

Frankfurter
kriminalwissenschaftliche
Studien 63

Dirk Fabricius

Was ein Lehrbuch lehrt...

**Frankfurter
kriminalwissenschaftliche Studien**

Herausgegeben von
Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht
Prof. Dr. Dirk Fabricius
Prof. Dr. Klaus Günther
Prof. Dr. Winfried Hassemer
Prof. Dr. Herbert Jäger
Prof. Dr. Walter Kargl
Prof. Dr. Klaus Lüderssen
Prof. Dr. Wolfgang Naucke
Prof. Dr. Ulfried Neumann
Prof. Dr. Ernst Amadeus Wolff

Bd./Vol. 63



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · New York · Paris · Wien

Dirk Fabricius

Was ein Lehrbuch lehrt...

Eine exemplarische Untersuchung von
Jakobs Strafrecht – Allgemeiner Teil



PETER LANG

Europäischer Verlag der Wissenschaften

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

Fabricius, Dirk:

Was ein Lehrbuch lehrt ... : eine exemplarische Untersuchung
von Jakobs Strafrecht – allgemeiner Teil / Dirk Fabricius. *
Frankfurt am Main ; Berlin ; Bern ; New York ; Paris ; Wien :
Lang, 1998

(Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien ; Bd. 63)

ISBN 3-631-33693-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem,
säurefreiem Papier.

ISSN 0170-6918

ISBN 3-631-33693-4

© Peter Lang GmbH

Europäischer Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 1998

Alle Rechte vorbehalten.

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

Printed in Germany 1 2 4 5 6 7

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	9
Einleitung: Lehre von den gesamten Kriminalwissenschaften?	13
I. Ethnopschoanalyse als empirische Sozialforschung	17
A. Gegenstandsadäquate Empirie	18
1. Bestimmung des Gegenstandes	18
2. Ist die Suche nach dem Gegenstand aussichtsreich?	19
a. Interpretation	19
b. Juristensprache: Fachsprache und/oder rhetorisches Instrument?	19
c. Eine Übersetzung des Juristischen ins Psychologische	20
d. Über Sprache und Psychologie hinaus	21
3. Mustererkennen statt Objektbeschreibung	22
4. Was heißt "empirisch"?	24
6. Nicht am guten Alten, sondern am schlechten Neuen anknüpfen! (Kisker)	26
7. Bewußt, Unbewußt, Abwehr	26
8. Kultur, Gesellschaft, Individuum: zum Verhältnis von Ethnologie, Soziologie, Psychologie	29
B. Von der Methode zur Technik – vom Material über Daten zur Interpretation	32
1. Fachbücher	32
2. Die Daten aus dem Material gewinnen: Die Sammlung von Merkwürdigkeiten	33
3. Merkwürdigkeiten als Symptome verstehen	34
4. Wiedergabe, Beschreibung, Interpretation und Deutung	35
5. Indikatoren für korrekte Deutungen	36
a. In der Therapie	36
b. Bei der Textinterpretation	37
6. Zur Darstellung und Möglichkeit intersubjektiver Prüfung	38
II. Strafrecht und Strafruristen: Explizites zu "Sollen und Sein" ..	39
A. Strafrechtsdogmatik	39
B. Strafrecht	39
1. Ziele und Zwecke des Strafrechts	39
2. Mittel und Wege: Positive Generalprävention und ihre Operationalisierung	41
3. Der Begriff der Strafe	42

4. Die Legitimität der Normen	43
C. Juristen und andere in der Strafjustiz Tätige: Produzenten und Produktionsbedingungen	44
D. Das explizite Verhältnis von Sein und Sollen	44
III. Latente Vorstellungen und latentes Wissen	47
A. Kriminologie	47
1. Delikte	48
2. Der "soziale Ort der Kriminalität"	48
3. Täter und Opfer	49
4. Kriminalpolitische Tendenzen: Strafbarkeitsquoten	50
B. Das Bild der Juristen	51
C. Der Mensch	53
1. Handlungsregulation	55
a. Körperliches: Antriebe und Reaktionsbildung	55
b. Antriebssteuerung: Wahrnehmung, Denken und Gefühl	55
c. Gestaltung der Antriebssteuerung: Motivation	56
2. Das Strafrechtssubjekt	60
a. Mensch und Subjekt; Was ist ein Subjekt im Strafrecht?	61
b. Ein Subjekt muß nicht Mensch sein	62
3. Schuld: Zuständigkeit für Mangel an dominanter rechtlicher Motivation oder auch zu verantwortender Rechtsuntreue	63
a. Zuständigkeit, Fähigkeit, Kompetenz	64
b. Die methodische Legitimität der Umdeutung von Fähigkeit in Eignung	67
c. Das Teildementi: die Psychopathen	68
d. Implikationen für die Praxis	69
D. Die Gesellschaft	70
1. Ökologie und Technologie	70
2. Institution und Organisation	71
3. Der Institutionsbegriff	71
a. Mensch und Institution	72
b. Der Prototyp der Institution: Familie	75
c. Vom Prototyp zum Serienmodell	76
d. Formelle und materielle Institution	78
e. Ergebnisse und Konsequenzen	78
f. Zum Begriff "Rechtstreue" - die Gesellschaft als Institution	79
g. Strafjustiz als Institution	80
4. Der Begriff der Organisation	81
5. "Die Chronik eines angekündigten Todes"	82

E. Rechtstheorie (1): Wie dominant ist das Motiv der Rechtstreue? ..	83
1. Der Wissenschaftler und die Norm	84
2. Die Justizpraxis und die Norm	84
3. Wie wird die Regelmäßigkeit zur Regel?	87
4. Die Macht der Gewohnheit und das normative Moment	90
a. Schädlichkeit und Auffälligkeit	90
b. Sozialadäquanz	91
c. Das erlaubte Risiko als Tatbestandsmerkmal	92
d. Ubiquitär aufgezwungene unerlaubte Risiken	93
e. Zusammenfassung	94
F. Rechtstheorie (2): Wie eine Norm entsteht, verändert wird und untergeht	94
1. Desavouierung der Norm und die Vermeidung des Duells	95
a. Der alkoholisierte Fahrer als Prototyp des Herausforderers?	96
b. Die Antwort des Herausgeforderten	98
c. Ergo: Bedeutung von Tat und Strafe werden nicht kommuniziert	98
2. Derogation	99
3. Erlaubnis durch gesellschaftliche Kräfte	100
4. Ergebnis	100
IV. Disziplinäre Sichtweisen, ihr tatsächliches und gewünschtes Gewicht	103
A. Ausdrückliche Aussagen	103
B. Tatsächliches Vorgehen	103
1. Die Vertreibung der Psychologie betreibt die Psychisierung und die Systemtheorie rationalisiert magisches Denken	103
2. Die Bedeutung von "normativ" und "kognitiv"	106
C. Gegenläufige Momente	110
V. Zusammenfassung	111
Literatur	115

Vorwort

Die Untersuchung, von der dieses Buch berichtet, liegt schon einige Jahre zurück. Sie nahm die erste Auflage des Jakobschen Lehrbuches als Material – wurde allerdings an Hand der zweiten gegenkontrolliert – und behandelte es als geschlossenen Korpus, dessen inneres Geflecht rekonstruiert werden sollte, das Netz aus Aussagen, Gedankenketten, Fällen und deren Entscheidung. Dabei ging (und geht) es mir nicht in erster Linie darum, mich mit der Jakobsche Konzeption und ihrer Durchführung auseinanderzusetzen, *sondern eine Lesart zu entwickeln und auszuprobieren, die den Gehalt von Büchern in umfassenderer Weise darzustellen gestattet.*

Die Wahl fiel auf Jakobs' Buch aus formalen Gründen und es gab und gibt eine Reihe von (inzwischen auch neuen) Büchern, die gleichermaßen dazu taugen¹. Ein dafür geeignetes Buch mußte vom Umfang her genügend Material bieten, von seinem Niveau so hoch sein, daß sich die Brüche, Widersprüche und Ungereimtheiten in deutlichem Kontrast zur Umgebung zeigen, und schließlich, um das Attribut "exemplarisch" zu begründen, sollte sein Autor ein Repräsentant der Strafrechtswissenschaft sein. Nur ein "starkes Exemplar" seiner Gattung eignete sich und daß Jakobs' Buch eines davon ist (und auf absehbare Zeit bleibt), steht außer Frage (Fischer 1984).

Allerdings ließe sich, einmal entwickelt, diese Methode meinem verdichteten Verdacht nach auch auf Texte populärerer Art bis hin zu Repetitoriums-Skripten anwenden, wenngleich es schwieriger sein dürfte, weil sie weniger aus einem Guß, tief reflektiert und weniger prägnant sind².

Der Einwand also, Jakobs sei nicht repräsentativ, nicht das, was die Studenten läsen und das Material inzwischen zu alt, trifft daher nicht: es könnte ein Lehrbuch aus dem letzten Jahrhundert eines die "h.M." prägenden Autors sein.

Punktuell habe ich allerdings Aussagen von Jakobs an anderen Stelle unterstützend herangezogen und die Debatte um den Funktionalismus aufgegriffen, um meine Befunde zu sichern oder für die strafrechtswissenschaftliche Debatte besser nutzbar zu machen. Das heißt aber keineswegs, daß die anderen Konzeptionen des Strafrechts mir vorzugswürdig erschienen. Denn was die Deskrip-

¹ Insbesondere die Lehrbücher von Roxin (3.A.; 1997) und Köhler (1997)

² Eine vorher durchgeführte Untersuchung der Strafprozessrechtslehrbücher von Peters, Roxin und Schlüchter hat dies mir gezeigt und veranlaßt, ein Lehrbuch des materiellen Strafrechts zu wählen und mit der Methode fortzufahren.

tion angeht, sieht Jakobs sehr klar und vernebelt auch nicht³. Was allerdings die Kursbestimmung angeht, so dreht Jakobs bei, indem er das Gegebene als das für die Strafrechtsperson Unabänderliche und Hinzunehmende ausgibt⁴ – das Strafrecht wird zum Floß (oder havariertem Segler) in gesellschaftlichen Strömungen⁵; dies impliziert eine – den Juristen nicht zu Unrecht nachgesagte – Sein–Sollen–Mischung⁶. Die Unbewußtmachung, deren Spuren ich sichtbar zu

³ Und mir scheint die Begier, den Funktionalismus zu kritisieren habe zumindest auch die Funktion, die schlechten Alternativen zu stabilisieren, die "alteuropäische Prinzipien" propagieren, aber wenig Neigung zeigen, den Worten Taten folgen zu lassen.

⁴ Wenn er die Anstößigkeit seiner Lehre mit "anteilsnahmslose(n) Beschreibung und Ausschluß von Utopie" erklärt (Jakobs 1995, S. 867), so stimmt dies nur, wenn man die stillschweigende Prämisse übernimmt, eine teilnehmende Beschreibung bedinge Utopie, was dann wohl auch heißt, sei schon verzerrt, nicht mehr objektiv. Anteilnehmende Beschreibung kann aber zutreffend sein, wenn die solche Anteilnahme begleitenden Affekte nicht dominant, sondern sublimiert sind und das Paradies auf Erde weder als schon gegeben noch als erreichbar dargestellt wird. Dann bleibt immerhin die Möglichkeit, dem eigenen Handeln eine Richtung zu geben, die nur aus der Anteilnahme heraus bestimmt werden kann.

⁵ "...es geht nicht um das Strafrecht einer wünschenswerten, sondern derjenigen Gesellschaft, die das Rechtssystem ausdifferenziert hat, und alles Voreilen oder Retardieren hat nur dort Sinn, wo es gilt, schon wirklich angelegte Linien konsequent auszuzeichnen; ... Die Strafrechtswissenschaft mag zwar offenlegen, was neue rechtliche Regelungen genau bringen werden und was vom Gebrachten nach der bestehenden Wertung als Nutzen und was als Schaden durchgeht. Aber gegen politische Umwertungen ist sie machtlos und für politische Umwertungen kann sie nicht optieren." (Jakobs 1995, S. 855) Eine kritische Rechtswissenschaft mit politisch verantwortlichen Intellektuellen als ihren Trägern ist demnach Sache der philosophischen und gesellschaftswissenschaftlichen Fakultäten.

⁶ "Strafrechtlicher Funktionalismus wird hier als die Lehre begriffen, das Strafrecht sei auf die Garantie der normativen Identität, auf die Garantie der Verfassung, der Gesellschaft ausgerichtet." (Jakobs 1995, S. 843) Wenige Zeilen weiter wird die Unterscheidung von sozialen und psychischen Systemen als die Leistung der Luhmannschen Systemtheorie herausgestrichen. Verfassung als Grundgesetz und tatsächlicher Zustand (ein beliebtes Wortspiel). Gesellschaft mit ihrer Verfassung gleichgesetzt (wenn das Komma kein Satzfehler ist) und beides mit der "normativen Identität" der Gesellschaft vermischt die Sein/Sollen–Unterscheidung mehrfach, und der Begriff der "normativen Identität" in sich fügt den Zweideutigkeiten eine weitere hinzu. Zweideutigkeiten, die sich wiederholen und vielfältig variiert unten benannt (s. unten 10, 10) werden. Der Begriff der Identität ist jedenfalls auch psychologischer Natur und die Tendenz, Gesellschaft als Subjekt zu verstehen und mit psychischen Eigenschaften auszustatten, ist ein ebenfalls durchgängiges Phänomen. Der Funktionalismus vermischt

machen trachte, hat ihre wichtigste Quelle im Strafrecht selbst, sie trockenzu-legen kann nur durch die Realisierung einer Alternative zum Strafrecht gelingen⁷.

Die spezifische inhaltliche Ausrichtung meiner Lektüre ist dem Bezug auf die Frage geschuldet, wie Juristen und Strafrechtler zum selbstreflexiv sind, sein könnten oder müßten. Mein besonderes Augenmerk gilt daher dem Auftreten von Juristen, die explizite oder implizite Reflexion auf strafjuristischen Tun und Lassen und damit Selbstreflexion⁸. Ist jedes Buch mit der Biographie des Autors verknüpft, also ein Stück Autobiographie, so ist die berufliche Sozialisation bei von Berufenen verfaßten Texten Kontext, der aber nicht schlichte Umwelt ist, sondern den Text mitbestimmt. Dabei habe ich nicht den ideosynkratischen, "privaten" Part, sondern den institutionell bestimmten im Auge: was an diesem von einem Menschen (einer Person, einem Subjekt?) verfaßten Text spiegelt die Institution als Mühlstein, Schleifpapier oder Lack, den Nachkommenden zur Erbauung oder Warnung?

die Unterscheidungen, während er sich ihrer Klarheit rühmt.

⁷ Zu viele Strafrechtler setzen immer noch die Strafe als Konstante und die Strafzwecke als Variable und identifizieren sich damit als Strafrechtler. Ganz in diesem Sinne Lüderssen 1995, S. 880

⁸ s. Fabricius 1996

⁹ S. dazu unten Kap.III.C.

Einleitung: Lehre von den gesamten Kriminalwissenschaften?

Ein Lehrbuch des Strafrechts sorgt für Kenntnis und Verständnis des geltenden Rechts, hilft, sich mit der Legitimität staatlichen Strafens und ihren Grenzen auseinanderzusetzen. Und lehrt, "strafjuristisch" zu sprechen.

Man kann ein Lehrbuch wie das "Oxford Dictionary" nutzen und durch immanente Untersuchung das "semantische Netz" des Autors rekonstruieren. Das Strafuristische als Fachsprache liegt jedoch der Alltagssprache auf, wie auch die spezifische Terminologie des Autors. Der Autor muß das Verständnis vieler Begriffe voraussetzen.

Die Schnittstellen vom Juristischen zum Alltäglichen sind um so mehr von Bedeutung, als Juristen Ereignisse des Alltags zu rekonstruieren und ihre Ergebnisse an das rechtsuchende oder rechtsunterworfenen Publikum zu vermitteln haben. Die Lehren des Lehrbuchs müssen praktisch umgesetzt werden, was als Recht gelten soll, bezieht sich auf einen lebenspraktischen Gegenstand - Kriminalität - und wird in sozialen Systemen, Polizei, Justiz, Vollzug, u.a. von Juristen entworfen, definiert und durchgesetzt.

So gesehen liegt die Hypothese nicht fern, daß ein Lehrbuch des Strafrechts eine Kriminologie und eine Praxisanleitung enthalten könnte, daß es einen umfassenden Bildungsbeitrag leistet. Es vermittelt Vorstellungen von Kriminalität, vom Juristsein, vom Umgang mit Verbrechen und Verbrechern, Opfern, Zeugen und Zuschauern - und zwar nicht nur durch den Inhalt, sondern ebenso sehr durch die Art, wie etwas gesagt wird. Dieser Hypothese folgend habe ich nach einer Lesart gesucht, die implizite Konzepte und Aussagen deutlich machen und mit den expliziten des Autors in Verbindung bringen kann. Juristen haben komplexe Situationen zu bewältigen. Sie sollen Fälle so bearbeiten und entscheiden, daß sie zur Kriminalprävention beitragen¹⁰. Wenn auch rechtsdogmatische Bücher nicht das Ziel reklamieren, Bewältigung solcher komplexer Situationen zu lehren, so könnten sie doch diese Funktion haben. Sollte dies der Fall sein und läßt sich diese Funktion genauer beschreiben, so kann man sie bewußt zum Ziel machen oder sie zu eliminieren suchen.

Eine heimliche Pädagogik mag wirksamer sein, weil sie ein kollektives Selbstverständnis erzeugt und reproduziert, das, weil unsichtbar, selbstverständlich erscheint. Eine Kriminologie oder Theorie der Praxis mag sich in angedeutet Ungesagtem, rhetorischen Formen, im Fallmaterial und seiner Behandlung finden. So könnten Umgangsformen mit heiklem Material gelernt werden.

¹⁰ Das ist jedenfalls für das Strafrecht die verbreitetste Auffassung und daher auch die Institutionen und ihre Akteure zu übertragen, selbst wenn man nicht das Bewußtsein oder das entsprechende Selbstverständnis voraussetzen will und kann.

Ein Lehrbuch richtet sich an Juristen und wird von Juristen geschrieben. Gerade weil der Autor selbst juristisch sozialisiert ist, ist ihm das Selbstverständliche so nah, daß er es nicht sieht. Es ist ein Ausdruck des Umgangs eines Juristen mit den Widrigkeiten und Problemen, die man als Strafrechtler hat. Das schließt eine Anleitung und Ausbildung zur Selbstverteidigung sein, denn mit der Beteiligung an staatlicher Gewalt setzt man sich auch Anklagen aus, auf deren Abwehr man vorbereitet sein sollte. Die Hierarchie individueller Präferenzen ist – wie die zur Nüchternheit verdamnte Betriebswirtschaftslehre weiß, aber auch die Psychologie:

- 1.) Der Selbsterhalt, einschließlich der Vorstellung der eigenen Handlungsfähigkeit und Selbstachtung
- 2.) der Erhalt der Gruppe
- 3.) der Erhalt der Institution
- 4.) die Verfolgung des gesellschaftlichen (oder Kunden-) Auftrags¹¹.

Die Annahme, Lehrbücher stabilisierten die positiven und angenehmen Vorstellungen seiner bzw. seinesgleichen Selbst ist also keineswegs esoterisch, sondern entspricht alltagspraktischer und wissenschaftlicher Erfahrung.

Im Kapitel I skizziere ich den theoretischen und methodischen Hintergrund (I.A) und lege Methode wie ihre technische Umsetzung dar (I.B). Die folgenden Kapitel sind aber auch aus sich heraus verständlich.

Im Kapitel II frage ich, wie Jakobs das Strafrecht in der gesellschaftlichen Umwelt verortet, welche Ziele, Zwecke, Mittel und Wege er vorschlägt und wie er das Verhältnis von Theorie und Praxis betrachtet. Das explizite Konzept soll rekonstruiert werden, was mit Strafrecht bewirkt werden, mit welchen Mitteln dies geschehen soll und wie die Akteure, die es herstellen und anwenden, aussehen sollen und wie sie tatsächlich aussehen.

Im Kapitel III rücken die Befunde über die impliziten Aussagen ins Zentrum verknüpft mit Deutungsvorschlägen. Material bieten zum einen die Fälle, die kategorisiert und statistisch untersucht wurden, und zum anderen die – stilistisch, logisch, grammatikalisch – auffälligen Textstellen. Solche Auffälligkeiten, gemeinhin als Ausdruck von Schwäche oder Werk des Zufalls betrachtet, nahm ich als Auslöser zu erkunden, ob sie an der jeweiligen Stelle nicht einen 'tieferen Sinn' machen.

