psychologischen Begriffen zu bringen versucht, muss den Vorsatz als einen empirischen Befund und nicht als Ergebnis einer normativen Bewertung begreifen. Wird der Vorsatz hingegen funktional-teleologisch auf die Zwecke strafrechtlicher Reaktionen ausgerichtet, hängt die Begriffsbildung von normativen Festlegungen – namentlich von der Straftheorie – ab:⁴⁸ Soll die Strafe ein Instrument zur spezialpräventiven Einwirkung auf Täter oder zur Abschreckung Tatgeneigter sein, ist individuellen Vorstellungen oder typischen täterpsychologischen Gegebenheiten nachzuspüren.⁴⁹ Sieht man demgegenüber in der Strafe eine Reaktion auf die Verletzung von rechtlich abgesicherten Verhaltensstandards bzw. Pflichten, rücken normative Erwägungen in den Vordergrund der Betrachtung.⁵⁰ Ohne Antworten auf solche Fragen, d. h. ohne diese Form der „Überfeinerung“ des Diskurses, lassen sich dogmatische Fragen nicht stringent und vorhersehbar beantworten. Die Einzelfallerörterung wird stattdessen von topischen Erwägungen geprägt, nicht mehr von verallgemeinerbaren Axiomen eines straftheoretisch fundierten Verbrechenssystems.⁵¹

b) Verfassungsrecht anstatt Straf- und Strafrechtstheorie?

In kriminalpolitischer Hinsicht richtet sich die Hoffnung vieler auf das sog. Strafverfassungsrecht, das als ein besonders zukunftsträchtiges Forschungsgebiet der Rechtswissenschaft gilt,⁵² insbesondere mit Blick auf die (kritische) Begleitung der Gesetzgebung.⁵³ In dieser Hinwendung der Strafrechtswissenschaft zur Domäne einer Nachbardisziplin spiegelt sich

⁴⁶ Vgl. zu diesem Beispiel *Kubiciel*, JZ 2020, 1114 ff.

⁴⁷ So schon *Welzel*, ZStW 58 (1938), 491 (492).

⁴⁸ Dazu *Pawlak* (Fn. 9), 364 f.

⁴⁹ Aus spezialpräventiver Sicht *Momsen*, KriPoZ 2018, 76 (89), am Beispiel der sog. Raser-Fälle.

⁵⁰ Ausführlich *Pawlak* (Fn. 9), 387 ff. Am „Raser“-Beispiel *Kubiciel/Wachter*, HRRS 2018, 332 (334 f.).

⁵¹ Zu den Grenzen topischen Argumentierens und zur Notwendigkeit systematisch-straftheoretischer Begründungen für die Verbrechenslehre und den Allgemeinen Teil des Strafrechts *Pawlak* (Fn. 17), 469 ff. sowie *ders.* (Fn. 9), passim; für die Legitimation und Interpretation der Straftatbestände *Kubiciel* (Fn. 13), 102 ff.

⁵² Allgemein: *Burkhardt*, in: Tiedemann u. a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, 27 (28); für das sog. Religionsstrafrecht *Fateh-Moghadam*, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts*, 3 f., 110 ff.

⁵³ Dazu anhand von Beispielen *Kubiciel*, GS Schockenhoff, 2021, im Erscheinen.

der allgemeine Trend zur Konstitutionalisierung der Rechtsordnung,⁵⁴ der sich wiederum aus der (scheinbaren) Verbindlichkeit verfassungsrechtlicher Aussagen speist. Wer mit der Verfassung argumentiert, sieht sich der Geltungsfrage seiner Prämissen entledigt: Die Vorgaben der Verfassung sind verbindlich,⁵⁵ philosophische Strafbegründungstheorien oder strafrechts-theoretische Argumente sind es nicht.⁵⁶ Daher versprechen sich gerade jene Teile der Strafrechtswissenschaft, die die Aussagekraft rechtsphilosophischer Legitimationsmodelle relativieren, vom Strafverfassungsrecht eine stärkere „Anschlussfähigkeit“ ihrer Argumente⁵⁷ durch eine „verfassungsrechtliche Anreicherung und Durchdringung der strafrechtlichen Perspektive“⁵⁸.