Im Kapitel IV suche ich die (inter-)disziplinäre Selbstverortung wiederum im Spannungsverhältnis von expliziten zu impliziten Aussagen zum Gegenstand zu bestimmen.

Die leitende Hypothese ist, daß der Autor innerhalb des Strafjustizsystems angesiedelt immer auch Institutionspolitik betreibt. Das heißt, er sucht geeig-

neten Nachwuchs zu rekrutieren und auszubilden, das Gewicht der eigenen Institution innerhalb des Feldes der relevanten gesellschaftlichen Kräfte und der konkurrierenden Institutionen zu sichern und womöglich zu erhöhen. Solche Zwecke zu benennen verbietet sich gerade in einem von Normen bestimmten Bereich. Aber auch dann, wenn sie unbewußt gemacht sind, müßten sie sich aus ihren Spuren erkennen lassen. Die Unbewußtmachung ist funktional – ob dies zutrifft, hängt m.E. von dem räumlichen und zeitlichen Horizont ab, den man sich aufspannt: das kurzfristig Funktionale erweist sich langfristig als selbstdestruktiv.

¹¹ s. Dörner 1989b, S. 46; Barnard 1970; Scott-Morgan ; Little, Arthur D.1994, S. 40 u. passim; Bleicher 1994, S. 190 ff.

I. Ethnopschoanalyse als empirische Sozialforschung

Zeigen möchte ich, daß ein Lehrbuch viel mehr lehrt, als es Titel, Untertitel und selbst Vorwort und Gliederung zu erkennen geben. Gesucht sind Bedeutungen des Lehrbuch-Textes, die seine latente sozialisierende Funktion ausmachen.

Ethnopschoanalyse bezeichnet einen Zugang zum Verständnis und zur Erklärung gesellschaftlicher Phänomene, in welchem diese Phänomene — wie z.B. Riten, Gebräuche und Institutionen — auch als den Individuen zur Verfügung gestellte Abwehrhilfen im psychoanalytischen Sinne verstanden werden, die der gesellschaftlichen Produktion von Unbewußtheit¹² dienen. Damit kann man z.B. die Fortexistenz von "anachronistischen" Institutionen¹³ ebenso erklären wie bestimmte auf den ersten Blick irrationale gesellschaftliche Erscheinungen wie die Tatsache, daß die Kriminalitätsangst negativ mit Kriminalitäts-Erfahrung korreliert.

Die Wahl des ethnopschoanalytischen Zugangs hat theoretische und methodische Implikationen. Eine Theorie ist angemessen¹⁴, wenn man mit ihr — vortheoretisch zu beschreibende — Phänomene in Daten verwandelt kann, während andere Theorien diese Phänomene nicht aufnehmen, ausblenden oder ignorieren.

Die Hypothese, daß ein Lehrbuch auch lehren kann, bestimmte Probleme zu übersehen, bestimmte Konsequenzen des eigenen Handelns zu verleugnen, eigene Motivationen und Affekte zu verdrängen, läßt sich nur überprüfen, wenn man Verdrängung, Verleugnung und damit Unbewußtes als menschliche Möglichkeit anerkennt. Wer von vornherein diese Möglichkeit bestreitet, kann die Hypothese nicht empirisch überprüfen. Solchen 'vortheoretischen' Überlegungen dienen die Abschnitt A.2 und A.7.

Wenn man die Hypothese akzeptiert, ist allerdings noch nicht gesichert, daß man sie wissenschaftlich überprüfen kann. Dies hängt davon ab, ob die Methode gegenstandsadäquat ist und Hypothesen entscheidbar werden, indem der Prozeß der Datengewinnung und der Interpretation intersubjektiv überprüfbar vollzogen werden.

¹² Erdheim 1982

¹³ Oder komplementär den Versuch westlicher Entwicklungshelfer analysieren, "Behinderteneinrichtungen" in einer Kultur zu schaffen, die ihre 'Behinderten' nicht als solche wahrnimmt, bezeichnet und nicht als besondere Gruppe behandelt (Meiser 1995)

¹⁴ Allgemeines und übergeordnetes Gütekriterium ist die Angemessenheit. Sie ist gegeben, wenn "Begriffe, Theorie und Methoden dem Erkenntnisziel des Forschers und den empirischen Gegebenheiten gerecht werden." (Lamnek 1988, S. 143)

Ob eine Interpretation und gar noch eine psychoanalytische der Wahrheitsfindung dient, ist umstritten. Davon abgesehen stellt die Interpretation eines Textes, der sich sozusagen nicht wehren kann, auch den psychoanalytischen Interpreten vor besondere Probleme. Und gar wissenschaftliche Fachliteratur zum Gegenstand zu machen, ist jedenfalls ungewöhnlich, und Möglichkeit und Sinn für die Wahrheitssucher sind begründungsbedürftig.

A. Gegenstandsadäquate Empirie

"Wer methodische Objektivierbarkeit als selbständiges oder oberstes Kriterium der Wissenschaftlichkeit unter Ausklammerung der Gegenstandsadäquatheit des Verfahrens etablieren will, der handelt nach der Devise jenes berühmten Betrunkenen, der seinen Schlüssel im dunklen Park verloren hat, aber lieber unter der Laterne suchen will, 'weil es da heller ist.'" (Holzkamp 1983, S. 521; s.a. Ciompi 1988, S. 283)

1. Bestimmung des Gegenstandes

Ich möchte verstehen, was ein Lehrbuch lehrt und wie, um erklären zu helfen, wie Juristen und Juristinnen Recht und sich selbst produzieren. Dabei kommt eine Interpretation heraus, die den semantischen Gehalt für größer hält, als es der Autor ankündigt, eine Interpretation, die den Autor auch als einen Boten sieht, der über die Institutionen und die Beziehung dieser Institutionen zur Gesellschaft und nicht zuletzt über deren Akteure erzählt.

Schon zur Überprüfung der These, daß die "gesamten Kriminalwissenschaften" gelehrt würden, bedarf man eines weiten theoretischen Rahmens, d.h. einer Lerntheorie, die es nicht von vornherein für unmöglich erklärt, daß man, während man die Definition des bedingten Vorsatzes lernt, zugleich lernt, was kriminell ist, wie man sich als Jurist benimmt und praktisch bestehen kann. Und wenn es um die Hypothese der "Anleitung zum Unbewußtmachen" geht, muß man den theoretischen Rahmen noch einmal weiter ziehen.

2. Ist die Suche nach dem Gegenstand aussichtsreich?

a. Interpretation

"Jedes Kommunikationsmodell ist gleichzeitig ein Modell der Übersetzung, also der vertikalen oder horizontalen Übertragung von Bedeutung...." (Steiner 1981, S. 46)

Verstehen gelingt auf der Basis symbolischer innerer Repräsentanzen, die ihrerseits auf vielfältiger neuronalen Verknüpfungen¹⁵ aufliegen - Assoziationen repräsentieren solche Verknüpfungen lautlich, semantisch, bildlich. Diese Repräsentanzen müssen bei Sender, Übermittler und Empfänger eine Ähnlichkeit, einen übereinstimmenden Bereich haben¹⁶. Interpretation als Übersetzung der vollständigen Botschaft heißt, die Repräsentanzen des Autors rekonstruieren, was ohne eigene Kenntnis des Feldes wie menschlichen Innenlebens nicht möglich ist. Musik ist ohne Hören nicht denkbar. Das gespielte, damit zugleich interpretierte Musikstück muß gehört werden und dieses Hören muß, soll die Kommunikation erfolgreich sein, Gefühle auslösen, wecken. Es geht um die Transformation von Gefühlen des Komponisten in Gefühle des Hörers, vermittelt etlicher dazwischen geschalteter Übersetzungen: Schreiben der Partitur, Lesen der Partitur (durch Dirigenten und Musiker). Diese Übersetzungsvorgänge zumal in der Musik sind sehr komplex. Folgen wir der im Deutschen gewohnten Unterscheidung zwischen dem Übersetzer literarischer Texte und dem Dolmetscher "praktischer", politischer, wirtschaftlicher Texte, so ist Dolmetschen auf den ersten Blick unendlich weit entfernt vom Musikinterpretieren.

Lektüre von Fachbüchern gilt als Dolmetschen. Ist es nicht ein kategorialer Fehler, juristische Texte als Träger "literarischer" Information zu lesen? Oder gar als eine Partitur, welche im Gerichts- statt Konzertsaal durch die Juristen als legitime Interpreten in einem ganz umfassenden Sinne umgesetzt wird?

b. Juristensprache: Fachsprache und/oder rhetorisches Instrument?

Ist juristische Sprache eine "Fachsprache", die nur der Vereindeutigung und der schnelleren Kommunikation zwischen den Fachleuten dient? Geht Grimm (1985, S. 217) weit genug, wenn er die Fachterminologie außer aus den

¹⁵ s dazu Spitzer 1996

¹⁶ Bedeutung folgt aus Verbindungen mit kognitiven Strukturen, Texte sind zum Teil Auslöser und zum anderen Teil Träger expliziter Bedeutung (Hofstadter 1979, S. 621).

Motiven "rasche Verständigung" und "präzise Mitteilung" aus "weniger honorigen" Motiven angewendet sieht, wie Einschüchterung und Selbstdarstellung? Bei dieser (Selbst-)darstellung bleibt die Vorstellung der präzisen juristischen Terminologie erhalten. Lessing beklagte die "unselige Geschicklichkeit unserer Rechtsgelehrten, die fürchterlichsten Urteile in einer noch fürchterlicheren Sprache vorzutragen", aber Jasper (1986, S. 198), der ihn zitiert, hält an der Fachsprachenvorstellung fest und beklagt nur die mangelnde Umsetzung in Alltagssprache. Aber würde man einer mathematischen Sprache "fürchterlich" testieren, oder nicht einfach "unverständlich" - von dem "fürchterlichen Urteil" einmal abgesehen? Gasi (1987, S. 3) geht in der Abschnittsüberschrift von "Fachsprache" aus und ersetzt diesen Terminus durch "Jargon" und stellt dann fest: "Der Jargon ist präzise, oder wenigstens erscheint er im Fachkreis auf Anhieb so. Man weiß, was gemeint ist; oder man weiß es zwar eigentlich nicht, wie manche Nachprüfung oder tieferer Einstieg in die Sache schnell offenbaren, aber man hat das feste Gefühl von Kenntnis."

Wenn es so wäre, so käme die Verständigung und das feste Gefühl von Kenntnis zustande nicht über den Fachsprachenaspekt (genaue Bedeutungsfestlegung), sondern über andere Wirkungen der Sprache als Kommunikationsmedium¹⁷.

Wenn Juristenausbildung gleichwohl Erlernen von und Übung in Textauslegung ist, so ist zu folgern, daß diese Sprache, diese Texte mehr und anderes an Bedeutung transportieren, als "gedolmetscht" werden kann.

Die Übersetzung eines Lehrbuches als umfassende Anweisung für juristische Praxis in eine Fremd-Sprache müßte auf den sozialen und kulturellen Kontext Rücksicht nehmen. Das Lexikon ist hier Hilfe, aber nicht Ratgeber. Die Übersetzung der juristischen Sprache in eine Sprache, die es erlaubt, die impliziten Handlungs- und Wahrnehmungs"anweisungen" sprachlich zu erfassen, kann nicht mechanische Umsetzung sein wie für Gebrauchsanweisungen eines technischen Gerätes.

c. Eine Übersetzung des Juristischen ins Psychologische

"Die optimale Interpretation, wenn unsere Empfindungsfähigkeit sich ihren Gegenstand aneignet und dabei sein autonomes Leben bewahrt und beschleunigt, ist der Prozeß einer 'ursprünglichen Wiederholung'. In unserem gewiß nacherlebenden, aber augenblicklich gesteigerten und gebildeten Bewußtsein reaktualisieren wir den schöpferischen Akt des Autors." (Steiner S. 18)

¹⁷ I.d.S. auch Seibert (1977, S. 39)

Juristische Texte zu interpretieren, sie kommunikativ wahrzunehmen heißt also, dem was geschieht, einen Namen zu geben. Einen juristischen Text ins Psychologische zu übersetzen heißt, die nicht wahrgenommenen, vielleicht auch unterschlagenen und verleugneten Aspekte zu bezeichnen und der bewußten Reflexion zugänglich zu machen.

Strafjuristische Lehrbücher, die affektbereinigt über "brandheiße" Themen wie Kriminalität, Strafe, Gewalt, Aggression, Sexualität reden, lehren die Affektisolation und stellen einen Angriff auf die kommunikative Form der Sprache dar (vgl. Pohlen/Bautz-Holzherr 1989, S. 489; Bion 1982, S. 238 ff.). Indem der Autor sich unberührt zeigt, hinter einer objektivierenden Sprache verschwindet und so das Aufregende und Beunruhigende an Kriminalität und Strafe unsichtbar macht, liefert er dem Leser ein Modell, wie er in der justiziellen Praxis mit sich und den Angeklagten, Zeugen und den anderen Beteiligten umzugehen habe.

d. Über Sprache und Psychologie hinaus

Juristische Arbeit ist Arbeit mit und an Sprache, die Ausbildung vollzieht sich über Sprache und grobenteils über Lektüre und Verfassen von Texten. Verhältnisse zwischen den Beteiligten, den Juristen und Bürgern, den Juristen untereinander, materialisieren sich aber darüber hinaus in der Architektur, in der Anordnung in Sälen, in Kleidung, Tracht, Mimik, Gestik, Hexis - im Habitus¹⁸.

Das "Juristische", das, der Hypothese zufolge, auch durch ein Lehrbuch hervorgebracht wird (wie es sein Ausdruck ist), ist komplex und mehrdimensional: Verschiedene normative Systeme, wie Recht, Moral, Kriterien gesellschaftlicher Wertschätzung (Status, Karriere, Ehre) liegen auf einer Ebene. Damit aber kann ein und dasselbe Verhalten karrierefördernd und gerechtigkeitsfördernd sein, es kann aber auch zu Konflikten führen, wenn eine doppelte Klassifizierung zu gegensätzlichen (im Sinne der Ebene "positiv-negativ") Ergebnissen kommt.

Ich habe an anderer Stelle¹⁹ einen "Möglichkeitsraum" für das (Straf-)Juristische mit den Dimensionen des "Kulturell-Professionellen", "Institutionellen" und "Habituellen" beschrieben. So kann ein Jurist zugleich professionell - "Gerechtigkeitsuche" - wie institutionell - "Pensum erledigen" - erfolgreich sein und zudem noch seine Rolle gut spielen, er kann aber auch professionell versagen und doch institutionell und habituell erfolgreich sein. Wenn man die damit gegebene mehrdimensionale Klassifikation ein und desselben Verhaltens akzeptiert und zugleich, daß das Verhalten selbst (sprechen, schreiben, diktieren

¹⁸ Zum Habitus-Konzept s. Bourdieu 1972, 1979, 1980, 1984

¹⁹ Fabricius (1996), Kap. II

usw.) relativ irrelevant ist, so ergibt sich die Konsequenz, daß eine Beobachtung äußeren Verhaltens allein ebensowenig reicht wie eine Befragung; zum einen wegen der Möglichkeit von Täuschung und Irrtum bei Aussagen der Befragten über ihnen äußerliche Tatsachen wie Selbsttäuschung über ihre inneren Tatsachen.

3. Mustererkennen statt Objektbeschreibung

Eine Erklärung von Verhalten lebendiger Organismen muß berücksichtigen, daß hier kleine Ursachen große Wirkungen haben können (Dennett 1984, S. 102). Es handelt sich um hochkomplizierte, vernetzte Systeme, die nicht durch Isolierung weniger Variablen und Berechnung linearer Gleichungen adäquat abbildbar sind (Waelder 1963, S. 18). Es geht um Mustererkennnis und -rekonstruktion (Dennett 1984, S. 45).

Systemcharakter haben Individuen und Gesellungeinheiten. Die Beschreibung eines Systems impliziert die Beschreibung von Relationen zwischen den Relata. Aufgrund der Mehrdimensionalität des Verhaltens verlangt sie als elementares Datum nicht eine Beobachtung, sondern eine kommentierte und beschriebene, damit bereits interpretierte Deutung. Um ein System adäquat zu beschreiben, muß man wiederum eine Vielzahl derartiger elementarer Daten in Beziehung setzen.

Da Menschen diese Systeme über ihr Innenleben vermittelt herstellen, d.h. über Bedeutungen, Kognitionen, Konstruktionen, Emotionen, Motivationen, muß eine Reduktion der Eingangsdaten auf äußerliche Verhaltensdaten den Gegenstand radikal verfehlen (vgl. Waelder 1963, S. 32). Psychologische, soziologische und ethnologische Forschung ist unter Ausschluß von Selbstbeobachtung und Introspektion der Befragten, beobachteten, untersuchten Menschen unmöglich²⁰. Man kann diese Arbeit mit dem Zusammenlegen eines Puzzles vergleichen (Lamnek 1988, S. 236; Waelder 1963, S. 16): Denn ein Puzzle zusammensetzen heißt auch, ein fragmentiertes Bild zu rekonstruieren, zunächst isolierte Inseln mit einzelnen Objekten oder vielleicht Formaspekten der Einzelteile wie Kanten, Form, Farbe als Information zu nutzen und verschiedene Hypothesen über das Aussehen des fertigen Bildes zu gewinnen. Dabei setzt man Wissen über die Produktion von Puzzles ein, ebenso wie Vorstellungen von möglichen abgebildeten Objekten. Ähnlich kommt bei der Untersuchung von

²⁰ Giddens spricht von einer "doppelten Hermeneutik der Sozialwissenschaften", wobei auch die Aneignung sozialwissenschaftlicher Begriffe durch Laien im Laufe der Zeit zu konstituierenden Elementen des "Gegenstandes" selbst werden können (1976, S. 95).

Lehrbüchern Wissen über die Produktionsweisen dogmatischer Texte und über die intendierten Aussagen bei der Lektüre jedes Satzes ins Spiel.

Nimmt man noch die unbewußt gemachten, latenten und impliziten Inhalte und Affekte hinzu, die mit den bewußten, expliziten und manifesten ins Verhältnis gesetzt werden, so kann man das Vorhaben als den Vergleich zwischen einer "normalen" und einer Infrarotphotographie vorstellen. Infrarotaufnahmen bilden etwas ab, was unserer spontanen, alltäglichen Sehweise aus physiologischen Gründen unsichtbar ist: sie sind - schon auf einer basalen Ebene - interpretationsbedürftig. Dabei ist der Vergleich einer "normalen" mit einer Infrarotaufnahme desselben Gegenstandes besonders aufschlußreich. Eine psychoanalytisch orientierte Lesweise fachjuristischer Texte ergänzt in diesem Sinne die übliche Lesart: sie bringt ein Muster hinter dem Muster zum Vorschein, daß von der Institution sozialisiert und sanktioniert ist. Beide zusammen ergeben ein vollständigeres Bild. Ob dieses mehrschichtige Puzzle "richtig" zusammengelegt ist, ergibt sich am deutlichsten, wenn die ohne weiteres sichtbare Schicht mit der zunächst verborgenen zusammenpaßt.

Menschen können ein zweidimensionales Bild in eine vieldimensionale Bedeutung von solcher Komplexität übersetzen, daß der Vorgang nicht rational beschreibbar ist. Die Erzeugung solcher vieldimensionaler Bedeutungen erfolgt nicht auf der Basis syntaktischer Qualitäten der Form, sondern auf der Basis semantischer Aspekte: Die Bedeutung des Objekts ist nicht im Objekt selbst lokalisiert²¹ (Hofstadter 1979, S. 620).

Ein reduktionistisches Vorgehen muß das Objekt isolieren mit der Konsequenz, die Bedeutung im Objekt zu vermuten, aber für "unsichtbar" und wissenschaftlich nicht erforschbar zu betrachten oder sie allein im Betrachter zu finden, was ebenfalls eine intersubjektive Verständigung ausschließt. Erst die Beschreibung der **Betrachter-Objekt-Beziehung-im-Kontext** liefert die adäquate deskriptive Einheit. Die Isolierung einzelner Aspekte in Systemen lebendiger Organismen macht diese buchstäblich oder im übertragenen Sinne zum Präparat und bringt damit das untersuchte Objekt zum Verschwinden (Waelder 1963, S. 22 f.).

²¹ Was nicht ausschließt, daß die Eigenschaften des Objekts die Bedeutung mitbestimmen

4. Was heißt "empirisch"?

Wir haben überlebt, weil wir uns der Umwelt auf der Erde anpassen konnten, oder allgemein, diejenigen Lebewesen, die in einer Population am besten angepaßt sind, leben jeweils im Schnitt am längsten und haben damit auch die größte Reproduktionswahrscheinlichkeit. Die Evolution der Sinnesorgane und die Fähigkeit, aus Sinnesreizen Wahrnehmungen zu machen, die die Orientierung ermöglichen, und dann im Kontext von Gedächtnis, Denken und Sprache selbst Orientierungen in die Welt zu bauen, heißt nicht, daß es final oder teleologisch die besten aller Erkenntnismöglichkeiten wären - wir müssen mit dem leben, was wir haben und das Beste daraus machen (*Quine 1974, S. 17*). Evolution ist ein induktiver Vorgang auf der phylogenetischen wie es Erfahrung auf der ontogenetischen ist. Empirie ist allgegenwärtig. Wie sich alltägliche, praktische von wissenschaftlicher Erfahrung unterscheidet, ist dann die Frage, und zwar jeweils gegenstandsbezogen:

Wenn man den Raum, den das "Juristische" und "JuristIn" bildet, gedanklich abschreitet, erkennt man, daß es sich um ein Universum von "Information", "Wissen", "Bedeutung", "Gründen", nicht aber mit einem von "Reiz", "Impuls", "Reaktion", "Ereignis", "Ursache" etc. handelt.

Wenn wir also den Menschen in institutionsausgelösten Konflikten und den Formen ihrer Bearbeitung zu beschreiben suchen, so brauchen wir eine Methode, die Bedeutungen und Gründe für menschliches Handeln zu untersuchen gestattet. Für die Textinterpretation heißt das, daß man Spuren der - bewußten und unbewußten - Motive, Gefühle, Emotionen usw. suchen und eben als Spuren interpretieren muß.

Das Festhalten an einem - angeblich - den Naturwissenschaften entlehnten Empirie-Konzept kann in den Verhaltens-, Kommunikations- und Kognitionswissenschaften zwar Objektivität und Reliabilität liefern, aber nur um den Preis, die Gegenstände zu verfehlen, d.h. auf Kosten der Validität.

Alle quantitativen, auf mathematische Erfassung von Zusammenhängen zwischen Meßdaten verschiedener Variablen beruhenden Verfahren sind in qualitative Rahmen eingebettet. Die Phänomene, die eine das spezifisch menschliche Niveau erreichende Psychologie oder Sozialwissenschaft als Datenmaterial nutzen muß, lassen sich nicht auf meßbare Variablen reduzieren. Was nicht ausschließt, zu messen, was sich messen läßt.

In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, daß eine "suggestive Wirkung" nicht nur von psychoanalytischen Deutungen ausgehen kann:

"Versteht man Suggestion in ... weitem Sinne..., dann besitzen gewiß auch Fragebögen und alle soziologischen, epidemiologischen und experimental-psychologischen Methoden überaus eindringende Suggestivkraft. Alle ihre Ergebnisse werden von derartig unkontrollierbaren Effekten bestimmt wie die Auferlegung von Autorität durch Zwangswahlen

zwischen Entweder-oder-Antworten, Quantifizierungen und entpersönlichten Versuchssituationen. Kann man allen Ernstes annehmen, daß die kalte, mechanische Weise, deren sich die 'wissenschaftlich-psychologische' Forschung üblicherweise befleißigt, in ihrem durchweg unpersönlichen, ja dehumanisierenden Vorgehen, keine suggestiven Einflüsse ausübt? Sicherlich beseitigt sie eine Art der Kontaminierung, aber nur um diese durch eine andere, mindestens ebenso gravierende zu ersetzen." (*Wurmser 1989, S. 412*)

5. "Einheitswissenschaft"

"Wissen" zu haben ist typisch für Lebendiges. Gene sind Informationsträger, enthalten sozusagen den Bauplan, die Anweisungen den Bauplan zu lesen und die Bauarbeiter, sie sind Niederschlag der Naturgeschichte, vergegenständlichtes Wissen (vgl. die anschauliche Darstellung bei *Hofstadter 1985, S. 32*). Unsere Fortpflanzung basiert auf einem physikalischen Vorgang, der Vereinigung von Spermium und Eizelle, aber diese sind Träger und Vermittler von Wissen, von Information. Alles Lebendige ist fähig, Spuren, die die Umwelt hinterläßt, zu bearbeiten und daraus Konsequenzen zu ziehen, die nicht physikalisch im Sinne von Energieaustausch, Impuls und Richtung erklärbar sind. Am Anfang gab es keine Gründe, es gab nur Ursachen (*Dennett 1984 S. 35*), Lebendiges hat jedoch Interessen und damit auch Gründe: Das Ausbleiben eines Impulses ist keine Ursache, aber kann eine Handlung, Orientierung, Richtungsänderung auslösen, bietet einen Grund. Das setzt aber eigene Energie voraus. Alles Lebendige ist an Stoffwechsel und damit Physik gebunden. Alles Wissen braucht einen energetischen Träger (*Bateson 1972, S. 520*).

"Auch eine sehr einfältige Kreatur [muß] so beschaffen sein, daß sie bei ihrem Verhalten Rücksicht auf sich selbst nimmt." (*Dennett 1981, S. 257*)

Konsequenz: Naturwissenschaft ist nicht nur Physik, sondern auch "Geisteswissenschaft", soweit sie mit Lebendigem zu tun hat. Umgekehrt bleibt der Geist an die energetische Trägerschaft und die physikalischen Grenzen der Wahrnehmungsorgane und des Denk- und Gedächtnisvermögens gebunden. Geisteswissenschaft ist immer auch Naturwissenschaft.

Das impliziert, verstehende und erlebnisnahe Verfahren mit Untersuchungen zu verknüpfen, die Verhalten (i.e.S.) beobachten, Meinungen abfragen. Anders gesagt: Psychoanalytische Interpretationen oder Deutungen müssen kompatibel sein mit anderen Befunden - aber andere Verfahren können Phänomene, die die Psychoanalyse erklären kann, nicht "sehen" oder erklären. Die größere Unsicherheit, die mit "Beschreibungen auf hoher Stufe" verbunden ist, kann aber durch Untersuchungen auf niedrigeren Stufen teilweise reduziert werden: Wer etwa *Lamarck'sche* Annahmen von der Vererbung erworbener Eigenschaften behauptet, ist darlegungspflichtig, wie er diese Annahmen mit den Prozessen der DNS-Reduplikation vereinbaren will: auf der molekularen Ebene gibt es keinen

Transfer in Richtung DNS. Umgekehrt kann man aber ökologische Entwicklungen nicht aus der Untersuchung der DNS-Reduplikation deduzieren.

6. Nicht am guten Alten, sondern am schlechten Neuen anknüpfen! (Kisker)

Trotz einer in sich relativ geschlossenen Methodologie, EDV-Einsatzes und quantitativer Zunahme der Forschung hat sich der Erkenntnishorizont der Sozialwissenschaften nicht entscheidend erweitert (*Lamnek 1988, S. 232; Giddens 1976, S. 13*)²². Die geringe Resonanz vieler sozialwissenschaftlicher/psychologischer Grundlagenforschung ist bedingt durch den Versuch, mathematisch "aussehende" Techniken auf einer methodisch unzureichenden Grundlage zu entwickeln. Die "inhaltliche Aussagekraft über die drängenden Probleme der Lebenspraxis" bleibe so "hinter den Einsichten des 'common sense'" zurück, schreibt *H.-J. Wagner (1984, S. 10)*, man habe "Ungenauigkeit durch Irrelevanz" eingetauscht (*Wurmsler 1989, S. 413*), die Soziologie werde abgelehnt, weil Alltagsterminologisches in Fachchinesisch aufgebauscht werde (*Giddens 1976, S. 16*).

"Methodologische Fehler beeinträchtigen ... verhaltenswissenschaftliche Untersuchungen, die mehr die Techniken der exakten Wissenschaften nachahmen, als sich von der ihnen zugrundeliegenden Methode inspirieren zu lassen. Mehr noch, in vielen dieser Untersuchungen werden wissenschaftlich aufgemachte - oder lieber noch, physikalische - Verfahrensweisen angewendet, nicht, weil sie angemessen wären, sondern weil Verhaltensforscher beweisen wollen, daß ihre Disziplin so "wissenschaftlich" ist wie die Naturwissenschaften." (*Devereux 1967, S. 28*)

7. Bewußt, Unbewußt, Abwehr

Empirische Forschung in der juristischen Domäne muß "qualitativ" sein, aber ist es vorteilhaft, wenn sie auch psychoanalytisch ist? Was immer "die" Psychoanalyse sein mag - Einigkeit dürfte jedenfalls bei denen, die dies Prädikat in Anspruch nehmen, darin gegeben sein, daß es Unbewußtes gibt, und zwar speziell i.S.d. Verleugneten und Verdrängten. Die Phänomene, die den Schluß auf solche Unbewußtheit zulassen, sind nun wiederum vortheoretisch zu erkennen.

²² "Sechzig Jahre Krise der Psychologie" *Maiers (1988)*

Das Bewußtsein - neben Sprache und Werkzeugherstellung Charakteristikum des Menschen - umfaßt immer nur einen - recht kleinen - Teil unseres Wissens²³.

- (1) Unbewußt sind zum einen viele physiologische Abläufe, die sich sowohl der Wahrnehmung wie der willentlichen Kontrolle entziehen. Aber auch physiologische Abläufe repräsentieren und prozedieren Wissen (*Bateson 1979, S. 43*). Ohne derartiges Wissen könnten wir aus Empfindungen keine Wahrnehmungen machen und nicht symbolisieren, obgleich wir dieses Wissen nicht bewußt wissen.
- (2) Ein anderer Hinweis auf unbewußtes Wissen ist die Tatsache, daß viele Leistungen, die wir als kreativ bezeichnen, seien sie wissenschaftlicher oder künstlerischer Natur, im Zustand reduzierter Bewußtseinskontrolle, in Träumereien, Träumen usw. zustandekommen.
- (3) Wenn wir bestimmte Handlungs- oder Denkabläufe ausreichend geübt haben, vollziehen wir sie automatisch und unbewußt, und erst eine Störung im Ablauf läßt uns die Aufmerksamkeit darauf lenken und sie wieder bewußt werden.
- (4) Eine weitere Form unbewußten Wissens ist das Erfahrungswissen, das sich unter Rückgriff auf die Unterscheidung deklaratives/ prozedurales Wissen als prozedurales Wissen (*Hofstadter 1985, S. 472*) klassifizieren läßt: man weiß, wie man etwas machen muß, aber kann nicht sagen, wie man es macht.

Die Existenz von Wissen, das nicht bewußt ist, ist auch für Rechtswissenschaftler nicht problematisch (*Rudolphi 1969, S. 169; Jakobs JAT S. 112*). Unbewußt heißt also nicht ungewußt.

- (5) Schwieriger zu akzeptieren ist die Tatsache des Unbewußt-Machens, d.h. Wissen dem Bewußtsein mehr oder minder dauerhaft zu entziehen. Dies, wie in der "Psychopathologie des Alltagslebens", aber auch der "Traumdeutung" dargelegt (*Freud 1904, 1902; s.a. Böhme 1986*), gar als den Normalfall anzusehen, impliziert, die Tatsache des intrapsychischen Konflikts, von widerstreitenden Gefühlen, Bedürfnissen, Impulsen usw. ebenfalls als Normalfall zu betrachten. Innerer Konflikt sei eines der vertrautesten und am wenigsten verstandenen Momente, der Stil der inneren Konfliktlösung eines der stärksten Persönlichkeitsmerkmale - schreibt

²³ vgl. zur Diskussion des Freud'schen und psychoanalytischen Begriff des Unbewußten *Erdeheim 1982, S. 201 ff.*

Hofstadter (1981c, S. 326).²⁴ Wenn wir sagen, "du solltest dir ehrlich eingestehen" oder "das ist ihre Lebenslüge", "ich wollte es einfach nicht wahrhaben", so beziehen wir uns auf einen Tatbestand mangelnder Aufrichtigkeit einer Person gegenüber sich selbst. Nun kann man sich selbst nicht in dem Sinne bewußt belügen wie eine andere Person, wo man bewußt (a) weiß, wie es ist und (b) weiß, was man sagt oder zum Ausdruck bringt und (c) die Differenz weiß. "Wenn man sich selbst etwas vormacht" erfolgt die Handlung so, als ob man nicht wisse, wie es sei, als ob man nicht wisse, was man tue (und damit zum Ausdruck bringe oder bewirke) oder als ob man die Differenz nicht erkenne. Mir scheint, jeder, der einen solcher Sätze gebraucht, rekurriert auf das "dynamische Unbewußte" i.S. der Unbewußtmachung aufgrund von innerem Konflikt. Das Lachen von Sprecher und Publikum bei einem Versprecher, ohne daß das Motiv des Versprechens formuliert werden kann, bedeutet, daß es eine Verständigung unterhalb der Bewußtseinschwelle gibt.

Diese alltägliche Erfahrung wird nicht nur durch psychoanalytische Untersuchungen gestützt. Sowohl für die Existenz verdrängter Erinnerungen (mit dazu gehörigen Gefühlen) wie die verdrängter Gefühle sprechen neurologische Untersuchungen (Sacks 1985, S. 179 ff.; Wiesendanger 1990). Das Bewußtsein ist also nicht mit einem kühlen, souveränen Steuermann, sondern mit einem tanzenden Korken auf stürmischen Wellen zu vergleichen: es hat eine übertragende, aber keine beherrschende Position (Lem 1973, S. 292). Wir sind nicht Zeuge, daß Entscheidung getroffen wird, sondern Zeuge ihrer Ankunft (Denmett 1984, S. 104).

Wenn man den Vorgang - aufgrund eigener Erfahrung oder aufgrund der Argumente - als solchen akzeptiert²⁵, so ist zwar der Zugang zum Inhalt damit

²⁴ Verfolgt man die Stellungnahmen zu Gefühl und innerem Konflikt, so ist in Hofstadters Arbeiten zu beobachten, daß er sich dieser Seite menschlicher Existenz zunehmend gewahr wird. Sind es zunächst die logischen Widersprüche und Paradoxien (1983), so wird in "Metamagicum" (1985) an mehreren Stellen Unbewußtmachung aus einem gefühlsmäßigen Konflikt erwähnt.

²⁵ "Daß der Gehorsam dem Stößen gleichgesetzt wird, das ist überhaupt die ganze Strategie des elterlichen Erziehungsprogramms" - diese Äußerung Quines (1974, S. 77) im Kontext seiner Erwägungen, wie das Wort "gut" gelernt wird (S. 76 ff.), ist nicht mit der Überlegung verknüpft, daß im Fall des Naschens aus der Zuckerdose das eine Gute mit dem anderen konflikthaft verbunden ist. Das "verantwortliche Verhalten Erwachsener ist etwas Dunkles und Kompliziertes" (ebd., S. 53), weswegen das Schema Wahrnehmungsähnlichkeit und Lustprinzip nur für die "einfachsten Bestandteile des Lernvorgangs" brauchbar ist. "Verantwortliches Verhalten" setzt den Konflikt - zwischen Lust und

nicht geklärt. Aber es bleibt dann zu fragen, ob man diese Vorgänge der Unbewußtmachung erforschen (und beeinflussen kann). Neben den individuellen, intrapsychischen Abwehrformen (Verrängung, Verleugnung, Projektion, Rationalisierung usw.) gibt es "psychosoziale", interpersonelle und institutionalisierte Abwehr, die mit den individuellen zusammengehen, sich ergänzen und komplementär sein können (Mentzos 1976).

8. Kultur, Gesellschaft, Individuum: zum Verhältnis von Ethnologie, Soziologie, Psychologie

Jurist zu sein heißt auch, eine gesellschaftliche Position einzunehmen sowie eine gesellschaftlich bestimmte und organisierte Tätigkeit auszuüben. Recht und politische Institutionen sind als "reale Verhältnisse der Außenwelt" unter Geltung des Lustprinzips und Nutzung kreativer Fähigkeiten konstruiert (vgl. von Uexküll 1990). Was es heißt, Jurist zu sein, ist in verschiedenen Gesellschaften, auch in historischer Perspektive, ganz unterschiedlich.

Um diese Übergänge von Gesellschaftlichem in Psychisches und von Psychischem in Gesellschaftliches zu erfassen, scheinen von der Psychologie her diejenigen Vorstellungen, die Psychoanalyse mit Ethnologie verbinden, am weitesten entwickelt.

Von der soziologischen Seite her ist es Bourdieu, der, von Hause aus ebenfalls Ethnologe, den Tunnel von der anderen Seite her gegraben hat.

Der Bezug auf "Natur", d.h. die biologische Natur des Menschen und die natürliche Umwelt einschließlich der materiellen Produktion und Werkzeuge andererseits ist bei Bourdieu realisiert, der der Alternative zwischen "Sozialphysik" und "Sozialphänomenologie", Kybernetik und Mechanik entkommen will (1980, S. 247).

Dabei sollen unter "Ethnopschoanalyse" alle jene psychoanalytischen Konzepte oder auf solchen Konzepten basierenden Untersuchungen zusammengefaßt werden, die das Individuum im Kontext einer Kultur, Gesellschaft oder Institution analysieren und damit die Vermittlungsprozesse von Individuellem und Gesellschaftlichem nicht durch eine Psychoanalyse der Gesellschaft "unterschlagen"²⁶.

einem anderen Motiv - voraus.

²⁶ Neben denjenigen, die explizit diesen Namen tragen, - Devereux, Erdheim, Morgenthaler, Nadig, Parin, Parin-Matthey gehören hierhin etwa Brede (1986) Caruso (1962), Creme-rius, Mentzos und Wellendorf, z. Devereux s. Bokelmann (1987) und Milkau-Kaufmann/Rötzner (1986); s. zum ethnopschoanalytischen Ansatz die Beiträge in Heinrichs (1982). Zu nennen sind auch die kulturkritischen Schriften Freuds, angefangen mit "Zwangshandlungen und Religionsausübung" (1907).

Das in der Psychoanalyse lange bekannte Konzept der "Gegenübertragung" des Psychoanalytikers auf den Patienten erfuhr seine Ausarbeitung durch den Ethnopsychanalytiker Georges Devereux in "From Anxiety to Method in the Behavioral Sciences"²⁷.

"Wie ist die Abwehrorganisation des konkreten Individuums in sein engeres Milieu und in den größeren sozialen Raum eingebettet?" (Mentzos 1976, S. 99),

ist die allgemeine Frage, die man von der ethnopsychanalytischen Position her stellen kann.

Diese ethnologische oder gesellschaftstheoretische Einbettung der Psychoanalyse hat Konsequenzen. Zum einen wird nicht eine Gesellschaft, Institution für psychoanalysierbar gehalten. Zum anderen sind die Äußerungen von Individuen im Lichte ihrer gesellschaftlichen Position und der von der Gesellschaft angebotenen kulturellen Abwehrmechanismen zu interpretieren. Mit psychoanalytischen Kategorien werden menschliche, bedeutungstragende Äußerungen und Handlungen untersucht. So gewonnene Deutungen können als Daten in einen soziologischen Bezugsrahmen eingehen.

Und drittens wird die Relevanz der Gegenübertragung auch für soziologische und kulturwissenschaftliche Forschung anerkannt, damit eine entscheidende Veränderung durch Freud, nämlich die Aufhebung der prinzipiellen Grenze (oder des Gefalles) Arzt-Patient generalisiert.

"Es ist kein Zufall, daß das erste 'Traummuster', das Freud analysiert, sein eigener Traum von einer Patientin ist, den wir heute als Gegenübertragungstraum bezeichnen würden. Indem er diesen mutigen Schritt wagte, legte Freud ein für allemal den zweifachen und reziproken Charakter des therapeutischen Unternehmens zwischen dem Patienten und seinem Analytiker fest. Dies war im Hinblick auf die gemeinsame Verantwortung in der therapeutischen Beziehung ein gefährvoller und neuartiger Schritt nach vorn, mit dem sich das Problem der Krankheit in ein Problem der Authentizität verwandelte." (Khan 1983, S. 58; vgl. ausf. Erdheim 78 ff., 89)

Wenn man Gegenübertragung i.w.S. bei jeder, insbesondere jeder Verhaltensforschung als ubiquitär erkennt, so heißt das: Der Untersucher ist in seiner Subjektivität nicht hintergebar, er kann nur seine Beziehung zum Objekt objektivieren durch Introspektion. Insbesondere dieser Stellenwert der Subjektivität des Untersuchers als Quelle für mehr Daten und als Grenze einer "objektiven" Objektivität wird von der Ethnomethodologie theoretisch und praktisch weitgehend übergangen (s.a. Markard 1990). Obgleich sie die Interaktionen anderer beschreibt, bleibt die Forscher-Objekt-Beziehung außen vor. Zwar wird die Forderung nach Reflexion des Forschers auf sich selbst erhoben, jedoch

²⁷ Den umfassenden Implikationen dieses, wie ich meine "Jahrhundertwerks", für jegliche Form von Wahrheitsfindung bin ich an anderer Stelle nachgegangen (1996 Kapitel VIII).

ohne daß hierfür Methodisches angeboten wird²⁸. Der Untersucher als Leser des Textes kann den Raum der möglichen Interpretationen gerade durch die Auflösung seiner Gegenübertragungen erweitern. Und für die Beurteilung der Wirkung eines Textes ist dies wesentlich.