Indes ist die Verfassung selbst dort in hohem Maße interpretationsbedürftig, wo ihre Aussagen eindeutig sind.⁵⁹ Infolgedessen kann jeder Teilnehmer der „Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten“⁶⁰ in das Grundgesetz hineinlesen, was er für richtig hält, solange sich seine Grundgesetz-Interpretation in den breiten Korridoren jener sog. Maßstäbe bewegt, die das BVerfG in seinen Leitentscheidungen entwickelt hat.⁶¹ Aber auch die autoritative Auslegung der Verfassung durch das BVerfG ist keineswegs statisch und starr, sondern selbst historisch kontingent,⁶² da sie letztlich von den „Kräften des politischen Gemeinwesens“ geprägt und ihr Inhalt weiterentwickelt wird.⁶³ Angesichts dessen verwundert es nicht, dass der Strafverfassung verschiedenartige Konzeptionen unterlegt werden. In straftheoretischer Hinsicht befürworten beispielsweise die einen eine generalpräventive Straflegitimation, während andere unter Verweis auf neuere Entscheidungen des BVerfG retributive Modelle befürworten.⁶⁴ Auch in der strafrechtstheoretischen Debatte berufen sich unterschiedliche Positionen auf das Grundgesetz: So versuchen die einen, den Rechtsgutsbegriff verfassungsrechtlich zu fundieren, inhalt-

⁵⁴ Vgl. dazu *Jestaedt*, JZ 2012, 1 (6); *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000.

⁵⁵ Prägnant *Kaspar* (Fn. 18), 39 f.: „offensichtlicher Gewinn an Legitimation“.

⁵⁶ Am Beispiel des Rechtsgutsbegriffs *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 ff.

⁵⁷ Vgl. *Vogel*, JZ 2012, 25 (29); weiterführend sein Schüler *Burchard* (Fn. 52), 40 f., 50 f.

⁵⁸ *Fateh-Moghadam* (Fn. 52), 114.

⁵⁹ Am Beispiel des eindeutig formulierten Art. 103 Abs. 3 GG, dessen Gewährleistungsumfang dennoch interpretatorisch beschränkt wird, *Kubiciel*, GA 2021, 380 ff.

⁶⁰ *Häberle*, JZ 1975, 297.

⁶¹ Grundlegend zur Bedeutung des „Maßstäbeteils“ verfassungsgerichtlicher Entscheidungen *Lepsius*, in: *Jestaedt* u. a. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 159 ff.

⁶² Ausführlich dazu *Lepsius*, in: *Meinel* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, 2019, 119 ff.

⁶³ *Häberle*, JZ 1975, 297 (298 f.).

⁶⁴ Siehe etwa BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 10. Februar 2021, 2 BvL 8/19, Rn. 107; ferner BVerfGE 123, 276, 408; 109, 133, 168. Siehe auch *Landau*, NStZ 2011, 537 ff. Mit weiteren Nachweisen aus der Literatur *Kubiciel* (Fn. 13), 129 ff.

lich auszufüllen und als – maßgeblichen⁶⁵ – Prüfstein an Strafgesetze und Gesetzesvorhaben anzulegen,⁶⁶ während *Hörnle* meint, dass das Strafrecht nur (subjektive) Rechte anderer i. S. des Art. 2 Abs. 1 GG schützen dürfe.⁶⁷

Die Beispiele verdeutlichen das konzeptionelle Problem des Strafverfassungsrechts. Dieses besteht *nicht* darin, dass die Strafrechtswissenschaft keine Vorschläge für eine „Übersetzung“ straftheoretischer Modelle „in die Sprache des Grundgesetzes ausgearbeitet hat.“⁶⁸ Sie hat vielmehr ein Überangebot verschiedener, teils einander widersprechender Übersetzungen entwickelt, die sich alle in die Verfassung hineinlesen lassen. Dies zeigt, dass sich traditionsreiche straf(rechts)theoretische Debatten nicht mit dem Verweis auf „die“ Verfassung erledigen, sondern allenfalls auf eine verfassungsrechtliche Ebene verschieben lassen. Dort erhalten diese Debatten eine besondere Einkleidung, einzelne Positionen werden sich auch als (gegenwärtig) verfassungsdogmatisch kaum vertretbar ausflaggen lassen; in ihrer Substanz muss die Auseinandersetzung um strafrechtliche Metatheorien aber weiterhin straf- und nicht verfassungstheoretisch geführt werden.

IV. Veränderungsaversion und Anpassungsdruck

1. Strafrechtliche Metadogmatik zwischen Skepsis, Desinteresse und Veränderungsaversion

Auch diejenigen, die die Grenzen und Widersprüche dogmatischer Einzelaussagen erkennen und die Unersetzbarkeit straf(rechts)theoretischer Modelle für die Kriminalpolitik konstatieren, mögen bezweifeln, dass sich allgemeine straf-, strafrechts- und verbrechenstheoretische Fragen noch mit ausreichender Verbindlichkeit beantworten lassen. Zweifel an der Entscheidbarkeit von derartigen Debatten weckt der Umstand, dass um Vergeltungs- und Präventionstheorien, den Rechtsgutsbegriff oder Sozialschadenslehren schon seit mehr als zwei Jahrhunderten gestritten wird. In verbrechenstheoretischer Perspektive nährt die Zersplitterung des Rechtsstoffs in einzelfallorientierte Straftatbestände sowie die Ausdifferenzierung von Sonderrechts-

⁶⁵ Deziert *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1 ff.; *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (659 ff.).