Die Arbeiten von Devereux an Texten aus der altgriechischen Kultur ("*Träume in der griechischen Tragödie*" 1985 und "*Baubo*" 1985) arbeiten ganz in einem ethnopsychanalytischen Sinne: die Gegenübertragung des Interpreten ist bearbeitet und der Leser gerät, wenn er sich darauf einläßt, in eine eigene innere Bewegung, einen Dialog mit sich an Stellen, wo die Grenze zum Unbewußten verläuft.

Was die Textinterpretation angeht, so hat neben den "Tiefenhermeneutikern"²⁹ Lorenzer, Leithäuser/Volmerg (1979) und Morgenroth (1988) auch Nadig (1986) viel zu meiner Vorstellung einer ethnopsychanalytischen Textinterpretation beigetragen. Ihr Buch ist an einer Stelle der Entwicklung ethnopsychanalytischen Vorgehens angesiedelt, das im Beginn noch vielfach von Deutungen in den Gesprächen geprägt war ("Die Weißen denken zuviel", Parin et al. 1963, "Fürchte deinen Nächsten wie dich selbst" Parin et al. 1983), während bereits in den "Gesprächen am sterbenden Fluß" (Morgenthaler et al. 1984) sowohl in den Gesprächen selbst, aber auch in den Kommentaren weniger Deuten bzw. Interpretieren zu verzeichnen ist. Gleichwohl sind diese Gespräche und Kommentare von tiefgreifenden und, wie ich glaube, durch Anwesenheit psychoanalytisch geschulter Gesprächspartner erst möglichen Einsichten geprägt.

²⁸ Dies trifft zu für die "Soziologische Hermeneutik" (Soeffner 1989) und die "Objektive Hermeneutik" (Oevermann u.a. 1979, S. 352 - 434; Wagner 1984 krit. Irmer 1988, S. auch die zur hier vorgetragenen passenden Kritik, die objektive Hermeneutik sei zirkulär und lasse "die Sachen selbst sprechen" bei Schulz 1997, S. 336 ff.

²⁹ s. Hassemer 1991, S. 122, der – allerdings spezifisch auf das szenische Verstehen – auf Lorenzer Bezug nimmt.

B. Von der Methode zur Technik – vom Material über Daten zur Interpretation

Material für diese Untersuchung ist das Jakobssche Lehrbuch. Während es für literarische Texte psychoanalytische Untersuchungen gibt, sind Fachbücher noch nicht Gegenstand solcher Analysen geworden. Ich liefere zunächst noch einige Argumente für die Tauglichkeit des Materials. Aus diesem Material galt es, die Daten zu gewinnen (2. Abschnitt), die wiederum Schlüsse zuließen hinsichtlich der Frage, was das Lehrbuch alles lehrt – die Interpretation.

1. Fachbücher

Fachbücher, "gereinigt" von Persönlichem, nicht erzählend, sondern systematisierend, affektneutralisiert und sachorientiert, bringen in dem, was sie nicht thematisieren wie in dem, wie sie thematisieren, die Verschränkung und Widersprüchlichkeit von Kulturellem und Institutionellem – hier: des Juristischen und der JuristInnen – zum Ausdruck. Dennoch ist die Grenze zwischen Erzählung und Fachbuch so klar nicht.

Lorenzer (1986) unterscheidet zwischen sprachlich-symbolischen und sinnlich-symbolischen Interaktionsfiguren.

"Sinnlich-symbolische Interaktionsformen sind auf den Umkreis der beide Male aktualisierten Lebenspraxis beschränkt. Dafür führen diese Symbole in den jeweiligen Praxisnischen ein viel ungestörteres Eigenleben als die vom soziokulturellen Konsenszwang betroffenen sprachsymbolischen Interaktionsformen. Die Traumbilder machen sich diesen erhöhten Spielraum zunutze – auch sie gehören ja zur Klasse der sinnlich-symbolischen Interaktionsformen; sie sind neben den Bildungen von Kunst, Literatur, Ritual, Mythos usw. eine besonders kennzeichnende Gruppe dieser Spezies." (ebd., S. 56)

Wenngleich es in rechtsdogmatischen Fachtexten sprachlich-symbolische Figuren gibt, die in hohem Maße einem, ich möchte sagen, institutionellen Konsenszwang unterliegen, so läßt der Hinweis auf das Ritual doch zugleich die Frage aufscheinen, ob nicht die Hauptverhandlung etwa eine sehr sinnlich-symbolische Interaktionsform darstellt, Affekten und unbewußten Praxisformen sehr nahe. Und auch die Debatte, ob es sich bei der Tätigkeit von Juristen nicht um eine der Kunst nahestehende handelt, lenkt die Gedanken in die gleiche Richtung: Gerade das Trocken-Dogmatische mag die Hülle abgeben, wo sich das Sinnlich-Unmittelbare verbirgt. Und ob die Künste des Juristen "neue Lebensentwürfe in der sinnlichen Erfahrung zur Debatte stellen" ist sicherlich zu bezweifeln, eher, daß sie eine solche Debatte verhindern, aber auch dadurch, daß sie ziel- und wegesicher durchaus in sinnlich-symbolischen Interaktionsformen prozedieren.

2. Die Daten aus dem Material gewinnen: Die Sammlung von Merkwürdigkeiten

Ich habe den Text im ersten Schritt ohne gezielte Aufmerksamkeit gelesen und alle Stellen, bei denen ich befremdet war, stutzte, mir etwas "spanisch vorkam", die ich aus irgendwelchen Gründen auffällig fand, markiert, gelegentlich ein Stichwort notiert, aber darauf verzichtet, in diesem Stadium länger über eine Stelle nachzudenken und zu interpretieren. Darüber hinaus achtete ich gezielt auf Stellen, in denen justizielle Praxis, Juristen, Berufsethos thematisiert oder "angetönt" waren, kurz: jene Aspekte, die thematisch zu dieser Untersuchung gehören. Und schließlich habe ich das Fallmaterial ausgewertet.

Ausgangspunkt für jede Suche nach latenten Bedeutungen und unbewußt gemachtem Wissen und Gefühlen ist immer eine Störung, ein Befremden, ein Entfremdungsgefühl, eine kognitive Dissonanz, die eine psychische Spannung auslöst (Morgenthaler 1978, S. 82 f. Argelander 1979, S. 32). In diesem Sinne schreiben auch Leithäuser/Volmerg (1979):

"Grammatische 'Fehler', Regelverletzungen, die 'falsche' Anwendung von Regeln ...oder die Unbestimmtheit der Prädikation sind der Tiefenhermeneutik Zeichen der Entstellung eines problematischen Sinngehalts...Dem Interpreten werden die Regeln eines Textes vor allem dann problematisch, wenn diese aus ihrem ursprünglichen Verwendungszusammenhang in einen fremden übertragen und dort angewendet werden; wenn z. B. Menschen wie Dinge 'behandelt' werden oder Dinge wie Menschen: Personalisierungen und Naturalisierungen gesellschaftlicher Verhältnisse sind die allgemeinsten Formen solcher Regelübertragungen." (S. 166)

Als Vergleichsmaßstab dient dabei das Ideal-Modell eines Textes, der syntaktisch und grammatikalisch richtige Sätze logisch miteinander bei großer Eindeutigkeit verknüpft. "Symptomatisches Lesen" heißt nicht, den manifesten Inhalt als unwichtig zu betrachten, sondern vielmehr jene Passagen, die als auffällig, fehlerhaft, merkwürdig erkannt gewöhnlich der weiteren Verarbeitung entzogen werden, näher zu untersuchen, um die in ihnen enthaltene Information zusätzlich auszuschöpfen und manifesten und latenten Inhalt ins Verhältnis zu setzen, das ihnen zugrundeliegende Muster zu entdecken.

Gerade bei juristischen Texten, deren Autoren für begriffliche Präzision, für logisches und stringentes Denken gerühmt werden, wird man den Kontrast zwischen diesem Bild und der Realität als bedeutsam betrachten. Dies gilt erst recht, wenn der Autor diesem Bild über weite Strecken die Ehre gibt: Die "Ausfälle" in dieser Hinsicht, sind dann wohl als bedeutsame Spuren zu lesen.

Diese Art der Lektüre, die Nadig (1986, S. 55) "symptomatisches Lesen" nennt, vollzieht sich in einem Zustand von einer auf die eigenen, des Lesers

Reaktionen gelenkten Aufmerksamkeit, die die Störungen im Lese- und Verständnisfluß markiert.

Ob eine Textstelle sich in ihrer Auffälligkeit als "Symptom" von (institutionell ausgelöster) Unbewußtmachung interpretieren läßt, ist in den meisten Fällen unentscheidbar, solange man nur diese Stelle im Auge hat. Erst im Kontext, in dem sie steht, unter Hinzuziehung anderer Stellen, unter Hinzuziehung von Wissen aus anderer Quelle lassen sich alternative Interpretationen ausscheiden. Um den Gefahren eigener Unbewußtmachung zu begegnen, enthielt ich mich zunächst der Interpretation, um mich in der weiteren Lektüre nicht abzuschließen.

Eine derartige Leseweise ist trainierbar. Es geht um das Entdecken von Passagen oder auch nur Sätzen in den Texten, - das folgende ist kein abschließender Katalog -,

- (1) die grammatikalisch fehlerhaft sind
- (2) wo etwas ausgespart ist, eine Schlußfolgerung unterbleibt, die im Text angelegt ist
- (3) wo etwas widersprüchlich, unklar ist
- (4) wo es sich mit Erkenntnissen anderer Quelle nicht vereinbaren läßt
- (5) die auffallend "impulsiv", "affektiv", bewertend, abwertend sind.

3. Merkwürdigkeiten als Symptome verstehen

Der zweite Schritt bestand darin, diese Stellen zu exzerpieren und bei dieser Gelegenheit ausführlicher meinen Assoziationen nachzugehen, ausgiebigere Kommentare hinzuzufügen, Querverweise anzubringen, in den Textstellen aufzufinden, was der Grund meiner Auswahl dieser Stelle war. In dieser Phase wurden auch Muster deutlicher, die Zusammenhänge zwischen mehreren Stellen, Ähnlichkeiten, Kontraste usw. als Beobachtungsbasis hatten.

Die von Argelander (1979, S. 96) genannten drei Stufen des Verstehens geben mein Vorgehen recht gut wieder:

- (1) Auftauchen einer Idee aus dem Unbewußten, begleitet von einem Entfremdungsgefühl/kognitiver Dissonanz und einem 'Schlüsselgedanken'
- (2) Vermuten
- (3) Logische Klassifizierung und Überlegung.

Dabei kommen (nach Argelander 1979, S. 136) in der "kognitiven Organisation in der Psychoanalyse" ins Spiel

- das hermeneutische Prinzip: die Suche nach unbewußten Bedeutungen auf der Basis von möglichst wenig zensierten (Logik, Scham usw.) Einfällen und Mitteilungen;
- das Gestaltprinzip: die Ordnung der Daten, ohne sie zu reduzieren; Prinzip des Zusammenhangs: die Reflektion der Sukzession im Assoziations-

verlauf oder Parallelität bestimmter Themen und Gefühle auch im Übertragungsgeschehen;

- das Interferenzprinzip: primär- und sekundärprozeßhafte psychische Prozesse kommen infolge von Verschiebung und Verdichtung in einem Verhalten oder einer Äußerung zugleich zum Ausdruck, man achtet auf Übertreibungen, Doppeldeutigkeiten usw.

Das affektive Geschehen wird so durch angemessene kognitive Prozesse der Herausarbeitung von unbewußten Themen, die zu dem jeweils bewußt Behandelten in Beziehung gesetzt werden, durch Angebot von Deutungen begleitet und modifiziert.

- (1) An vielen Stellen überprüfte ich meine Assoziationen zu einzelnen Wörtern - wie zum Beispiel bei "desavouieren" - mit Hilfe von Fremdsprachen- oder etymologischen Wörterbüchern auf ihre Vereinbarkeit mit der allgemeinen konnotativen Bedeutung.
- (2) An einigen Stellen, wo mir die Bedeutung, die der Autor einem Wort beilegte, undeutlich oder schleierhaft war, untersuchte ich systematisch die Verwendung (und kontrastierte sie nach Möglichkeit mit der expliziten Definition), d.h. nahm eine semantische Analyse vor.
- (3) Gelegentlich wurde auch eine Rekonstruktion der Logik der Argumentation unternommen, um die zunächst vage Ahnung einer Inkonsistenz deutlich zu machen.

Dabei setzte diese Arbeit einen wiederholten Durchgang durch die Daten und gelegentlich auch weitere Arbeit am "Rohmaterial" voraus, bis sich eine Interpretation als tauglich über die Zeit hielt.

4. Wiedergabe, Beschreibung, Interpretation und Deutung

Jede Darstellung ersetzt die Sache, die es repräsentiert. Eine Darstellung kann den Charakter einer Wiedergabe haben - das Modell, Landkarte, Photographie oder Zitat -, den einer Beschreibung - "um 12 Uhr betrat X den Gerichtssaal Y" -, den einer Deutung oder einer Erklärung (vgl. zum Folgenden Sperber 1989, S. 24 ff.).

Allerdings ist die Frage, ob nicht die Beschreibung "Gerichtssaal" bereits interpretativ ist. Im Falle des Volksgerichtshofs oder einem Gebäude in einer Kultur, die die Trennung von Recht und Moral nicht kennt, ist dies wohl zu bejahen. Die Frage, ob etwas als Beschreibung akzeptiert oder als Interpretation behandelt wird, hängt von der Sprechergemeinschaft ab.

Um die Adäquanz einer Landkarte, eines Modells oder die Wahl eines Zitats als repräsentativ für ein Werk oder einen Autor beurteilen zu können, bedarf es eines "deskriptiven Kommentars", der Maßstabangabe, Legende, der Einbettung

in einen Kontext. Sobald man zu freier indirekter Rede, Zusammenfassungen übergeht, verwischt sich die Grenze zwischen Wiedergabe, Beschreibung und Interpretation. Interpretation ist so gesehen eine Darstellung, die weder eine einfache Beschreibung noch eine einfache Reproduktion ist. Die Ausdrücke "Deutung" und "Interpretation" werden hier synonym verwandt, womit ich einem verbreiteten Sprachgebrauch folge (z.B. *Morgenroth 1988, S. 1*; aber *Laplanche-Pontalis* zum Stichwort: "Deutung"). Es gibt bessere und schlechtere Deutungen, was nicht der Fall wäre, wenn sie jeder empirischen Triftigkeit entbehrten (*Sperber 1989, S. 32*), Interpretationen sind angemessen, wenn getreu, es gibt eine unendliche Stufung (*ebd., S. 52*). Einige Überlegungen, wie getreuer von ungetreueren unterschieden werden können, folgen nachstehend.

5. Indikatoren für korrekte Deutungen

a. In der Therapie

Nach *Wurmser (1989, S. 410)* sind

"Deutungen Versuche, ungezählte Daten zu organisieren... ein gemeinsames Suchen nach Antworten, ...das darauf zielt, zerrissene Verbindungen wieder anzuknüpfen, viel mehr als die dramatische Entdeckung irgendwelcher verdrängter Erinnerungen."

In der dialogischen Struktur der Therapie gibt es eine Reihe von Indikatoren für die Korrektheit einer Deutung. Eine korrekte Deutung hat als Kriterien die Übereinstimmung von Interpret und Interpretiertem, erkennbar daran, daß sie in einem mehr als oberflächlichen Sinne akzeptiert wird, d.h., wenn sie merkbare Änderungen nach sich zieht.

Eine korrekte Deutung

- kann ein beobachtbar anderes Verhalten zur Folge haben: der Patient kann etwas tun, was er tun wollte, aber vorher nicht konnte,
- ist mit einem Gefühl verbunden, das Richtige getroffen zu haben,
- ist häufig begleitet von einem Gefühl der Erleichterung,
- löst Assoziationen aus, die zum Thema der Deutung passen, oder der Strom von Assoziationen fließt überhaupt wieder, während er vorher gestaut war ("Mir fällt heute nichts ein"),
- setzt Affekte frei, das Ich stellt sich triebfreundlicher ein, was in der Übertragung sichtbar wird (*Morgenthaler 1978, S. 105*).

"Vollständigkeit und Zusammenpassen der Lösung ist sehr ähnlich bei allen Formen erfolgreicher Deutung - sei es ein Rätsel der Natur, sei es das Rätsel eines unbekanntes Textes oder einer verlorenen Sprache oder Schrift, sei es das Rätsel eines Verbrechens... (*ebd., S. 314*) ...es ist eben die Konstellation all dieser Faktoren in Form eines zirkulären Prozesses, es sind eben die darin mannigfach verschlungenen Konflikte zwischen Innen

und Außen, zwischen Ich und Trieb, zwischen Ich und Affekt, zwischen Ich und Gewissen, die uns als Ganzes erst den wirklichen Kausalnexus geben können." (*ebd., S. 319*)

b. Bei der Textinterpretation

"Epistemologisch gesehen ist die Anwendung auf eine literarische Figur ein gewagter Schluß, da wir im Gegensatz zur klinischen Situation weder genug direkte Evidenz für die Schlußfolgerungen besitzen, noch uns auf die weisen 'checks and balances' berufen können, die sich in so ausgezeichneter Weise bei einer gut durchgeführten Psychoanalyse, mit der bewußten Vermeidung der Autoritätsausübung, vorfinden lassen." (*Wurmser 1989, S. 152*) "... dort zielt die Interpretation auf eine Änderung des Patienten, also des Textproduzenten, hier ist der Autor unerreichbar und der Text ist unabänderlich, nur der Interpret ist veränderlich und kann sich unter dem Eindruck von Text und Textinterpretation wandeln." (*Lorenzer 1986, S. 17 f.*)³⁰

Texte sind nichtreaktiv. Der Fortgang des Textes ändert sich nicht durch die Deutung des ersten Satzes. Aber die Tatsache der Nichtreaktivität impliziert zugleich, daß die Indikatoren für die Korrektheit einer Deutung, die in der psychoanalytischen Therapie oder in psychoanalytischen Gesprächen auftauchen, fehlen. Andererseits steht der Text fest. Man kann zurückkehren und findet ihn unverändert. Eine später auffallende Textstelle kann Anlaß zur Rückkehr sein. Man kann seine Erinnerung überprüfen. Ein umfangreicher Text bietet einen Materialfundus, in welchen der Autor viel und über lange Zeit investiert hat. Was man hier findet, ist ausgiebiger geprüft als die flüchtige mündliche Rede. Dritte können Textstellen aufsuchen und ein Zitat überprüfen, auch, ob es aus dem Zusammenhang gerissen ist.

Die Validierung von Interpretationen erfolgte - ähnlich wie beim Indizienbeweis - durch den Entwurf alternativer Interpretationen und die Frage, inwieweit die eine oder andere alle relevanten Indizien einzubeziehen vermag. Je weniger Indizien vorliegen, desto weniger wird man der einen oder anderen Interpretation den Vorzug geben können³¹.

³⁰ s.a. *Negt/Morgenroth/Geiling 1988* u. *Leithäuser/Volmerg 1979, S. 180 f.*

³¹ Zur hier angesprochenen abduktiven Logik jetzt ausführlich *Schulz 1997, S. 205 ff.*

6. Zur Darstellung und Möglichkeit intersubjektiver Prüfung

Um die Textinterpretationen nachvollziehbar zu machen, sind die als "Spuren" entdeckten Textstellen oder -passagen zu großen Teilen wörtlich wiedergegeben³². Diese Daten sind keine Beobachtungsdaten im strengen physikalischen Sinne, aber wenn man das relative Kriterium für die Unterscheidung von Beschreibung und Interpretation zugrundelegt, so scheint ein breiter Konsens über die "Auffälligkeit" möglich, was die Einordnung als "Datum" rechtfertigt. Was ich jeweils als auffällig festgestellt habe, wird mitgeteilt, erschließt sich, wie gesagt, immer auf dem Hintergrund eines "Normalfalls". Die Einordnung der wörtlichen Zitate hat schon interpretativen Charakter. Jedoch ist der Aufbau so gewählt, daß zunächst möglichst sorgfältig rekonstruiert wird, was der Autor sagt oder nicht sagt, also häufig nur Fragen an den Text gestellt werden, auf die man eine Antwort "eigentlich" erwartete.

Die gesammelten Auffälligkeiten sind in diesem Sinne als solche intersubjektiver Prüfung zugänglich. Ein anderer Leser würde vielleicht auch andere Textstellen als auffällig klassifizieren, insoweit ist die Menge nicht abgeschlossen. Wenn man hinsichtlich der "Merkwürdigkeit" übereinstimmt und die Hypothese für sinnvoll betrachtet, Gründen für diese Merkwürdigkeit überhaupt nachzugehen, so kann man selbst Deutungen vornehmen und sie mit meinen vergleichen.

³² Spence 1989, S. 295 ff.; Soeffner 1984, S. 24

II. Strafrecht und Strafrechtler: Explizites zu "Sollen und Sein"

A. Strafrechtsdogmatik

"Die Aufgabe der Strafrechtsdogmatik (sc. besteht) darin, die Sätze zu entwickeln, die man braucht, um der Straftat als einer bedeutungshaltigen Tat ...durch einen bedeutungshaltigen Akt zu widersprechen." (JAT, S. VII)

Ich stelle an diesen für das Buch programmatischen Satz Fragen, auf die ich am liebsten klare, ausdrückliche Antworten hätte. Finde ich sie nicht, beginne ich zwischen den Zeilen zu lesen.

- Wie verhält sich die Wahrheit der Sätze zu ihrem instrumentellen Einsatz: wahr und effektiv oder reicht der Effekt, um sie als Sätze der Strafrechtsdogmatik zu identifizieren? Betont wird eine praktische, keine Erkenntnisspektive: ist Strafrechtsdogmatik Wissenschaft? Für wen erhält er Bedeutung: für die widersprechenden Strafrechtler, den Täter oder für alle?
- Wird die Bedeutung der Tat festgestellt oder zugeschrieben?
- Wer erzeugt die Bedeutung? Die Dogmatik, ein soziales System, die wohlsozialisierte Gemeinschaft der Doctores oder ein übermenschlicher Prozeß?

B. Strafrecht

1. Ziele und Zwecke des Strafrechts

"Dieser Widerspruch ist nach einer Tat erforderlich, um die vom Täter desavouierte Normgeltung wiederherzustellen." (JAT, S. VII)
Damit ist das zentrale Ziel bezeichnet: Wiederherstellung und Stabilisierung (JAT, S. 125) der Normgeltung.

Was "Normgeltung" bedeutet, soll an Hand der folgenden Alternativen eruiert werden: eine Norm gilt

- wenn sie im Verhalten modal befolgt wird
- wenn die Mitglieder einer Gesellschaft in der Regel die Norm kennen (und befürworten)
- wenn sie sowohl im Verhalten als auch im Gespräch gekannt und bejaht wird

• wenn sie nach juristischen Kriterien gilt (verkündetes Gesetz)

Der Geltungsbegriff erschöpft sich nicht im Sinne der letzten Alternative, denn "Ableben von Normen" (JAT, S. 38) sieht eine andere Form als die formelle Außerkraftsetzung eines Gesetzes vor. Juristische Geltung ist nur eine mehrerer Bedingungen, um von "Geltung" zu sprechen.

Die Norm gilt als "Orientierungsmuster im sozialen Kontakt" (JAT, S. 10). Wenn es heißt, daß "auf garantierte Orientierungen im sozialen Leben nicht verzichtet werden kann" (JAT, S. 13), so legt das nahe, daß von (stabilisierter) Normgeltung nur dann die Rede sein kann, wenn die Norm im Verhalten regelmäßig befolgt wird. So auch, wenn es heißt, es könne "auf generelle Befolgung nicht verzichtet werden." (JAT, S. 8) Diese empirische und quantitative Dimension wird angesprochen (JAT 17/3, S. 469), aber nicht näher spezifiziert. Allerdings kann das tatsächliche Verhalten nicht ausreichen, um von Normgeltung zu sprechen, weil es nicht nur darum geht, "wie man sich verhalten wird", sondern "wie man sich verhalten soll". Die mit dem bei Jakobs auftretenden Begriffspaar "kognitiv" (zu dieser Wortwahl s.u.IV.B.2.) und "normativ" verknüpfte entschiedene Stellungnahme für eine "normative Begrifflichkeit" impliziert, daß es nicht um statistische Regelmässigkeit allein geht. Erst wenn eine von Kenntnis und Vertrauen getragene verhaltensleitende Wirkung da ist, ist das Ziel der Normgeltung erreicht. Diese Feststellung hat Implikationen für die Frage, wie in einem kommunikativen - es geht um Bedeutungsvermittlung - und sozialisatorischen Prozeß diese Normgeltung hergestellt werden kann und ob der von Jakobs vorgeschlagene Weg geeignet ist.

Die Strafe erschöpft "sich nicht darin..., etwas zu bedeuten: Strafe soll die Bedingungen solcher Interaktion schützen und hat deshalb eine präventive Aufgabe." (JAT, S. 13)

Es geht nicht nur um Kommunikation über Normen, sondern auch um tatsächliches Verhalten.

"...Adressaten der Strafe sind primär überhaupt nicht einige Menschen als potentielle Täter, sondern alle Menschen, da alle ohne soziale Interaktionen nicht auskommen können und da deshalb alle Menschen wissen müssen, was sie dabei erwarten können." (JAT, S. 13)

Die Täter gelten weniger (oder gar nicht?) als potentielle Delinquenten und diese weniger als Menschen, die nicht potentiell delinquirieren, als Adressaten: Der Täter trägt die Strafe, aber sie ist nicht an ihn adressiert. Prävention bezieht sich auf "alle Menschen". Logisch gehört der Täter in die Menge "alle Menschen". Jedenfalls muß die Bedeutung der Strafe bei den Adressaten ankommen und in die individuellen Bedingungen für Normgeltung umgesetzt werden.

2. Mittel und Wege: Positive Generalprävention und ihre Operationalisierung

Jakobs stellt den Vorgang der "Positiven Generalprävention" als einen des Übens und Lernens vor. Das normbrechende Verhalten soll als "nicht diskutabile Verhaltensalternative" gelernt werden. Es geht um mehr als das äußere Verhalten, denn wenn "das Schlimme nicht das äußere Geschehen, sondern die Haltung des Täters zur Norm" ist (JAT, S. 127), so ist das Gute wohl ebenfalls nicht das äußere Geschehen, sondern die innere Haltung zur Norm.

"Strafrecht garantiert kein Vertrauen auf gleiche Fähigkeiten bei der Gestaltung von Handlungsvollzügen, sondern garantiert Vertrauen darauf, daß die mit der Handlung gewählten Entwürfe der Weltgestaltung rechtskonform sind, m.a.W., daß die rechtlichen Normen stets dominantes Motiv sind." (JAT, S. 139; 6/24)

Strafrecht zielt also auf "Motivationsbildung", auf die Innenwelt der Menschen³³.

"Insoweit erfolgt Strafe zur Einübung in Rechtstreue. Zumindest aber wird durch die Strafe der Konnex von Verhalten und Kostentragungspflicht gelernt, mag auch die Norm trotz des Gelernten übertreten werden; insoweit geht es um Einübung in die Akzeptation der Konsequenzen. Generalprävention durch Eintbung in Normanerkennung." (JAT, S. 13 f)

Diese Bestimmung wirft etliche Fragen auf: läßt sich Treue üben? Was bedeutet in einem solchen Zusammenhang Treue, was üben? "Konnex" erinnert an Konditionierungsvorgänge. Das plakative "Rede und Widerrede" ist hier schon verloren, ein kommunikativer Vorgang scheint "positive Generalprävention" nicht zu sein, um so mehr, als der Normbruch als "nicht-diskutable Verhaltensalternative" gelernt werden soll: die Diskussion, Auseinandersetzung ist abgeschnitten. Eine direkte Antwort auf die Frage, wie denn diese Lern- und Übungsvorgänge mit (Rechts-)Bewußtsein, -Gewissen, -Gefühl usw. verbunden sind, finden sich nicht, keine auch nur angedeutete Lern-/ Entwicklung-/ Sozialisierungstheorie. Unklar bleibt, auf welchen Kanälen sich die Bedeutung des Widerspruchs an "alle Menschen" mitteilt. Wir sind daher darauf angewiesen, diese - für ein "ertragreiches" System zentralen Aspekte - zu rekonstruieren. Auch die sozialpsychologische Seite des Modells wird nicht angesprochen. Dem entspricht das weitgehende Fehlen von Fallbeispielen: nur 11 auf den ersten hundert Seiten bei durchschnittlich 1 Fall/Seite. Das generelle Konzept ist also weder definitorisch noch durch Fälle begrifflich näher bestimmt, obgleich es vom Begriff der Normgeltung angefangen interdisziplinär angelegt ist.

³³ Sub specie Spezialprävention nach Jakobs illegitim

3. Der Begriff der Strafe

"Stets geht es bei der Strafe um eine Reaktion auf einen Normbruch. Stets wird durch die Reaktion demonstriert, daß an der gebrochenen Norm festgehalten werden soll. Und stets erfolgt die demonstrierende Reaktion auf Kosten des für den Normbruch Zuständigen... Es geht um eine normative Problematik: um die Zuordnung eines störenden Ereignisses zum Träger derjenigen Kosten, die zur Beseitigung der Störung notwendig sind." (JAT, S. 5)

Von Leid und Schmerz, die Strafe zufügt und auch zufügen soll, ist hier keine Rede (vgl. Christie 1980). "Kosten" und "zur Beseitigung der Störung notwendig" suggerieren einen ökonomischen Ausgleich, - eine Rechnung, die jedoch kaum aufgeht, weil abstrahiert von der Tatsache, daß Verfolgung, Ermittlung, Verurteilung und Vollstreckung in der Regel Kosten verursachen, die diejenigen, die der Täter trägt oder auch nur tragen muß, bei weitem übersteigen. Kosten sind als "Einbußen an Gütern" definiert, mithin wären auch die letztgenannten einzubeziehen. Besonders auffällig ist der letzte Satz: Es gibt ein "störendes Ereignis" und "Kosten, die zur Beseitigung der Störung notwendig sind". Man würde nun erwarten, daß es um die Zuordnung der Kosten zum Störer geht. Aber es scheint, als ob der Kostenträger feststeht und man den Grund für die Kostentragung durch "Zuordnung eines störenden Ereignisses" herstellt. Wir werden sehen (u. III.F.1.a.), daß dieser Satz keine sinnlos-zufällige Fehlleistung ist.

"Das Unrecht ist ein Übel und die Kostentragungspflicht für den Täter ist auch ein Übel, aber trotzdem läßt sich Strafe nicht als Übelszufügung wegen eines begangenen Übels bestimmen: Es wäre unvernünftig, 'ein Übel bloß deswegen zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden ist', und diese Sequenz der Übel bezeichnet die Strafe auch nur nach ihrem 'oberflächliche(n) Charakter' (HEGEL GPR § 99).

Strafe muß positiv definiert werden: Sie ist Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen. Dabei springt ein Übel heraus, aber die Strafe hat nicht schon bei diesem Effekt ihre Aufgabe erfüllt, sondern erst mit der Stabilisierung der verletzten Norm." (JAT, S. 6; 1/3)

Im ersten Satz wechselt die Ebene: von einer faktischen zu einer normativen. Diese bleibt bis zum Ende des Zitats dominant: Während die Faktizität des doppelten Übels feststeht - bestätigt in der Wendung "dabei springt ein Übel heraus" -, bleibt offen, ob die Strafe ihre Aufgabe erfüllt. Damit wird die Aussage, sie sei Demonstration von Normgeltung, doppeldeutig: sie kann sie insoweit nicht demonstrieren, als die Norm destabilisiert und daher die Geltung in Frage gestellt ist. Dies wird durch "muß positiv definiert" werden unterstrichen. Die Definition ist keine Realdefinition. Es ist nicht unvernünftig, ein Übel zuzufügen, weil ein anderes Übel vorhanden ist, sondern es zuzufügen zu wollen. Der Wille des Strafenden, Übel zuzufügen, wird mittels der Definition mit einem vernünftigen Grund versehen. Die Definition ist funktional für die

Beseitigung der Zweifel des Strafenden an seiner Vernunft (und auch für die Legitimierung der Aggression des Verfolgers). Für die Praxis der Strafe ist damit nichts gesagt, und an der Tatsache, daß ein Übel herausspringt, braucht man sich fürderhin nicht mehr zu stoßen - und den Motiven dafür nicht nachzugehen.

4. Die Legitimität der Normen

"Der Widerspruch gegen den Normbruch durch Strafe erfolgt nicht um seiner selbst willen, sondern weil auf garantierte Orientierungen im sozialen Leben nicht verzichtet werden kann." (JAT, S. 13; 1/14)

Wie ist die Wendung "nicht verzichtet werden kann" zu verstehen? Es kann bedeuten, daß sich die Legitimität bestimmter Normen danach bestimmen läßt, ob ihre Nicht-Geltung den gesellschaftlichen Zusammenbruch bedeutete, die das System der Reproduktionsbedingungen zerstörte. Oder ist gemeint, daß ohne besonderen inhaltlichen Ausweis einfach einige Orientierungen vorhanden sein müssen. Das erste Zitat deutet in die erste, das zweite in die zweite Richtung.

Explizit wird dies im Lehrbuch nicht deutlicher, die impliziten Lehren gehen unter Schwankungen³⁴ in die Richtung des folgenden Zitats³⁵:

"Drittens und hauptsächlich ist die Grenze zwischen erlaubtem oder gar erwünschtem Verhalten und normwidrigem Verhalten heute in nicht wenigen Teilen der Gesellschaft keine gewachsene, einer gelebten Sittlichkeit korrespondierende Grenze, sondern sie wird schlicht konstruiert, mehr oder weniger willkürlich festgesetzt." (Jakobs 1995, S. 858)

Gegenläufig allerdings auch hier die Rede von den gemachten, wenn auch aus gutem Grund gemachten Normen (ebd., S. 859), allerdings sind die guten Gründe wiederum nicht gut genug, um sagen zu können, daß jemand inkompetent ist, nicht richtig sieht, begreift; einsieht eben. Am Ende steht wieder: "die evidente Kontingenz der Normen", die "Unbeweisbarkeit richtigen Wollens bei rechtlichen und auch sittlichen Normen". Daraus wird geschlossen: Inkulturation ist hier nicht an Überzeugungsprozesse, sondern an Sanktionen gebunden (ebd.). Selbst wenn ich konzedere, daß es Wahrheiten gibt, die (in einem bestimmten System) nicht beweisbar sind, behaupte ich, daß die Folge-

³⁴ Jakobs 1993 beginnt mit der Betonung der Legitimität (S. 7) gefolgt vom Rückzug auf die Positivität (S. 18), und endet in dieser Hinsicht: "Kurz und knapp: Materielle Schuld setzt legitime Normen voraus." (S. 28) Solange freilich keine Kriterien für die Legitimität außer der Positivität geboten werden, bleibt das ein leeres Bekenntnis.

³⁵ In diesem Sinne deuten auch Kindhäuser (1995, S. 708) und Günther (1996, S. 45) Jakobs

rung nicht zwingend ist. Ich könnte aus der Unbeweisbarkeit nämlich auch folgern, daß die Sanktion dann illegitim ist, weil ein solcher Eingriff wie die staatliche Strafe Gewißheit oder jedenfalls wohlfundierte Überzeugung voraussetzt. Die unausgesprochene weitere Prämisse ist, daß es Wissende gibt und daß diese die Sanktionierenden sind. Pächter der Wahrheit vom richtigen Wollen:

C. Juristen und andere in der Strafjustiz Tätige: Produzenten und Produktionsbedingungen

Wie die Subjekte - Strafverfolger, -richter und -vollstrecker - und die institutionellen Arbeitsbedingungen aussehen oder aussehen müßten, um die Wahrheit vom richtigen Wollen zur Geltung zu bringen, um positive Generalprävention in die Tat umzusetzen, sagt Jakobs nicht. Auch zu Struktur und Entwicklung des Gegenstandsbereiches ihrer Tätigkeit, der Kriminalität, finden sich keine Ausführungen. Das widerspricht prima facie der Hypothese, ein solches Lehrbuch sei eine Praxisanleitung. Jedoch ist die wirksamste pädagogische Methode: ein (gutes) Vorbild abzugeben. Zwar mag die explizite Belehrung diese Methode flankieren, erforderlich ist sie meist nicht. Wenn sich nun zeigen läßt, daß Jakobs ein Vorbild abgibt und wir annehmen, daß explizite Belehrung das Lernen fördert und verkürzt, so ist die Frage, warum sie ausbleibt. Die Hypothese, es handele sich hier um besonders heikle Fragen, die besser nicht gestellt und sie wie mögliche Antworten unbewußt gemacht werden, liegt dann um so näher. Es kann klug sein, sich (als Strafrechtler) nicht zum Thema zu machen. Ob es vernünftig ist, steht freilich auf einem anderen Blatt.

D. Das explizite Verhältnis von Sein und Sollen

"Ungeachtet aller Kontroversen ist ausgemacht, daß Strafe der Erhaltung von Ordnung dient." (JAT, S. 58; 3/16)

Neben den oben (S. 43) zitierten Passagen spricht die Wendung von der "Notwendigkeit, einen Konflikt durch Strafe zu erledigen" (JAT, S. 339; 10/5) dafür, daß die (staatliche) Strafe ihre Aufgabe tatsächlich erfüllt; zugleich wird

bekräftigt, daß sie unverzichtbar ist, es also kein funktionales Äquivalent gibt. Beides wird im Lehrbuch vorausgesetzt³⁶.

Warum lehrt ein funktionalistisch orientierter Wissenschaftler nicht, über den Ersatz eines Mittels durch ein besser funktionierendes nachzudenken: wie läßt sich das Ziel der positiven Generalprävention am besten fördern? Wirkt die staatliche Strafe tatsächlich in diesem Sinne, wie entsteht "Rechtstreue", wie vermittelt sich die "Demonstration der Normgeltung"? Daß all diese Fragen nicht gestellt werden, deutet darauf hin, daß Jakobs eine Kontroverse über die Behauptung, Strafe unterminiere Ordnung (und zwar genau jene normative Ordnung, die er im Sinne hat), für unvorstellbar hält.

"Nach diesem Strafzweck (sc. Einübung in Normanerkennung) ist der Schuldbegriff nicht nur zukünftig auszurichten, sondern gegenwärtig der Sache nach schon ausgerichtet, soweit das Strafrecht überhaupt funktioniert, d.h. zur Stabilisierung der Ordnung beiträgt." (JAT, S. 481; 17/18)

Dies ist die einzig entdeckte Stelle, an der die Wirksamkeit bezweifelt wird. Das Fehlen weiteren Zweifels suggeriert, das Strafrecht funktioniere "positiv generalpräventiv", zumal es für den Bestand und die Identität der Gesellschaft sowohl von seinem Inhalt wie seinem Mittel notwendig ist: sein Mißerfolg müßte den Untergang bedeuten.

³⁶ s.a. Jakobs 1995, S. 853, wo die Straftat als typischer sozialer Konflikt vorausgesetzt die Notwendigkeit der Strafe gleich mit zu akzeptieren hilft. Ähnlich ebd. S. 851, wo nahegelegt wird, daß es immer und überall Verhalten gibt, das eine Gesellschaft ohne förmliche Reaktion nicht verkraften kann - immerhin: förmliche Reaktion ist schwächer als Strafe.

III. Latente Vorstellungen und latentes Wissen

A. Kriminologie

Der folgende Abschnitt stellt die implizite Kriminologie dar, in erster Linie an Hand der Untersuchung der Fallbeispiele.

Die "Kriminographie", d.h. die Beschreibung der Verteilung von strafbaren Handlungen, entdeckt oder im Dunkelfeld, nach Alter, Geschlecht, Schichtzugehörigkeit usw., ist ein Zweig der Kriminalsoziologie, ein anderer der der strukturellen Zusammenhänge im Hinblick auf gesellschaftliche Schichtung (Merton) oder auf die Interdependenz von Kriminalität und Kontrolle (Labeling).

Mit dem Labeling approach kommt die Produktion von Kriminalität (und "Kriminellen") durch den Sanktionsapparat selbst in den Blick. Kriminalitätsentstehung muß auch als Kriminalisierung, d.h. durch Verfolgung, Verurteilung und Strafvollstreckung mitbedingt, betrachtet werden. Die so in die "Gesamte Strafrechtswissenschaft" eingezogene Selbstreflexivität findet bei Jakobs kein Echo.