⁶⁶ So etwa *Roxin*, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart 59 (2011), 1 (3). Vgl. ferner *Hassemer*, in: Hefendehl u. a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie 2003, 57 ff.

⁶⁷ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, 41 ff.; ähnlich *Schick*, GA 2020, 14 (28); vgl. auch *Gierhake*, ARSP 28 (2020), 172 (205 f.).

⁶⁸ In diese Richtung aber *Fateh-Moghadam* (Fn. 52), 115 f.; *Saliger*, in: Siep u. a. (Hrsg.), Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, 183, 184; *Schünemann*, in: Hefendehl u. a. (Fn. 66), 133 (142 ff., 145).

materien die Skepsis an der Systematisierbarkeit des geltenden Rechts.⁶⁹ Ist aber die Aufbereitung einer systematischen Grundlage nicht (mehr) möglich, fehlt der Entwicklung einer Verbrechenslehre, die mehr als nur didaktischen Zwecken dient, ihre positiv-rechtliche Grundlage.⁷⁰

All dies klingt aktuell – und doch begleiten die Zweifel an der Entscheidbarkeit von Grundfragen und der Systematisierbarkeit eines bunten Rechtsstoffs die Strafrechtswissenschaft seit ihren Anfängen, ohne dass diese vor der Herausforderung die Waffen gestreckt hätte.⁷¹ Mehr noch: Gerade in Zeiten, in denen sich das Recht rasch ändert und das Zusammenspiel einzelner Teilrechtsmaterien komplizierter wird, nimmt „die Halbwertzeit“ dogmatischer Aussagen ab, während der Bedarf an Orientierung durch strafrechts- und verbrechenstheoretische Erkenntnisse wächst.⁷² Dabei dürfen die Erwartungen nicht überspannt werden. Gerade wegen des Bezugs zum geltenden Recht müssen auf straf(rechts-)theoretische Fragen keine Antworten gesucht werden, die Anspruch auf überzeitliche Gültigkeit beanspruchen: Erforderlich und auch ausreichend sind Modelle, die das geltende Strafrecht in seinem (verfassungs-)rechtlichen und gesellschaftlichen Kontext angemessen deuten und es auf eine hier und jetzt anschlussfähige Legitimationsgrundlage stellen. Ebenso wenig muss die Strafrechtstheorie und Verbrechenslehre Aussagekraft für jeden Straftatbestand beanspruchen. Erforderlich und ausreichend sind Theorien, die für den Großteil des Rechts erklärmächtig sind.

Den traditionell bestehenden – teils gewachsenen, teils neuartigen – Bedarf an metatheoretischem Orientierungswissen versuchen große Teile der Strafrechtswissenschaft mit einem überkommenen Theorieangebot zu decken. Gewichtige Stimmen vertreten die Auffassung, dass die überkommenen strafrechts- und verbrechenstheoretischen Modelle nach wie vor richtig seien, es jedenfalls keine überlegenen Modelle gebe.⁷³ Verteidigt wird insbesondere das vor mehr als 50 Jahren entwickelte Modell, im Strafrecht ein Präventionsinstrument zu sehen, das dem Schutz von Rechtsgütern dient, sowie die daraus abgeleitete verbrechenstheoretische Konzeption, die in der auf den Rechtsgüterschutz bezogenen Lehre von der Erfolgzurechnung

⁶⁹ Eine fortschreitende Ausdifferenzierung von Teildogmatiken konstatiert etwa *Saliger*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, 117 (127).

⁷⁰ Plädoyer für einen offenen Diskurs anhand von Sachproblemen ohne Rücksicht auf überkommene Systemansprüche bei *Ambos*, GA 2016, 177 (189), in Anlehnung an *Vogel*, GA 2002, 517 (523).

⁷¹ Zu Feuerbachs Versuch, das Konglomerat teils neuer, teils tradierter, teils als irrational geltender Strafrechtsnormen mit Hilfe der Rechtsverletzungslehre zu systematisieren und zu begrenzen, *Jakobs* und *Kubiciel*, in: Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlak (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, 2014, 209 ff., 393 ff.

⁷² So für die Verfassungstheorie *Jestaedt* (Fn. 1), 26.