Nun kann es nicht darum gehen, die Deliktsverteilung der Kriminalstatistik mit der der "Jakobschen Fallstatistik" zu vergleichen. Fallbeispiele dienen der Konkretisierung und liefern Definitionen eigener Art, dienen der Begriffsbildung. In einem Lehrbuch des allgemeinen Teils nur wenige Tatbestände des besonderen Teils heranzuziehen, heißt für diesen Zusammenhang Irrelevantes konstant zu halten. Welche Wahl allerdings getroffen wird, ist nun wiederum interpretationsfähig. Denn über diese Fallbeispiele vermittelt sich dem Leser eine Vorstellung auch über die reale Kriminalität und den strafrechtlichen Umgang damit. Die Begriffe werden auf einen bestimmten Gegenstandsbereich angewandt, und dieser Zusammenhang wird gelernt. Zum anderen ist die Auswahl der Fälle im Hinblick auf das Konzept von "positiver Generalprävention" zu betrachten. Wirtschafts-/Steuer- und Umweltdelikte haben öffentliche, kriminalpolitische und strafrechtliche Debatten ausgelöst, viele Fragen sind hier kriminalpolitisch und strafrechtlich ungelöst. Gerade für das Konzept einer positiven Generalprävention müßte die Tatsache der differentiellen Verfolgung etwa von Kaufhausdiebstahl und Steuerhinterziehung als hinderlich für ein mehr Rechtstreue erscheinen. Hängt die Normgeltung von der Widerrede gegen solches Tun ab, bleibt ohne Widerrede die desavouierte Norm desavouiert³⁷. Per Diskriminierung wird gelernt, daß man manche Normen desavouieren darf. Als Beispiele für derartige stehengebliebene Normdesavouierungen werden Schwanger-

³⁷ s. Jakobs 1995, S. 869, wo er das Kontrastprinzip für die Wahrnehmung heranzieht

schaftsabbruch (JAT, S. 48) und Demonstrations-, Nötigungsdelikte (JAT, S. 13) während der Studentenbewegung angeführt. Das ist bei einem 1983 (und nicht 1973) erschienenen Buch auffällig, kontrastiert mit den dominierenden Umweltthemen Anfang der 80er Jahre.

1. Delikte

Bei den Delikten dominieren die Delikte gegen Leib und Leben: 406 von 736 Fällen, das sind 56 %, mit weitem Abstand folgen die gegen Eigentum und Vermögen 137 Fälle (= 19 %). "Gemeingefährliche" oder gegen staatliche Einrichtungen gerichtete Delikte folgen mit 75 (10%) der Fälle vor Freiheitsberaubung/ Nötigung (3%). Bei den Tötungsdelikten sind 165 vorsätzlich, 11 fahrlässig; es dominieren Mord und Totschlag; bei den Körperverletzungen sind 166 Fälle vorsätzlich, 29 fahrlässig.

2. Der "soziale Ort der Kriminalität"

Nimmt man Angaben zu den Bereichen Familie, Institution, Straßenverkehr, Geschäftsverkehr sowie solche zu Schicht, Bildung, Hierarchie jeweils bei Täter und Opfer als Indikatoren, so finden sich

- Angaben zur Schicht in 145 Fällen (20%),
- zu Schicht, Bildung oder Hierarchie in 204 Fällen,
- zu Schicht, Bildung, Hierarchie und "Tatort" in 322 (47%).

Anders gesagt: in 53 % gibt es nur "den Täter" oder "das Opfer". Dabei muß man bedenken, daß in den 322 Fällen auch solche mit nur ein oder zwei spezifizierenden Merkmale enthalten sind (200), während 4 oder mehr Merkmale nur 11 Fälle aufweisen.

Als soziales Geschehen wird Kriminalität nicht vorgestellt. Der "soziale Ort", soweit erkennbar, ist weder mit der polizeilich erfaßten noch mit der Dunkelfeldkriminalität näher assoziiert. Damit hängt zusammen die (Nicht-)Wahrnehmung der gesellschaftlichen Klassen, der gesellschaftlichen Ungleichheit, das weitgehende Ausblenden sozialer Schichtung. 17 von 37, d.h. 46% der als Täterinnen auftauchenden Frauen sind als Mutter angesprochen, 26 Männer (5%) als Väter.

3. Täter und Opfer

Überhaupt ein Täter war in 658 Fällen (89 %), eine geschlechtliche Zuordnung in 515 (70%) erkennbar, davon waren 492 (95,5%) Männer, 23 (4,5%) Frauen.

Opferseitig gab es 406 spezifizierte Fälle

172 zumindest in der Form "das Opfer"

178 geschlechtlich unterschieden (44%) (163 (40 %) Männer, 15 (3,7%) Frauen)

8 juristische Personen,

48 Kinder.

Die Abstraktion ist also auch hier differenziert: die "Neutralisation des Opfers" geht weiter als die des Täters. Die Repräsentanz der Frau ist, gemessen am Anteil in der realen Kriminalität, erheblich verkleinert. Nimmt man Männer und Frauen bei den Opfern zusammen, so ist der Anteil der Frauen hier mit knapp 8% gegenüber den Tätern verdoppelt. Diese Tendenz zeichnet sich auch für die anderen Angaben ab:

	Beruf	Hierarchische Stellung	Bildung	Schicht	R
Täter	144	74	63	107	40
Opfer	27	28	24	40	41

Die soziale Position der Männer (14% "oben", 9 % unten) ist besser als die der Frauen (4% "oben", 13% "unten"). Umgekehrt wird ein bestimmter Tätertyp nicht suggeriert. Betrachtet man die Berufe der Täter, so wird das übliche Bild des Kriminellen (der tätowierte Mann mit Pistole und Lederjacke) durch den hohen Anteil akademisch gebildeter Täter (58) sowie zusätzlich auch durch den großen Anteil an in der Hierarchie hoch stehenden oder als Vorgesetzte fungierenden "Handwerkern" (22 von 58, 38 %) konterkariert. 80 von 131 mit Berufsangaben versehene Täter, d.h. 61 %, widersprechen also dem Stereotyp.

Die Verteilung auf die Berufe: 58 "Handwerker", 53 Mediziner, 19 Polizisten, 11 "Gefahrgeneigte", 10 Juristen, 5 Psychologen/Pädagogen, 1 Theologe. Das "hohe Aufkommen" an Medizimern im Gegensatz zum geringen der Juristen wird uns noch beschäftigen. (Stichwort: Lehrbuch als Verteidigungsmittel) Bezieht man den Geschlechtsunterschied mit ein, so gibt es eine Akademikerin - eine Ärztin, die jedoch im Kontext der Familie als Mutter auftaucht - zwei Krankenschwestern und eine Sekretärin. Die Quote der Berufsangaben bei der Frau ist mit 25% nur unwesentlich geringer als beim Mann (27%).

4. Kriminalpolitische Tendenzen: Strafbarkeitsquoten

Ob in Richtung "Strafbarkeit" oder aber Nicht-Strafbarkeit gewiesen wird, kann man als kriminalpolitische Tendenz lesen. Die Zusammenfassung von Deliktskategorien ergab dabei weder für die Eigentums- und Vermögensdelikte (Strafbarkeitsquote 58%, gegenüber einer durchschnittlichen von 53%), noch für die Delikte, die unter "gemeingefährlich/Staat" zusammengefaßt wurden und wo die Quote mit 43 % unter dem Durchschnitt lag, signifikante Unterschiede.

Die signifikantesten Unterschiede ergaben sich für die "Tatorte": Insbesondere "Familie" (Quote: 79%) wich nach oben, "Straßenverkehr" (Quote 39%) nach unten ab - beides hochsignifikant. "Institution" wich mit 60% (nicht signifikant p .07) nach oben ab, wie beim "Geschäftlichen Verkehr" (62% bei nur 15 Fällen nicht signifikant).

Eine nähere Betrachtung der Quoten bei einzelnen Delikten zeigt, daß es signifikante Abweichungen bei Untreue/Betrug (80%, p .0238) nach oben, bei Straßenverkehrsdelikten nach unten (33%, p .04) gibt, wobei insbesondere die Untreue (7 strafbar, 0 nicht strafbar trotz der geringen Zahl signifikant; p .02) hervorzuheben ist. "Familie" als Tatort und "Untreue" verweisen auf personale, "Straßenverkehr" auf der anderen Seite auf anonyme Beziehungen. Im Verbrechenaufbau gibt es bei "Garantenstellung" eine signifikante Abweichung nach oben (66%, p .01), die sich bei näherem Zusehen aber vornehmlich wiederum für die Familie realisiert (85%, p .05), allerdings weisen die Garantenstellungen außerhalb der Familie (63%, ns) dieselbe Tendenz auf. Bei den Tätern liegt die Quote bei "oben" angesiedelten, hoch (69%, p .01), die anderen Abweichungen (Frauen 45 %, Täter "unten" 63%) sind nur als Trend zu lesen. Bei den Opfern weicht die Quote bei Kindern (75%, p .05) ab und bei Opfern, die "unten" sind (71%, p .01). *Insgesamt läßt sich herauslesen, daß das schwache Opfer vor einem relativ starken Täter in einer durch zwischenmenschliche³⁹ Elemente geprägten sozialen Situation geschützt werden soll.*

Die Abweichungen beim "erlaubten Risiko" (13%, p .03) wie bei "Fahrlässigkeit" (37%, p .06) deuten auf die Neigung, bei Kontakten ohne zwischenmenschliche Beziehungen wenig zu strafen: Prototyp Straßenverkehr. Wo weder Körper- noch einen Privatsphärenbezug besteht, ("Rechtsgüter der Allgemein-

³⁸ "p.02" bedeutet, daß eine zufällige Verteilung eine Wahrscheinlichkeit von 2% hat, bei einem Signifikanzniveau von p.05, das zugrundelegt wird, also ziemlich deutlich ist. Wenn p>.05, so kann man bis etwa p.10 noch sinnvoll eine Tendenz annehmen.

³⁹ Ursprünglich hieß es: personale. Angesichts des neuen Jakobschen Person-Begriffs, der an das lat. persona (Maske) anschließt, habe ich, um den Kontrast zu unterstreichen, zwischenmenschlich gewählt, ein nicht eben schönes Wort, was aber benennt, um was es Jakobs nach diesem Befund geht.

heit"), weicht die Quote nach unten ab (38%, p .02), bei "Nahraumbezug" ausgeprägt nach oben (84%, p .01). In der Familie liegt die Quote für die Frauen (86%) nicht wesentlich über der der Männer (79%).

B. Das Bild der Juristen

Es gibt im Fallmaterial zwei Anwälte, einen Staatsanwalt und sechs Richter. In einem Fall könnte es sich um den Staatsanwalt und den Richter handeln. Der eine Anwalt ist strafbar (JAT, S. 289; 8/50). Der andere Anwalt gibt eine Auskunft, wo die transferierte Deliktsbeute sicher sei, das "dürfte ... noch keine Begünstigung sein." (JAT, S. 699; 24/18) Der Staatsanwalt erhält einen, wahren oder falschen, jedenfalls optima fide gegebenen Bericht über eine Straftat, er ist bei der Festnahme in jedem Fall gem. § 127 gerechtfertigt (JAT, S. 639; 21/81).

Der eine Richter ist Opfer: er wird getäuscht von einem Zeugen, fällt das Urteil aber aus anderen Überlegungen, es mangelt an der Kausalität (JAT, S. 188; 7/13). Der zweite Richter beugt unter Todesdrohung das Recht, er ist gerechtfertigt (JAT, S. 641; 21/84). Der dritte Richter fällt trotz plumper Täuschung ein falsches Urteil: keine Rechtsbeugung (JAT, S. 664; 22/16). Der vierte Richter führt einen Prozeß weiter trotz der Drohung, es werde ein Politiker ermordet, was auch geschieht: nicht strafbar (JAT, S. 698; 24,16). Der fünfte Richter ist Opfer einer (versuchten) Anstiftung (JAT, S. 768; 27/6). Der sechste bietet scherzhaft Rechtsbeugung an (JAT, S. 769; 27/9).

Staatsanwalt und/oder Richter berauben den Ehemann der Freiheit aufgrund der zutreffenden Anzeige seiner Ehefrau von seinem Delikt (sie erstattet die Anzeige, weil sie ihn für ein paar Jahre los werden will, "unmoralische Motivation") (JAT, S. 642; 21/86).

Richter sind Getäuschte, Bedrohte, erfolglos Angestiftete, Scherzhafte, der Staatsanwalt ist gerechtfertigt handelndes Werkzeug mehr oder minder moralischer Anzeigeeersteller. Wer auf eine plumpe Täuschung hereinfällt, ist nicht schlau, aber ehrbar. Der Anwalt wiederum ist schlau, nicht besonders ehrbar, wenn er dazu beiträgt, die Deliktsbeute zu sichern und Mandate schindet, aber nicht strafbar.

Juristen erscheinen hier nicht als "Übermensch", eher wohlwollend und im Konflikt als nicht (all-)wissend. *Aber nicht als Täter: Das Aggressive beim Strafen, Strafverfolgen und Anklagen verschwindet.*

Bei den Juristen finden wir 8 Handelnde, davon 6 Täter und 2 Opfer. Keiner von ihnen ist alkoholisiert, nur einer strafbar.

Bei den Medizinern hingegen finden wir nur 5 Opfer gegenüber 52 Tätern. Von den 57 Ärzten sind 5 alkoholisiert. Die Strafbarkeitsquote ist hier 49%. Die Bilder, die in diesen Fällen gezeichnet werden, sind einmal das des Herrn über

Leben und Tod, dann, schwächer, das des für die Organisation zuständigen und in eine Hierarchie eingegliederten Menschen. Das erste Bild beschreibt die aus der Profession fließende Macht, die der Grenzziehung über die Autonomie des Patienten hinaus bedarf - rechtfertigende oder keine Einwilligung in etlichen Fällen statt tatbestandsausschließender. Diese Macht und die helfende Seite stellt an ihn hohe Anforderungen, die gelegentlich in Überforderungen umschlagen können. Die Begrenzung der Anforderungen erfolgt durch die Institution: nur in deren Rahmen besteht die Verpflichtung zur Ausübung der professionellen Fähigkeiten, es sei denn, eine andere Institution mit umfassenderem Charakter (Familie) fordert eine Aufgabe dieser Grenze (die Mutter, die Ärztin ist). Die hohen Anforderungen sind mit hoher Fehlerträchtigkeit verknüpft, aber es gibt auch Fälle des Unwillens und anderer Formen der Unmoral, die sich sowohl auf das professionelle Können unmittelbar wie auf Nebenpflichten und die ökonomische Situation beziehen. Das zweite Bild zeichnet den, der andere (Krankenschwester) als Werkzeug benutzen kann, die sich zu seinem Werkzeug zu machen bestrebt sind, der mit der Einrichtung einer Praxis Vertrauen schafft, der andererseits - Ärzte in Vernichtungsanstalten - ein Werkzeug anderer ist. Seine Macht als Herr über Leben und Tod kann, - "Gewissenstäter", ärztliche Versorgung von Terroristen, Tötung auf Verlangen - in eine "Herausforderung des normativen Systems" umschlagen, d.h. in den Versuch, gesellschaftliche Macht zu erringen. Die meisten Fälle orientieren sich an dem praktisch handelnden Arzt, beziehen sich nicht auf seine Organisationszuständigkeit. Damit kommt auch die Struktur des Gesundheitswesens nicht ins Blickfeld. Auffällig ist, daß er in seiner "juristennahen" Funktion als Sachverständiger im Fallmaterial nicht vorkommt. Die *Ausblendung des strafjustitiellen Kontextes* setzt sich also hier fort - was der extensiven, nicht hinterfragten Inanspruchnahme der forensischen Psychiatrie in den entsprechenden Abschnitten des Buches komplementär ist.

Auch einer der dritten der "oberen Fakultäten", der theologischen entstammenden kommt vor: der Bischof, der in öffentlichem Gebet den Tod des Landesherrn wünscht (*JAT*, S. 713 f.; 25/22).

Angesichts der Verwandtschaft von Jurisprudenz und Medizin (die Theologie hat hier Terrain aufgeben müssen) in ihrer Nähe zur weltlichen Macht⁴⁰ läßt sich, ließe sich aus den Arztfällen vieles auf Juristen übertragen. Das hätte allerdings die Konsequenz, daß Motive ins Spiel kämen, überhaupt und einer Art, die die selbstgewisse Übernahme der Bildung der Strafrechtssätze (am Täter und am Gesetzgeber vorbei, s. dazu unten Kap. III C, D) durch Wissen-

schaft und Praxis stören würden. So ist der Text eine Anleitung zur Projektion⁴¹.

C. Der Mensch

Läßt sich ein Bild des Menschen finden? Individuum, Subjekt, Person - wirklich oder nur strafrechtlich konstruiert? Wie erscheint der Mensch zwischen Natur und Gesellschaft und als Natur und Gesellschaft durch die strafrechtliche Brille betrachtet? Wie sieht die "innere Verfassung" eines Menschen aus? Gibt es ein Gewissen, wie funktioniert es, welche Rolle spielen Scham und Schuld?

Biologie/Ethologie tauchen nicht auf⁴², wohl aber Psychologie:

⁴¹ Der Kongreß "Medizin und Gewissen" (1996 in Nürnberg) hat eindrucksvoll bewiesen, daß viele Mediziner selbstbewußt genug sind, sich ihrer Verstrickung und staatlich und durch starke gesellschaftliche Kräfte organisiertes Verbrechen zu stellen, für die Vergangenheit, aber ebenso für die Gegenwart. Die Juristen (die soweit ich feststellen konnte, nicht präsent waren), hätten eine Fülle von vergangenen und gegenwärtigen Beispielen für ihre Verstrickung finden können. Die Verarbeitung an den DDR-Medizinern (die die eigene gegenwärtige Verstrickung zu leugnen nahelegte) fehlte dort gänzlich. Die DDR-Juristen sind vielleicht nicht gleichermaßen selbstbewußt, ihre Verstrickung einzugestehen und daher besonders gut nicht nur als Projektionsfläche, sondern auch als Sündenböcke geeignet.

⁴² Dies ist keineswegs belanglos. Wenn man den menschlichen Körper zutreffend als Informationsträger und -vermittler via DNS versteht, und korrespondierend Genetik eine Informationswissenschaft ist, so ist Körper mehr und anderes als Physik. Die Unterscheidung von Sinn und Natur, die mehr noch als im Lehrbuch im Rostocker Vortrag in den Vordergrund rückt, offenbart ein Verständnis von Natur, das nicht mehr haltbar ist ("Bei funktionaler Deutung heißt die elementare Grundunterscheidung: Gesellschaft oder Umwelt; bezogen auf Kommunikationen möchte ich formulieren: Sinn oder Natur... tertium non datur.") Es sei denn: "Was als Sinn und was als Natur gilt, wird funktional bestimmt" (*Jakobs 1995*, S. 863) Wenn das System die elementaren Unterscheidungen schafft, die es konstituieren, zerschellt jede Kritik (auch die *Lüderssens* (1995, S. 883), die allerdings nicht auf die Natur / Sinn, sondern auf die von personaler und instrumentaler Kommunikation zielt). Das Ausblenden der menschlichen Natur im hier abzuhandelnden Zusammenhang heißt: Ausblenden angeborener sozialer Fähigkeiten und Bereitschaften des Menschen, für das empirisch in den letzten zwei Jahrzehnten vielfältige Belege gefunden wurden. Stichwort: der kompetente Säugling. Das wiederum hängt mit einem Gesellschaftsbild zusammen: Menschenbild und Gesellschaftsbild stützen sich gegenseitig.

⁴⁰ Die Beziehung unter Brüdern ist die genealogisch nächste und zugleich die konfliktträchtigste!