⁷³ So explizit *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1 (25 f.). In der Sache ebenso *Hilgendorf*, in: ders./Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 27 Rn. 7, 82.

den Kern einer kriminalpolitisch-zweckrationalen Verbrechenslehre sieht.⁷⁴ Dabei kann dieser Ansatz zahlreiche Erscheinungsformen des geltenden Rechts – von Einzeltatbeständen bis hin zu ganzen Deliktsgruppen – nicht mehr hinreichend erklären.⁷⁵ So kann die präventionstheoretische Grundierung des Modells die (verfassungs- und strafrechtliche) Notwendigkeit einer *schuldhaften* Tat nicht integrieren.⁷⁶ Verbrechenstheoretisch geht das um die Erfolgszurechnung kreisende Modell an allen Deliktsarten vorüber, die (wie der Versuch oder abstrakte Gefährdungsdelikte) keinen Erfolg voraussetzen. Während der für das gängige Modell zentrale tatbestandliche Erfolg gerade *kein* gemeinsames Merkmal des Verbrechens ist, drängt die tradierte Verbrechenslehre das verbindende Element aller Deliktstypen in den Hintergrund: die Pflichtwidrigkeit bzw. die Verletzung einer Verhaltensnorm.

Dass das gängige Zurechnungsmodell nicht an der Pflichtwidrigkeit als Gemeinsamkeit aller Delikte ansetzt und diese verbrechenssystematisch zu verarbeiten versucht, sondern an der Rechtsgutsverletzung, die bei nicht wenigen Deliktsgruppen fehlt, hat keine strafrechtsdogmatischen Gründe. Vielmehr wird die Ablehnung einer an der Pflichtwidrigkeit bzw. dem Verhaltensnormverstoß ausgerichteten Verbrechenslehre rechtspolitisch-ideengeschichtlich begründet. So heißt es, damit gerate „die Realität der durch Straftaten verwirkten Verletzungen“ aus dem Blick; verbrechenstheoretisch nicht primär auf „reale Güterverletzungen“ abzustellen, sei der Bevölkerung nicht zu vermitteln.⁷⁷ Ferner wird hervorgehoben, dass die Pflichtverletzungslehre das nationalsozialistische Strafrechtsdenken geprägt habe und mit ihr die Bestrafung von Verletzungen beliebiger Normen gerechtfertigt worden sei.⁷⁸ Diese Kritik übersieht, dass auch Verbrechenstheorien, die die Pflichtverletzung in das Zentrum rücken, individuelle Schädigungen als Verletzung subjektiver Rechte integrieren⁷⁹ – jedenfalls dort, wo der Tatbestand solche Erfolge vorsieht, was, wie gezeigt, häufig nicht der Fall ist. Auch der ideengeschichtliche Einwand überzeugt nicht, da sich die Gegenüberstellung von „weißer“ Rechtsgutslehre und „schwarzer“ Pflichtverletzungslehre

⁷⁴ Für ein Festhalten am geltenden „Standardmodell“ *Hilgendorf*, in: ders./Kudlich/Valerius (Fn. 73), § 27 Rn. 7, 82; ebenso *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1 (2 ff.).

⁷⁵ Dies wird indes oft nicht als Mangel der theoretischen Konzeption, sondern als Fehler des Gesetzgebers verbucht, vgl. zu diesem Befund bereits *Dahm*, ZStW 57 (1938), 225 f.; *Welzel*, ZStW 58 (1938), 491 (492 f.). Letztgenannter Aufsatz markiert den Umbruch vom strafrechtswissenschaftlichen Naturalismus zum Finalismus.

⁷⁶ Näher dazu *Kubiciel* (Fn. 13), 138 ff.

⁷⁷ So *Hilgendorf* (Fn. 74), § 27 Rn. 12.

⁷⁸ Vgl. statt vieler *Hilgendorf* (Fn. 74), § 27 Rn. 76. – Dass die Pflichtverletzungslehre diskreditiert ist, konstatiert *Jakobs*, Rechtsgüterschutz?, 2012, 22. Gegen „formalistische“ Ansätze, deren Pflichten mit „strafrechtsexternen“ Inhalten „aufgefüllt“ bzw. konkretisiert würden, *Greco*, GA 2019, 684 ff.

⁷⁹ Siehe nur *Kubiciel* (Fn. 13), 129 ff. (mit Beispielen).

nicht halten lässt: Zum einen gab es auch Versuche, die Rechtsgutsverletzungslehre in nationalsozialistisch gefärbte Strafrechtskonzeptionen zu integrieren,⁸⁰ was Folge der inhaltlichen Ausfüllungsbedürftigkeit des Begriffs ist.⁸¹ Und zum anderen bleibt unberücksichtigt, dass unter der Geltung der Verfassung Normen, auf deren Verletzung Strafe folgt, nicht willkürlich gesetzt werden dürfen, sondern der Erreichung „legitimer Gemeinwohlziele“ dienen müssen.⁸²

So gesehen, ist das Festhalten am Rechtsgutsdogma weder verbrechenstheoretisch noch kriminalpolitisch überzeugend oder gar geboten. Nachvollziehbar ist die von *Hörnle* kürzlich kritisierte „defensive Haltung“ der Strafrechtswissenschaft und ihren Hang zur „Verteidigung tradierter Konzeptionen“⁸³ aber aus einer wissenschaftssoziologischen Perspektive. Gerade für Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler drängt es sich keineswegs auf, einen strafrechts- oder verbrechenstheoretischen Standpunkt einzunehmen, dem eine prekäre ideengeschichtliche Herkunft unterstellt wird und der der immer noch herrschenden Meinung (und oft auch der Position ihrer Lehrerinnen und Lehrer) widerspricht. Infolgedessen belässt man es oftmals bei der Nachzeichnung des Tradierten; gelegentlich werden zwar vorsichtige Modifikationen vorgenommen, diese lassen aber den Kernbestand unverändert.

2. Anpassungsdruck

Dabei wird übersehen, dass sich die gesellschaftlichen Bedingungen, die den tradierten Metatheorien in den 1960er und 1970er Jahren zum Durchbruch verhalfen, inzwischen erheblich verändert haben. Kennzeichnend für die Zeit der Entwicklung der Rechtsgüterschutzlehre war, dass die Gesellschaft über soziale Ordnungsvorstellungen hinweggegangen war,⁸⁴ die das strafrechtliche Denken der Nachkriegszeit und die Arbeit der Großen Strafrechtskommission prägten. Stattdessen orientierte man sich am Bild eines selbstbestimmten Menschen, dessen Rechtsgüter geschützt werden sollten, während eine übergreifende Sittlichkeit und tradierte Institutionen nicht mehr oder

⁸⁰ Dazu *Jakobs* (Fn. 77), 22 f.; *Pawlak* (Fn. 9), 130 f.; vgl. auch *J. Vogel*, ZStW 115 (2003), 638 (667, dort Anm. 161). – Dass die Kritik am Rechtsgutsdenken in den 1930er Jahren nicht als „Eigenheit nationalsozialistischer Ideologie“ verstanden werden kann, betont auch *B. Vogel*, ZStW 128 (2016), 139 (147). *A. A. Martins*, ZStW 125 (2013), 234 (239).

⁸¹ Seit langem ist daher auch offenbar, dass der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff kein gezungebungskritisches Potenzial aufweist, das über die vom BVerfG verwendete Formel hinausgeht. Dazu mit weiteren Nachweisen *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (172 f.); ideengeschichtlich ders., in: ders./Kudlich/Valerius (Fn. 34), § 24 Rn. 46 ff.

⁸² Vgl. nur BVerfGE 153, 182, Rn. 226; s. ferner *Freund/Rostalski*, GA 2020, 617 (624 f.).

⁸³ *Hörnle*, in: Dreier (Hrsg.) Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, 183, 198, 213 ff.

⁸⁴ *Nolte*, Die Ordnung der deutschen Gesellschaft, 2000, 386; *Wolfgram*, Die geglückte Demokratie, 2007, 219.

allenfalls als nachrangig schutzwürdig galten.⁸⁵ In einer Gesellschaft selbstbestimmter Individuen kommt dem Strafrecht vor allem die Aufgabe zu, Rechtsgüter dieser Einzelnen vor Schäden zu schützen, nicht Werte, Traditionen oder Institutionen. Diese Veränderungen in der Gesellschaft griffen die vor 50 Jahren arbeitenden Verbrechenstheoretiker auf und integrierten sie in ihre Metatheorien. Sie können daher für sich in Anspruch nehmen, strafrechts- und verbrechenstheoretische Modelle vorgelegt zu haben, die auf der Höhe ihrer Zeit waren.

Demgegenüber blenden große Teile der heutigen Strafrechtswissenschaft den Umstand aus, dass sich die Gesellschaft und ihre normative Selbstbeschreibung in den vergangenen fünfzig Jahren fortentwickelt haben. So ist die Gesellschaft sensibler für die Entstehung von (neuartigen) Großrisiken geworden und verlangt vom Staat deren Einhegung (auch mit strafrechtlichen Mitteln).⁸⁶ Kennzeichnend für die Gesellschaft ist zudem ein Nebeneinander von Individuen, die eine Vielzahl unterschiedlicher Lebensstile ausgeprägt haben⁸⁷ und für diese Respekt und Anerkennung einfordern,⁸⁸ und Gruppen, die sich entlang nationaler, religiöser, ideologischer, kultureller und anderer Identitätsmerkmale ausgebildet haben.⁸⁹ Diese Vielfalt an Lebensformen, Weltbildern und Interessen erhöht zum einen die Komplexität der sozialen Probleme, deren Lösung von Exekutive und Legislative erwartet wird.⁹⁰ Zum anderen muss der Staat auf die gesellschaftliche Fragmentierung und die sich daraus ergebenden Spannungen reagieren. Dies tut er auch mit kriminalpolitischen Mitteln. So zeigt sich eine Tendenz zur strafrechtlichen Garantie von Normen, die (auch) Sittlichkeitsvorstellungen schützen (vgl. etwa § 237 StGB)⁹¹, die an identitätsbestimmenden Merkmalen Einzelner anknüpfen oder die Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit einzelner Gruppen bestätigen.⁹² Dabei versteht sich der Staat zwar nicht als „Bewahrer dichter, ethisch aufgeladener Orientierungsmuster“, in denen sich die Gemeinschaft seiner Bürger wiederfinden soll,⁹³ immerhin reagiert der Gesetzgeber aber auf das Verlangen gesellschaftlicher Gruppen nach (symbolischer) Anerken-