"Das Strafrecht hat eine "esoterische Psychologie", d.h. nicht, das Strafrecht dürfe als psychisches Faktum nehmen, was nach anerkannter psychologischer Erkenntnis kein Faktum sein kann, wohl aber wählt das Strafrecht die psychischen Fakten nach seinen Maximen aus und bewertet sie nach seinen Maximen, die häufig individualpsychologisch wenig plausibel sein mögen. ...Das Strafrecht stellt auf die ganze psychologische Wirklichkeit überhaupt nicht ab, sondern rastert nach seinen Maximen aus dieser ganzen Wirklichkeit einzelne Momente heraus, die psychologisch als bloße Bruchstücke erscheinen mögen." (JAT, S. 331; 8/100)

"Esoterisch" heißt "nur für Eingeweihte bestimmt, geheim" (Hermann 1982, S. 142). Der letzte Satz heißt verkürzt: Das Strafrecht stellt auf eine fragmentierte psychologische Wirklichkeit ab. Nun stellt sich die Frage, was eine psychologische von einer juristischen, soziologischen Wirklichkeit unterscheidet. Denn "ein Faktum" ist eine Tatsache, die manche Wissenschaft sehen kann, muß, oder eben nicht, die aber nicht unwirklich wird, wenn man sie nicht sieht. Jakobs schließt hier aus, daß psychische Fakten fingiert werden. Dreht man den ersten Satz um, kann das Strafrecht psychische Fakten ignorieren - und das ist wohl auch gemeint. Wie kann Strafrecht funktional sein, wenn es psychische Fakten ignoriert? Das Strafrecht kann, nach Jakobs eigener Auffassung, im Sinne der "positiven Generalprävention" nur funktionieren, wenn sich seine Tätigkeit - wie auch immer -in (fast allen) Individuen in adäquate, nämlich einstellungs- und handlungsleitende Dispositionen umsetzt. Etwas Gesellschaftliches wie Strafrecht - von Jakobs zutreffend so klassifiziert - muß sich in lebendigen Menschen "niederschlagen", und d.h., muß "psychische Gestalt" (Sève 1971) annehmen.

Entweder geht es darum, daß psychische Fakten beim Täter ignoriert werden, bei den anderen aber adäquat registriert werden, um Strafrecht praktisch wirksam zu machen. Wenn sie allerdings für den strafrechtlichen Bezugsrahmen auch mit Blick auf den Täter relevant sind, fragt sich, ob man sie ignorieren darf. Wenn sie irrelevant sind, fragt sich, ob dann sinnvoll von "ignorieren" die Rede sein kann. Wenn man einen psychischen Zusammenhang, den die Psychologie darstellen kann, zerschlägt - es ist von "Bruchstücken" die Rede, so taucht der Verdacht auf, daß das Zerbrechen des Zusammenhangs in der Vorstellung vom Täter diesen dehumanisiert. Eine Anleitung zum Dehumanisieren ist bedeutsam, weil man dem Gleichen sehenden Auges nur schwer Leid antun kann. Wenn man ihn von sich distanziert hat, fällt es leichter. Zum allgemeinen Wohl opfert man den Täter.

Wenn die psychischen Zusammenhänge auch für die vielen anderen durch Ignorieren von Fakten zerschlagen werden dürfen, kann es kaum das allgemeine Wohl sein, für das man dies tut.

Als dritte Alternative bleibt *der Schutz der Institution, der man angehört und damit zugleich der Schutz seiner selbst*. In diese Richtung weist aus der zitierten

Passage, daß "das Strafrecht" nimmt, (aus-)wählt, bewertet, rastert, es mehrfach hintereinander als Subjekt (im pragmatischen Sinne) erscheint und ihm menschliche Tätigkeiten zugeschrieben werden. *Die menschlichen Akteure, nämlich die Strafruristen, werden dadurch von dem, was sie tun, distanziert.*

1. Handlungsregulation

Wie kommt jemand dazu, eine Norm zu verletzen -, eine Handlung auszuführen?

"Motivationsprozesse sind die willkürlich gestalteten oder (bei Automatismen) willkürlich und ohne weitere körperliche Aktivität gestaltbaren Antriebssteuerungen." (JAT, S. 776; 28/1)

Es gibt Antriebe, eine Antriebssteuerung, die für das Aufsuchen, Erlangen, Benutzen/Verbrauchen etc. eines je geeigneten Objekts sorgt und schließlich als dritte Ebene eine Gestaltung dieser Steuerung.

a. Körperliches: Antriebe und Reaktionsbildung

An mehreren Stellen wird von "Antrieben" gesprochen, von der Antriebsseite (JAT, S. 1336; 6/22), der Antriebsorganisation (JAT, S. 576; 20/19) oder der Antriebssteuerung (JAT, S. 776; 28/1). Auch "Triebstörungen" gelten als möglich (JAT, S. 532; 18/22). Das ist ein bejahendes Konzept der biologischen Fundierung menschlichen Verhaltens, welches einer Tradition biologischer Kriminologie und Psychiatrie befremdlich nahe steht.

b. Antriebssteuerung: Wahrnehmung, Denken und Gefühl

Hier geht es um die Wahrnehmung, Bewertung und Handlungsregulation in der physikalisch-sozial-psychologischen Umwelt unter Ausschluß der (Straf-)Rechtsnormen, also um die für den subjektiven Tatbestand relevanten Fragen. Jakobs trennt deutlich Erleben und Bewußtsein und will diese Trennung im subjektiven Tatbestand auch realisiert sehen:

"Psychologische Regeln, die bei allen subjektiv-selbstverständlichen und subjektiv-wichtigen Gegebenheiten einen Schluß auf ein Bewußtsein zulassen, sind bislang nicht auszumachen." (JAT, S. 263; 8/12)

Dieser Satz, besonders im Kontext gelesen, setzt einen Begriff des Unbewußten voraus, der auch in Routinen und quasi-automatisierten Handlungsabläufen gespeichertes Wissen umfaßt. Auch "erleben" verweist auf Wahrnehmungs- und Handlungsregulationen, die unterhalb der Bewußtseinsebene liegen und Bild- bzw. Gestalthaftes implizieren: das Ensemble der relevanten Merkmale, das den

Täter zum Handeln bringt und sein Erleben bestimmt. So gesehen ist die zugrundeliegende Psychologie fortgeschritten⁴³.

Beim bedingten Vorsatz lehnt er ein Kriterium der emotionalen Bewertung ("billigen") ab, es kommt allein auf die subjektive Wahrscheinlichkeit an (*JAT*, S. 268; 8/17). Die Dialektik von Einschätzung und Motivation, Denken und Fühlen ist in dem zugrundeliegenden Modell vorgesehen. Der Schnitt, den Jakobs hier macht, ist der, daß er eben nur das intellektuelle Produkt, die Prognose, für den Vorsatzbegriff nimmt.

c. Gestaltung der Antriebssteuerung: Motivation

Hier erreichen wir die für die positive Generalprävention relevante Ebene. Während Jakobs im subjektiven Tatbestand unter Ausblendung der emotional/affektiven Momente auf die tatsächlich existierende kognitive Seite, d.h. Wahrnehmung, Einschätzung und Prognose der physio-psycho-sozialen Abläufe sieht, d.h. entschiedener als die h. L. und Rspr. auf "Fakten" abstellt, kommt es hier zu einer Perspektivenverschiebung. An die Stelle der Wahrnehmung und Beurteilung des Menschen tritt eine Beurteilung seiner Zuständigkeit.

"Strafrecht garantiert ..., daß die rechtlichen Normen stets dominantes Motiv sind." (*JAT*, S. 139; 6/24)

Die Norm kann - dominant oder "subdominant" - Motiv nur sein, wenn sie der Mensch internalisiert hat, sie zumindest gewußt, nicht notwendig bewußt ist. Motivierend kann dieses Wissen jedoch nur wirken, wenn weitere Verbindungen vorhanden sind. M.a.W.: die Norm allein kann nicht Motiv sein.

Ziehen wir einige mögliche Dispositionen in Betracht, die hier als "gute Vorsätze" formuliert sind:

- (1) ich will keine Strafe,
- (2) ich will normtreu sein, damit ich nicht sozial auffällig und ausgestoßen werde,
- (3) ich will gehorsam sein, um Schutz und Fürsorge zu erhalten,
- (4) ich will für die Allgemeinheit das Beste (wobei die Frage "warum" dann immer noch zu beantworten wäre).

⁴³ Die Vertreibung der Psychologie aus dem Strafrecht – notabene nicht der Psyche, wie noch zu zeigen ist – ist damit noch nicht vollständig gewesen, was einerseits ein Einfallstor für die Kritiker (z.B. *Puppe 1991*, S. 37) und zugleich redender Täter und Opfer darstellt (weil von etwas die Rede ist, das sie verstehen, weil die Bedeutung der Worte hüben und drüben gleich sind). So zieht die Normativierung (besser: was bei Jakobs unter Normativierung firmiert) auch in den subjektiven Tatbestand ein und der psychologischen Fiktionen werden sich vermehren.

(1) stellt dabei auf Vermeidung von Strafe im engeren Sinne ab, während (2) und (3) sich auf Vermeidung negativer Sanktionen beziehen, die jedoch den Begriff von Strafe weder im pädagogischen noch und erst recht nicht im strafrechtlichen Sinne erfüllen. Die ersten drei Alternativen zielen auf Folgekalkulation, und genau dies will Jakobs eigentlich ausgeschlossen wissen, wenn er betont, es gehe darum, "wie man sich verhalten soll" und nicht "wie man sich verhalten wird". Selbst wenn er für die Frage der Bestrafung eines Täters davon abstrahiert, so müßte er im Lichte des vorstehenden Zitats darauf eine Antwort geben und zugleich erläutern, wie generell und insbesondere durch die Bestrafung von Tätern solche Dispositionen zustande kommen⁴⁴. Das wird jedoch nicht geklärt. Immerhin können wir die Alternative (1) ausschließen, weil sie der negativen Generalprävention entspricht. Wenn man seiner Auffassung folgt, die strafrechtlichen Normen garantierten für die "Identität" und Existenz

⁴⁴ Davor schützt m.E. auch nicht der weitere Rückzug auf den Selbstzweck, den Strafe bedeuten soll ("Die Strafe bedeutet bereits unabhängig von ... Folgen etwas, nämlich eine Selbstvergewisserung. Die Strafe ist in diesem Verständnis nicht nur ein Mittel der Erhaltung gesellschaftlicher Identität, sondern ist bereits diese Erhaltung selbst. Empirische Untersuchungen zur positiven Generalprävention müssen deshalb stets ein wenig deplaciert wirken; sie betreffen das Umfeld, scil. die individual- oder sozial-psychischen Folgen, nicht aber den Kern der Theorie: Strafrecht stellt auf der kommunikativen Ebene die gestörte Normgeltung schlechthin immer wieder her, wenn überhaupt ernsthaft ein Verfahren wegen einer Normverletzung betrieben wird, und das heißt zugleich, damit werde die unveränderte Identität der Gesellschaft dargestellt. ... nicht empirisch faßbar ist insbesondere die Bestätigung der Identität, denn sie ist nicht Folge des Verfahrens, sondern seine Bedeutung." (*Jakobs 1995*, S. 843 f.) Wenn Bedeutung noch einen Sinn haben soll, sind Selbstvergewisserung und ernsthaftes Betreiben eines Verfahrens erfahrbare und an Erfahrung gebundene Phänomene. Oder aber die Sprache versagt hier mir gegenüber eine kommunikative Funktion und ich bin Natur. Das Zitat offenbart den Versuch, die Erfahrung aus dem Strafverfahren zu vertreiben. Der Verdacht, die Kreation der positiven Generalprävention sei der Versuch, mit prinzipiell der Prüfung durch Erfahrung zugänglichen Thesen, die so komplex angelegt seien, daß jeder Versuch einer solchen Prüfung zum Scheitern verurteilt sei, Empirie fernzuhalten, ist häufiger geäußert worden (*Hassemer 1979*, S. 36; *Lüderssen 1995*, S. 9; *ausf. Müller-Tuckfeld, 1997*, S. 124 ff.). Da aber solche Prüfungen doch vorgenommen und nicht gänzlich erfolglos verliefen, ist es im Sinne des Verdachts konsequent, die Verteidigungslinie gegen die Empirie noch weiter zurückzulegen. Der Selbstvergewisserung des Strafrechtssubjekts (oder des Menschen als zum Strafrechtssystem berufenen steht dies um so weniger im Weg, als die Psychologie diese Selbstvergewisserung zu aufzudecken immer weniger die Chance bekommt. Ein psychischer Vorgang bleibt es gleichwohl.

der Gesellschaft wesentliche Verhaltenserwartungen, so läge es nahe, (4) als das Motiv zu betrachten, welches das Kriterium "dominantes Motiv" zur Rechtsgarantie erfüllt. Diese Annahme wird an anderer Stelle gestützt:

"Das Recht kann auf das Prinzip überzeugungskonformen Verhaltens nicht verzichten, da ohne festen Bestand an 'inneren' Normen der Subjekte eine zuverlässige soziale Integration ausgeschlossen ist. (Luhmann AöR 90, 258ff, 264; Rechtssoziologie II, 224⁴⁵)" (JAT, S. 580; 20/24)

Zweifel daran tauchen auf, weil das Programm nicht auf "Rechtbewußtsein", sondern auf "Rechtstreue" abstellt, was für Motiv (3) spricht, nicht auf Überzeugung, sondern Übung, Lernen und Konditionierung, was Ziel (2) nahelegt. Wir werden diese drei Motive im Auge behalten, um zu entscheiden, was "Rechtsnorm als dominantes Motiv" meint. Neben der Integration des Wissens in die Persönlichkeit als emotional-kognitivem System kommt es auch darauf an, daß die so gebildete Motivation verhaltensleitend wird. Ein Mensch kann die "Rechtsnorm als dominantes Motiv" nur dann haben, um es in der Sprache des Gesetzes zu sagen, wenn er einsichtsfähig ist, Einsicht hat und in der Lage ist, nach dieser Einsicht zu handeln.

"Diese Möglichkeit einer amtlichen Reaktion gehört zum Einsichtsgegenstand, so daß die Kenntnis eines Verstoßes gegen sozialethische Grundsätze oder gegen Sitte und Anstand nicht hinreicht, um Unrechtseinsicht zu begründen" (JAT S. 552, 19/23)

Sind "Unrechtskenntnis" und "Unrechtseinsicht" identisch; ist die Kenntnis eines Verstoßes gegen sozialethische Grundsätze notwendig?

"Kenntnis des Unrechts ist mehr als bloße Kenntnis der Rechtswidrigkeit, scil. auch Kenntnis des materiellen Grundes von Rechtswidrigkeit, also der sozialen Störung... Die bloße Kenntnis, gegen ein verfassungsgemäß zustandegekommenes Gesetz zu verstoßen, ohne dessen Bedeutung für die Ordnung verstehen zu können,... ist keine volle Unrechtseinsicht." (JAT, S. 552; 19/24)

Auch diese Passage bleibt hinsichtlich der Verknüpfung von Kenntnis der Gesetzwidrigkeit, des Unrechts mit dem Motivationssystem, welches auch gefühlsmäßige Qualitäten hat, mit der von Motivation - Handlung andererseits, doppeldeutig. Jedenfalls wird die Reduktion auf schlichte Kenntnis immer wieder zurückgenommen.

Eine Spaltung von Verhalten und Motivation, möglicherweise auch von Verhalten und Rechtskenntnis, findet sich z.B. bei der Frage der subjektiven Seite der Rechtfertigung:

"Der Helfer schießt den Angreifer in erforderlicher Abwehr nieder, aber nicht wegen der Güter des Angegriffenen, sondern allein aus Freude am Gebrauch der Waffe. Eine Zurechnung dieser Erfolge als rechtswidrig würde auf Momente abstellen, die sich im

⁴⁵ In der "Rechtssoziologie" ist auf den Aufsatz verwiesen, aber mit der Warnung versehen, Recht als Funktion eines Gewissensregulativs zu sehen.

Verhaltensvollzug nicht äußern; die Zurechnung könnte bei gleichbleibender Vorstellung des Täters jederzeit durch einen Motivationsaustausch unterlaufen werden; eine Zurechnung auf Grund solcher nur-subjektiver Merkmale widerspricht dem Tatprinzip. Vereinzelt, etwa beim Züchtigungsrecht, dürfte allerdings praktisch ein Verhalten im Rahmen der Erlaubnis ohne Rechtfertigungsabsicht kaum je zustande kommen." (JAT, S. 360; 11/20)

Nun könnte Jakobs antworten, die Einübung in Rechtstreue für alle Menschen sei eins, die strafbare Handlung ein zweites. Die Spaltung sei für die strafrechtliche Zurechnung, die Identifizierung des Zuständigen notwendig, für die Sozialisation generell schädlich. Es sei allgemein wünschenswert, wenn die Verteidigung mit Verteidigungswillen geschehe, für die Destabilisierung der Normgeltung komme es jedoch nur auf das äußere Verhalten an, nur ihre Stabilisierung laufe über "Rechtsnorm als dominantes Motiv". Denn bei äußerlich rechtskonformem Verhalten sei die Innenseite als rechtskonform darstellbar oder definierbar. Wendet man dies im Sinne unserer leitenden Fragestellung, lautet die Frage: Wie muß die Rechtfertigungsabsicht des strafenden Richters oder Staatsanwaltes beschaffen sein? Hier kreuzen sich die Linien der Identifizierung des Zuständigen und der Erziehung der Vielen und die Spaltung von Motivation und Verhalten dürfte nach dem zum Züchtigungsrecht Gesagten schwer fallen. Es gibt auf diese Frage keine Antwort.

"In welcher Dichte - je nach der Situation - die erforderliche Bereitschaft zur Normbefolgung anzusetzen ist und wann ein Fehlen der hinreichenden Bereitschaft am Täter vorbei erklärt werden kann, richtet sich nach dem Strafzweck, also nach den Erfordernissen für eine Einübung allgemeiner Normanerkennung." (JAT, S. 469; 17/3)

Zwischen Erkennen und Anerkennen einer Norm gibt es eine Differenz. Anerkennung ist eher durch Einübung unter Ausschluß von Reflexion auf Sinn, Zweck, geschützte Interessen einer Norm möglich, also eine eher bewußtlose Internalisierung.

"Für ein erfolgsorientiertes Strafrecht wäre es sogar zu subjektivistisch, überhaupt bei der Motivation anzusetzen, wie der Ansatz beim Rechtskonformen der Motivation für ein ethisierendes Strafrecht zu objektivistisch wäre" (S. 469 f; 17/3)

Die Frage, wie sich Gewissen, Über-Ich, moralische Erziehung etc. zu Rechtsbewußtsein, Rechtstreue, Rechtskenntnis verhalten, bleibt unbeantwortet. Damit bleibt im Programm der positiven Generalprävention eine Lücke, selbst wenn man die Täter ausklammert. Dies ist aber nur erstaunlich, wenn man an die klassische Vorstellung von Schuld anknüpft als der Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Jakobs gelingt es, die Lücke zu lassen, indem er Schuld als Zuständigkeit für das Fehlen des "dominanten Motivs" definiert. Bis jetzt haben wir das Bild vom Menschen rekonstruiert, sind jedoch auf der Stufe der Schuld darauf gestoßen, daß die Ausführungen Jakobs' eine Rekonstruktion der Persönlichkeitsstruktur an dieser

zentralen Stelle, nämlich wie der Mensch im Hinblick auf Normtreue funktioniert und wie er dahin kommt zu funktionieren, nicht zulassen.

2. Das Strafrechtssubjekt

Auf dem Feld sind jetzt: Subjekt, Person, Individuum, Mensch. Der Personbegriff wird im Lehrbuch noch unspezifisch gebraucht⁴⁶, und der Mensch kommt vor. Die jetzt (1995, S. 859; 1997, 29 ff.) vorgenommenen Bestimmungen⁴⁷ ersetzen den Subjektbegriff bzw. weisen ihm nur die interne Perspektive der Person als objektivem Ordnungsschema zu (womit jede Konnotation von Subjektivität an den menschlichen Eigensinn getilgt wird). Der Mensch wird zunächst analytisch gespalten in Sinn – soweit nicht aus der strafrechtssystemischen Rolle fallend – und Natur; eine Spaltung freilich, die sich in der praktischen Behandlung, der zwischenmenschlichen Begegnung im Verfahren dehumanisierend und damit verheerend auswirken würde, wenn sie

⁴⁶ s. z.B. 1983 S. 5, 25, 125, 168, 180, 226, 261, 286, 345 ff.

⁴⁷ "Person sein heißt, eine Rolle zu spielen haben; persona ist die Maske, also gerade nicht der Ausdruck der Subjektivität ihres Trägers, vielmehr Darstellung einer gesellschaftlich verstehbaren Kompetenz."

gelänge⁴⁸. Im Folgenden bleibt es bei der Mensch / Subjekt – Terminologie des Lehrbuches.

a. Mensch und Subjekt: Was ist ein Subjekt im Strafrecht?