⁸⁵ Kubiciel, in: Löhnig/Preisner/Schlemmer (Hrsg.), Reform und Revolte, 2002, 217, 219ff.; Greco, JZ 2016, 1125 (1126).

⁸⁶ Prittitz, Strafrecht und Risiko, 1993, 56 ff., 160 ff.

⁸⁷ Nolte (Fn. 84), 406. Siehe auch Vesting, AÖR 122 (1997), 337 (352): „Buntes Patchwork unterschiedlichster Lebensformen“ jenseits von Stand, Klasse und Schicht.

⁸⁸ Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2017, 9, 433.

⁸⁹ Reckwitz (Fn. 88), 10, 394 f.

⁹⁰ Habermas, Ach, Europa, 2008, 138, 156.

⁹¹ Eine Tendenz, die durch die gesellschaftliche Fragmentierung gefördert wird; siehe dazu Kubiciel (Fn. 41).

⁹² Ein aktuelles Beispiel für letztgenanntes Phänomen ist die Diskussion um eine (besondere) Strafe für das sog. Catcalling.

⁹³ Vgl. Nettesheim, Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben, 2017, 20.

nung. Zudem schützt der Staat schon seit geraumer Zeit (wieder) Institutionen, die für das Leben der Einzelnen in der Gesellschaft von funktionaler, aber auch persönlich-emotionaler Bedeutung sind: Beispiele für erstgenannte Institutionen sind das Kredit-, Versicherungs- oder Gesundheitswesen, ein Beispiel für die zweitgenannten ist der organisierte Sport. Schließlich dient das Strafrecht immer öfter „Verwaltungs- und Wohlfahrtszwecken“,⁹⁴ indem Normen des Arbeits-, Sozial-, Wirtschafts- oder Medizinrechts unter Strafandrohung gestellt werden. Hier verliert die Strafe ihr „Spezifikum, nämlich Reaktion auf besonders unerträgliche, moralisch verwerfliche Verletzungen oder konkrete Gefährdungen“ zu sein.⁹⁵ Das Strafrecht der Gegenwart ist mithin zu einem Konglomerat von Tatbeständen geworden, die nur zum Teil dem Schutz subjektiver Rechte bzw. Individualrechtsgüter vor schädigenden Erfolgen dienen und im übrigen Normen mit verschiedenartigen Zielen und von unterschiedlicher, nationaler, europäischer und internationaler Provenienz garantieren.

Die skizzierten gesellschaftlichen Veränderungen schlagen sich nicht nur im geltenden Strafrecht nieder. Sie verändern damit auch die positivrechtlichen Grundlagen, auf denen Metatheorien wie die Strafrechtstheorie oder die allgemeine Verbrechenslehre aufsetzen müssen. Daher müssten derartig breitflächige und fundamentale Entwicklungen auch zu paradigmatischen Verschiebungen führen, die nicht nur das Verständnis einzelner Tatbestandsmerkmale oder Begriffe modifizieren, sondern auch den metatheoretischen Bezugsrahmen verändern, in dem Begriffe ausgeformt werden. Nicht so jedoch in jenen Teilen der Strafrechtswissenschaft, die an den tradierten Modellen festhalten. Während die einstigen Entwickler dieser Theorien und Leitbilder den Geist ihrer Zeit straf- und verbrechenstheoretisch verarbeitet haben, blenden ihre Epigonen aus, dass die strafrechtlichen Metatheorien einen Gutteil jener positiv-rechtlichen, gesellschaftlichen und wissenschaftstheoretischen Grundlagen eingebüßt haben, auf der sie entwickelt wurden.⁹⁶ Dadurch haben die Metatheorien wesentliche Voraussetzungen ihrer Überzeugungskraft verloren: ihre feste Verbindung zum geltenden Recht sowie zu übergreifenden gesellschaftlichen Plausibilitätsstandards.⁹⁷

⁹⁴ Weigend, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2005, 44, 62.

⁹⁵ Weigend (Fn. 94), 62.

⁹⁶ Dazu bereits Kubiciel, ZStW 131 (2019), 1115 (1123 ff.); ders. (Fn. 41), 550 ff.

⁹⁷ Grundlegend dazu Pawlik, FS Paeffgen, 2015, 13 ff., insbes. 24 ff.

V. Metarechtlicher Neuansatz

Die skizzierten grundsätzlichen Defizite verstärken die (stets existierenden) Zweifel an der Überzeugungskraft dogmatischer Einzellösungen und kriminalpolitischer Postulate.⁹⁸ Wenn also die „Zeichen der Zeit (...) auf eine Neuausrichtung“ von Straf(rechts)theorie und Verbrechenslehre hindeuten,⁹⁹ hat dies nicht nur jene genuin straftheoretischen Gründe, die *Frisch* und *Rostalski* hervorheben.¹⁰⁰ Mindestens ebenso wichtig sind gesellschaftliche Veränderungen, die den Resonanzboden straf- und verbrechenstheoretischer Modelle verändert und tiefen Spuren im geltenden Recht hinterlassen haben.

Mehrere Arbeiten haben denn auch den Anspruch der Strafrechtswissenschaft erneuert, „das Straftatsystem als sachlogische Ordnung der funktional und legitimationsbezogen notwendigen Voraussetzungen des Einsatzes einer auf Normbefolgung ziellenden staatlichen Strafe zu entwickeln.“¹⁰¹ Dies ist nicht nur Ausdruck eines die Strafrechtswissenschaft seit jeher prägenden Systemwillens. Aktualisiert wird auch die traditionsreiche Methode, mittels derer ein klassisches Systemversprechen eingelöst werden soll: Die deduktive Ableitung des Verbrechensbegriffs und seiner Elemente aus einer Straftheorie.¹⁰² Folglich besteht die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft zunächst darin, aus dem geltenden Strafrecht eine Straftheorie abzuleiten, die hinreichend komplex ist, um sowohl die Vielgestaltigkeit der geltenden Straftatbestände abzubilden als auch den Gerechtigkeitsanforderungen Genüge zu tun, die an die Verhängung von Strafe zu stellen sind. Zudem muss sie axiologisch zureichend stringent sein, um eine Modellierung einer konsistenten Verbrechenslehre und Dogmatik zu ermöglichen. Nicht nur die Straftheorie muss die Gestalt des geltenden Strafrechts reflektieren. Auch Strafrechtstheorie und Verbrechenslehre müssen angemessen erklärmächtig sein und dürfen die Strafrechtswissenschaft nicht (länger) in die Position bringen, einen beträchtlichen Teil von Straftatbeständen oder Deliktsgruppen als Abweichung von ihrem strafrechts- und verbrechenstheoretischen System behandeln zu müssen. Daher hat die Wissenschaft der grundlegenden Bedeu-

⁹⁸ *Pawlak* (Fn. 97), 24 f.

⁹⁹ So *Rostalski* (Fn. 17), 14, unter Verweis auf *Pawlak* (Fn. 16), 156; ähnlich *Frisch*, GA 2019, 185.

¹⁰⁰ Siehe *Frisch*, GA 2019, 185 (186 ff.), der als Grund für die Neuausrichtung „Veränderungen im Bereich der Straftheorie und des Verständnisses des Wesens der Straftat“ hervorhebt. Ähnlich *Rostalski* (Fn. 17), 6 ff., die die Verbrechenslehre funktional am Ziel einer gerechten Strafe und der diese gewährleistenden Straftheorie ausrichten will.

¹⁰¹ So *Frisch*, GA 2019, 537.

¹⁰² Vgl. *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, 152; ferner *Rostalski* (Fn. 17), 126.

tung der Normverletzung bzw. Pflichtwidrigkeit als verbrechenstheoretische Gemeinsamkeit und Grundlage aller Deliktstypen und Tatbestände Rechnung zu tragen.¹⁰³ Zwar erkennt die herrschende Meinung implizit an, dass die Feststellung strafrechtlichen Unrechts ohne Rückgriff auf dem Straftatbestand vorgelagerte Normen unmöglich ist. Handgreiflich war dies schon immer bei Blankett- und offenkundig akzessorischen Straftatbeständen des Wirtschafts- und Nebenstrafrechts,¹⁰⁴ bei Fahrlässigkeitsdelikten sowie bei der Strafbarkeit des unechten Unterlassens.¹⁰⁵ Die Lehre von der objektiven Zurechnung trägt der Bedeutung der Pflichtwidrigkeit immerhin durch das Erfordernis der „Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr“ Rechnung. Einer strafrechtssystematischen Verarbeitung dieser Erkenntnis hat sich die herrschende Meinung indes widersetzt, da dies mit einer Relativierung des Rechtsguts als dogmatischem Zentralbegriff einherginge. Will man aber die Strafrechts- und Verbrechenstheorie dem geltenden Recht annähern und das „Strafrecht hinter dem Strafrecht“ sichtbar machen, führt kein Weg daran vorbei, die Pflichtwidrigkeit nicht mehr schamhaft in den Nebenräumen der Verbrechenslehre zu verstecken, sondern in das Zentrum zu rücken. Auf diesen metarechtlichen Grundlagen lassen sich dann Einzelheiten der objektiven und subjektiven Zurechnung erarbeiten und Antworten auf dogmatische Einzelfragen finden.

Auch in kriminalpolitischer Hinsicht bedarf es eines Neuansatzes, der die bisherige Verengung auf den Rechtsgutsbegriff überwindet.¹⁰⁶ Denn Gesellschaft und Staat haben in der Regel schon über die Schutzwürdigkeit eines subjektiven Rechts oder einer Institution (vulgo: Individual- oder Kollektivrechtsgut) entschieden, wenn der Gesetzgeber über die Sanktionierung einzelner Verletzungen solcher Rechte oder Institutionen nachzudenken beginnt. Zudem hält die Rechtsgutslehre dazu an, die Perspektive des Trägers eines Rechtsgutes einzunehmen und vor allem dessen Schutzinteressen zu fokussieren. Dem Strafrecht geht es aber vor allem um die Garantie von Verhaltensnormen, die für eine Vielzahl von Interaktionen gelten und die eine möglichst konfliktfreie Koordination von Interaktionen in der Gesellschaft gewährleisten sollen. Verhaltensnormen sind daher in der Regel ein Kompromiss gegenläufiger Freiheitsinteressen. Eine kriminalpolitische Prüfung von Gesetzesvorhaben muss deshalb vor allem die strafverfassungsrechtliche Frage nach der Verhältnismäßigkeitsprüfung in den Blick nehmen. Dabei

¹⁰³ Damit kann sie zugleich Anschluss an moderne (internationale) Konzepte gewinnen, in denen diesen Begriffen „erhebliches Gewicht zukommt“; so *Zabel* (Fn. 25), 105.

¹⁰⁴ Zur Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts statt vieler *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2013, S. 1 ff.

¹⁰⁵ Vgl. statt vieler *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 14 ff. (Fahrlässigkeit), Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 1 (Unterlassen).

¹⁰⁶ Dazu und zum Folgenden schon *Kubiciel/Weigend*, KriPoZ 2019, 35 (36 ff.).

kann die Strafrechtswissenschaft – insbesondere bei der Angemessenheitsprüfung – auf die Geltung strafrechtstheoretischer Grundstrukturen im positiven Recht hinweisen und ggfs. Abweichungen von dieser „Grammatik“ durch Fortschreibungen des Rechts kenntlich machen. Auf diese Weise können strafrechtliche Metatheorien auch ein – zugegebenermaßen schwaches – kriminalpolitisches Kritikpotenzial entwickeln.

All dies hat nicht nur einen gegenständlichen Funktionswert, dient also nicht nur der Analyse und Systematisierung des Strafrechts bzw. der Erfüllung kriminalpolitischer Aufgaben. Es hat auch einen nach innen gerichteten, disziplinären Sinn und Zweck: Die Abgleichung metarechtlicher Modelle mit der rechtlichen und sozialen Wirklichkeit führt dazu, dass die Strafrechtswissenschaft das Fragen nicht verlernt.¹⁰⁷ Sie bleibt nicht nur gegenüber Rechtsprechung und Gesetzgebung kritikfähig, sondern auch *selbstkritisch*. So kann sie – wie es sich für eine rationale Wissenschaft geziemt – ihre eigenen Axiome und Modelle regelmäßig prüfen und gegebenenfalls erneuern. Nur wenn metarechtliche Grundfragen in regelmäßigen Abständen ernsthaft diskutiert werden, verhindert die Strafrechtswissenschaft eine Erstarrung nach innen und den Verlust an Sprechfähigkeit nach außen. Theorien und Reflexionsmodelle zu entwickeln, die das geltende Strafrecht nicht ignorieren, sondern hinter dieses zurückgreifen und es transzendieren – darin besteht die „ewige Aufgabe“ der Strafrechtswissenschaft.

¹⁰⁷ Vgl. Jestaedt (Fn. 1), 40: Der Dogmatik soll „Theorie“ zugeführt werden, um „ihre Selbstsicherheit durch Komplexität“ zu irritieren.