Subjekt im Moment der Tat, so läßt sich rekonstruieren, ist ein Mensch jedenfalls dann nicht, wenn er nicht handelt, wobei handeln als "regulative Anpassung bei Zielkonstanz" zu verstehen ist

"Nun hängt es vom Leitbild eines Subjekts ab, wann dieses als zerstört gilt, und von den Vorannahmen über das Verhältnis des einzelnen Subjekts zur Gesellschaft, wann eine Zuständigkeit des Subjekts für die Bedingungen der Genese seiner Motivation besteht und in welchem Maß Bedingungen eine Motivation erklären können. Der Begriff des Subjekts und der Begriff der Zuständigkeit sind kriminalpolitisch bestimmt. Psychowissenschaftliche oder sozialwissenschaftliche Disziplinen, die in jedem delinquierenden Subjekt nur noch eine Form sehen, die mit objektiv bestimmten Verhaltensgestalten angefüllt ist, oder die eine Zuständigkeit für Antriebe prinzipiell nicht beim Subjekt gelegen sehen (wenn so etwas wie Zuständigkeit überhaupt noch anerkannt

⁴⁸ "Und als bloßes Instrument, einem Tier gleich, ist er (der Sklave) auch kein Mitglied der Gesellschaft seines Herrn; zwar mag der Herr mit dem Sklaven instrumental kommunizieren, jedoch springt dabei nicht mehr Gesellschaft heraus als beim Antreiben eines Arbeitspferdes. ... Wenn Luhmann ausführt, es gebe "keine Exklusion von Personen aus der Gesellschaft", so ist das richtig, besagt aber nicht, alle Menschen seien Personen ... : Damit ist der Exklusion das Tor geöffnet. Wenn Sinn nur ist, was der Strafrechtler als Sinn gelten läßt, ist schwer auszumachen, wo die institutionellen Sicherungen liegen könnten – sie liegen dann einzig darin, daß die Personen menschlich agieren und damit ihre Personenqualität aufgeben. Ich habe keinen Zweifel, daß Jakobs im Falle eines Falles aus der Rolle fallen würde, aber als institutionelle Garantie ist mir das doch zu wenig. Man kann natürlich auf der tatsächlichen Ebene einwenden, der Sklave, der sich befreit und zwar unter Zurhilfenahme der Sprache, der Werte (religiöser z.B.) und Werkzeuge (der Axt) seines Herrn produziere die Gesellschaft. Aber darum geht es nicht: es geht um die prinzipielle Legitimation des Strafrechters, ein menschliches Wesen auszuschließen. Auch wenn Jakobs aktuell Sklaverei für nicht akzeptabel ansieht: er anerkennt "fremde" und "frühere" Exklusionen und verweigert dem Strafrecht eine kritische, utopische, politische Rolle. Das aber hieße: Jakobs in einem anderen System müßte als Strafrechtler die Exklusion nicht nur begründen, sondern ihre praktischen Folgen auslösen und billigen. Eine universale Kritik der Exklusion hat sich Jakobs durch die Vertreibung der Natur aus seiner Theorie verbaut: diese müßte an die Entstehung der Sozialität aus der Naturgeschichte des Menschen heraus anknüpfen und fände ein tragfähiges Element. Wenn die Vergesellschaftung von außen das Individuum imprägnierend gedacht wird, gibt es in der Tat keinen guten Grund, Exklusionen ein für allemal für schlechte Konstruktion zu nehmen.

wird), können zur Klärung des strafrechtlichen Schuldproblems also nichts beitragen." (JAT, S. 523; 18/6)

Hier finden wir die Relativität der Subjekteigenschaft bestätigt. Die kriminalpolitischen Bestimmungen bleiben unausgewiesen, eine Lücke, die mit dem recht heftigen Angriff auf andere Disziplinen schnell übersprungen wird.

Die Wendung "wann dieses als zerstört gilt" kann zwei Bedeutungen tragen:

1. "von welchem Grad der Beschädigung des Handlungsregulationssystems ein Subjekt als zerstört und damit schuldunfähig gilt" oder
2. "welche Beschädigungen der Handlungsregulation so offen und markant sind, daß man es nicht mehr als schulfähig definieren kann".

Im ersten Fall geht es darum, auf einer stetigen Dimension eine definitorische Grenze zu ziehen, im zweiten darum, eine erhebliche Beschädigung dann nicht ernst zu nehmen, wenn sie nicht ohne weiteres sichtbar ist. Ich komme darauf zurück.

Im Gegensatz zum vorhergehenden Abschnitt werden hier nicht nur die Psychologie, sondern auch andere Sozialwissenschaften als ungeeignet verworfen, zur Klärung des Schuldproblems beizutragen. Die Begründung, sie anerkannten Zuständigkeit nicht, mutet seltsam an, denn was, wenn nicht "Zuständigkeit", ist Domäne der Juristen – warum kann es anderen Disziplinen zum Vorwurf gereichen, wenn sie diese Domäne nicht besetzen? Wie zu zeigen sein wird, ist es auch gar nicht leicht, Zuständigkeit anzuerkennen, weil das Wort bei Jakobs mehrere Bedeutungen trägt, die herauszuschälen ein mühsames Unterfangen ist.

b. Ein Subjekt muß nicht Mensch sein

Ein Mensch ist nicht immer vollständig Subjekt. Umgekehrt ist aber das Subjekt im Strafrecht für Jakobs nicht notwendig ein Mensch. So wie man für den Körper zuständig ist (JAT, S. 146; 6/37), wird kraft Gleichsetzung von Psyche (des Individuums) mit Verfassung (der juristischen Person) und von Körper (des Individuums) mit Organen (der juristischen Person) die Handlungsfähigkeit einer juristischen Person begründet (JAT, S. 149; 6/44).

Auffällig an dieser Konstruktion ist, daß Psyche einen faktischen Zustand, Verfassung einer juristischen Person (meist) einen gesollten Zustand bezeichnet, wenn man es psychologisierend übersetzen wollte, typischerweise das Ich-Ideal. Obgleich Verfassung alltagssprachlich auch Zustand bedeutet, "in guter/schlechter Verfassung" sein, kann ein Individuum sich keine Verfassung im rechtlichen Sinne geben. Auch die Gleichsetzung von Organen (jur. Person) mit Körper ist problematisch, denn der Mensch oder die Menschen, die die Organe der juristischen Person bilden, sind ja nicht bewußtlos und ohne Eigensinn und Spielräume eingebunden.

Man muß von diesem Ausgangspunkt her fragen, ob der Abschnitt "Anthropologie" damit nicht sein Ende finden muß, sich die Frage nach dem Menschenbild und der eingeschlossenen, was menschliche Schuld im Strafrecht im Kern erledigt hat und ersetzt werden muß nach dem Aufbau und der inneren Dynamik von Subjekten und dem, was auf sie bezogen strafrechtliche Schuld heißt. Ich werde jedoch weiter der Frage nachgehen, was der Mensch bei Jakobs ist und die Gleichsetzung von Mensch und juristischer Person in der Klasse der Subjekte als rhetorisches Manöver behandeln, dessen Sinn sich im Kontext der Hypothese der Unbewußtmachung im Folgenden erschließen wird.

Was mir den Grund für dieses Vorgehen liefert ist, daß Jakobs seitwärts seiner expliziten Behauptungen sehr menschlich ist: Betrachtet man die Fallbeispiele, so taucht die juristische Person als Opfer nur achtmal auf, und im Lichte der Strafbarkeitsquote dominieren die personalen Beziehungskontexte. Auch dort, wo staatliche Institutionen oder Institute betroffen sind, liegen die Häufigkeit der Fallbeispiele und die Strafbarkeitsquote im unteren Bereich, während die körpernahen (Leib und Leben) und "seelennahen" (Untreue und Betrug) und damit nur Menschen betreffenden Delikte dominieren. Die so abstrakte Konstruktion des Strafrechtssubjekts wird durch das Fallmaterial konterkariert: denn daß Institutionen Gefühle haben (Nähe, Zuneigung, Liebe, Haß, Enttäuschung...), ist nirgendwo explizit behauptet (was entsprechende Metaphern nicht ausschließt).

3. Schuld: Zuständigkeit für Mangel an dominanter rechtlicher Motivation oder auch zu verantwortender Rechtsuntreue

"Der Täter einer rechtswidrigen Tat hat Schuld, wenn die rechtswidrige Handlung nicht nur einen Mangel an dominanter rechtlicher Motivation indiziert - deshalb ist sie rechtswidrig -, sondern wenn der Täter für den Mangel zuständig ist. Die Zuständigkeit ist gegeben, wenn es an der Bereitschaft fehlt, sich nach der betroffenen Norm zu motivieren und dieses Manko nicht so verständlich gemacht werden kann, daß es das allgemeine Normvertrauen nicht tangiert. Diese Zuständigkeit für einen Mangel an dominanter Motivation bei einem rechtswidrigen Verhalten ist die Schuld. Schuld wird nachfolgend auch als mangelnde Rechtstreue oder kurz: Rechtsuntreue bezeichnet. Damit ist eine zu verantwortende Untreue gemeint; Rechtstreue ist also ein normativ bestimmter Begriff." (JAT, S. 469; 17/1)

Zunächst wird mit Zuständigkeit ein Wort eingeführt, das sächlich ist. Diese Sächlichkeit wird mit "Bereitschaft" insoweit verlängert, als diese anstelle von "Fähigkeit" tritt, die deutlicher psychischer Natur ist, andererseits wird die Sächlichkeit zurückgenommen, sofern als "Bereitschaft" menschlicher ist, weil sie auch mit "Aktivierung", "innerer Vorbereitung" konnotiert. In diesem Kontext

kann das Wort nichts anderes als "Motivation" oder das Resultat eines motivationalen Vorgangs bedeuten, der das Subjekt in Bereitschaft versetzt hat. Die Motivation wird zum Objekt, deren sich das Subjekt bemächtigen kann, wenn es denn bereit ist. Es handelt sich um eine "Meta-motivation". Nicht gemeint ist offenbar, daß jemand sagt "ich bin nicht bereit, dieser Norm zu folgen" und damit eine moralisch-rechtliche Stellungnahme abgibt. Hier erscheint das Subjekt als ein abgetrennter Teil der Person, der selbige steuern kann: das ist eine "metapsychische" Konstruktion, eine psychologische Fiktion⁴⁹.

Damit wird Jakobs seinem Vorsatz, nichts als Faktum zu nehmen, was psychologisch nicht als Faktum anerkannt wird (s. JAT S. 331, 8/100), untreu. Dementsprechend folgt auch aus der Einführung von "Bereitschaft" nichts weiter. Irgendwelche Möglichkeiten, wie man das Fehlen des dominanten Motivs von dem Fehlen der Bereitschaft, sich zu motivieren, als zugrundeliegendes Meta-motiv solle unterscheiden können, werden nicht vorgestellt. Die Funktion dieses Satzes ist eher in einer "Besänftigung" des Leser zu sehen, der sich über die Vorstellung von "Schuld als Zuständigkeit" empören mag oder sie jedenfalls nicht zu akzeptieren bereit ist.

a. Zuständigkeit, Fähigkeit, Kompetenz

Dieses Manko der Bereitschaft (oder der Motivation) muß verständlich gemacht werden - ein kommunikativer Prozeß -, und diese Verständigung darf das allgemeine Normvertrauen nicht tangieren. Eine wahrhaft komplexe Aufgabe. Mit "Treue" wird ein im Gegensatz zu "Zuständigkeit", aber auch "Bereitschaft", emotional getönter Begriff eingeführt, der die Sächlichkeit zurücknimmt. Treue bedeutet eine besondere, auf Vertrauen basierende und im Grunde gegenseitige Beziehung, jedenfalls mehr als ein bloßer Automatismus der Normbefolgung. Die Strafbarkeitsquote von 100% bei Untreue (§ 266) indiziert, daß Jakobs diesen Begriff ebenfalls emotional besetzt hat. "Zu verantwortende Untreue" grenzt aus allen Untreuefällen normativ einige aus.

"Für das Defizit an rechtlicher Motivation ist der Täter nur (aber nicht auch stets) zuständig, wenn er zur Zeit der Tat ein Subjekt mit der Kompetenz ist, die Normgeltung in Abrede zu stellen, d.h. zurechnungsfähig ist." (JAT S. 495; 17/48)

Die Übersetzung "ein Mensch mit der Fähigkeit ist" liegt nahe, zumal "zurechnungsfähig" erläuternd hinzugesetzt ist. An die Stelle der Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, träte die Fähigkeit, die Normgeltung in Abrede zu stellen. Aber wenn hier das Subjekt eingeführt wird (was für die Vollständigkeit und Verständlichkeit des Satzes nicht erforderlich ist), so würde diese Betonung entsprechend dem vorher beschriebenen Subjekts-

begriff, der auch juristische Personen umfaßt, zugleich auf die Fähigkeit einer juristischen Person deuten. Aber eine solche Fähigkeit dürfte nichtmenschlichen Subjekten abgehen. Auch die Annahme, Jakobs wolle an dieser Stelle von einer gegebenen Fähigkeit auf die Zuständigkeit schließen, ist nicht plausibel. Das Zitat kann erst verständlich werden, wenn wir wissen, was "Kompetenz" im Jakobsschen semantischen Netz bedeutet. Um das herauszufinden, soll neben "Kompetenz" auf "Zuständigkeit" und "Fähigkeit" eingegangen werden. Fähig zu sein, heißt, imstande sein, etwas zu tun, nah in der Bedeutung liegen "Begaubung", "Talent" und "Vermögen". In der Psychologie versteht man unter Fähigkeit die "Gesamtheit der psychischen Bedingungen, die zum Vollzug einer Tätigkeit erforderlich sind". Je nach dem Abstraktionsgrad handelt es sich dabei, um die Sprache des Grundgesetzes zu verwenden, mehr um "Eignung" bei komplexeren Tätigkeiten, mehr um "Fertigkeit" bei einfachen Verrichtungen. Bei der Behandlung der "Einsichtsfähigkeit" heißt es:

"Unter Fähigkeit ist nicht eine Eigenschaft zu verstehen, die der jeweilige Täter hat oder nicht hat und die - gar mit Hilfe der Psychiatrie oder Psychologie - festgestellt werden könnte. Die Fähigkeit ist vielmehr, wie die Schuld selbst, eine Zuschreibung, findet also normativ gesteuert statt." (JAT, S. 534; 18/25)

Die Aussagen, die Fähigkeit sei eine Zuschreibung ist, die Fähigkeit finde normativ gesteuert statt, muß man paraphrasieren, sinnvoll scheint: "die Zuschreibung der Fähigkeit findet normativ gesteuert statt." Die Formulierungen verweisen darauf, daß es Jakobs offensichtlich so glatt nicht aus der Feder fließt, einen Begriff, der alltagssprachlich, psychologisch und herkömmlich als auch juristisch übereinstimmend verstanden wird, ganz umzudefinieren. Wenn man sagt: Fähigkeit wird zugeschrieben oder, vielleicht deutlicher, zugesprochen, so erinnert das daran, daß man dem Täter sagt, er sei fähig und werde deswegen bestraft (und wohl hofft, er glaube daran). "Die Schuld ist..." setzt die Existenz von Schuld implizit wieder ein, die bestritten wird. Der Vorgang des Zuschreibens wird durch die Substantivierung und das Quid-proquo 'Fähigkeit ist Zuschreibung' verdunkelt, noch dazu geädelt durch das "normativ". Selbst wenn man liest: 'die Zuschreibung findet normativ gesteuert' statt, so bedarf es doch der - an Tat und Täter und Kontext auffindbaren - zu erhebenden Kriterien, wenn nicht Willkür sein soll (s. zu "normativ" unten). Die Kriterien für die Zuschreibung gilt es zu eruieren: Fähigkeit hat jedenfalls mit dem, was psychologisch und alltagssprachlich darunter verstanden wird, nichts mehr zu tun. Darüber hinaus fragt sich, was das, was Jakobs unter Fähigkeit versteht, mit dem Täter überhaupt zu tun hat. Kompetenz wird im alltäglichen Sprachgebrauch wie in der Linguistik zum einen im Sinne von "Fähigkeit" gebraucht, so etwa wenn es heißt, jemand sei "total inkompetent" oder in der Entgegensetzung von "Kompetenz" und "Performanz" beim Sprechen. Zum anderen heißt im juristischen, aber auch im allgemeinen Sprachgebrauch

⁴⁹ "Verantwortlich" lasse ich an dieser Stelle aus der Analyse heraus

"Kompetenz" Zuständigkeit, wobei eher das "Dürfen" konnotiert, d.h. ein Regelungsbereich, und sich die Bedeutung mit "Zuständigkeit" deckt, aber dabei mehr die Verpflichtung im Vordergrund steht. Da nach Auffassung Jakobs' jedenfalls ein Täter die Normgeltung nicht in Frage stellen darf ("nicht diskutierbare Verhaltensalternative" JAT, S. 13; 1/15), kann die Bedeutung von Kompetenz nur im Sinne von Fähigkeit zu verstehen sein. Dann aber wird fraglich, wieso sich die Zuständigkeit von der Fähigkeit herleitet. Denn gewöhnlich halten wir jemanden für zuständig, dem etwas aufgetragen ist. Zuständig sein kann heißen: man trägt die Folgen unabhängig vom Verschulden i. S. einer Garantiehaftung. Oder man wird in Anspruch genommen, künftig etwas zu tun. Im Strafrecht geht es aber nicht um bereits eingetretene Schäden, die verteilt werden, sondern darum, daß Folgen gesetzt werden. Der Täter soll im Jakobschen System auch gar nichts zur Wiederherstellung der Normgeltung tun. Wenn wir auf jemanden treffen, der zuständig, aber inkompetent ist, so ist das ein Skandal. Wir erwarten dann aber nicht, daß der Inkompetente Leistung erbringt, was er eben nicht kann, sondern daß er geht oder "entfernt" wird: vom Zuständigen für Auswahl, Versetzung und Entlassung. Es läßt sich jedenfalls fähig – unfähig als eine, zuständig – unzuständig als eine zweite Dimension fassen. Fragen wir nach der Kompetenz, so ist im Falle fähig und zuständig die Kompetenz jedenfalls gegeben, im Falle unfähig und unzuständig die Inkompetenz. "Ich bin unzuständig" kann jedenfalls auch heißen: ich bin fähig, aber ich brauche nicht. "Ich bin inkompetent" kann auch heißen: ich bin zuständig, aber nicht fähig. Da es eine Zuständigkeit, die Normgeltung in Frage zu stellen, (explizit) nicht gibt, aber es auf "Fähigkeit" im allgemeinen Sinne gerade nicht ankommen soll, müssen wir, um das Gemeinte herauszufinden, nach einer weiteren Dimension ausschauen.

Die Auswahl für eine Stelle oder ein Amt setzt die Eignung voraus. Geeignet kann nur sein, wer fähig ist. D.h. die Komplexität der Tätigkeit als "Metatätigkeit" bestimmt die erforderlichen Fähigkeiten und Fertigkeiten und den Grad ihrer Integration. Nur wer geeignet ist, darf zuständig werden. Eignung kann aber mehr verlangen, als Fähigkeit. Ähnlich kann man analog den Aspekt der "Markttauglichkeit" heranziehen. Bekanntlich können gute Produkte (i.S.v. "gebrauchstauglich") ohne Absatz bleiben, weil kein entsprechendes Bedürfnis besteht, weil Styling, Public Relations und Marketing schlecht sind. Das Produkt ist geeignet für den Gebrauch, aber nicht für den Markt. Auch der wendige und gehorsame Richter, der bereit und fähig ist, das je herrschende Recht anzuwenden, kann ungeeignet sein, wenn er seinen Gehorsam gegenüber dem vorgehenden Regime zu deutlich zum Ausdruck gebracht hat. Umgekehrt ist die Frage, ob ein unfähiger, aber nicht kompromittierter Richter geeignet ist. Setzen wir also Eignung für Kompetenz im Jakobsschen System. Festgestellt ist der Mangel an rechtlicher Motivation: ein Parameter für den Zustand des

Systems "Subjekt". Ein Täter, der unfähig ist, sich zu motivieren, d.h. sein Defizit an rechtlicher Motivation nicht ausgleichen kann, kann gleichwohl geeignet sein, zur Normstabilisierung beizutragen. Das ist die Kombination "marktgängig, aber untauglich". In diesem Lichte wäre das Zitat

"Für das Defizit an rechtlicher Motivation ist der Täter nur (aber nicht auch stets) zuständig, wenn er zur Zeit der Tat ein Subjekt mit der Kompetenz ist, die Normgeltung in Abrede zu stellen, d.h. zurechnungsfähig ist."

wie folgt umzuformulieren:

"Für das Defizit an rechtlicher Motivation ist der Täter nur (aber nicht auch stets) zuständig (sc.: auch wenn er unfähig ist, das Defizit zu beheben), wenn er zur Zeit der Tat als Subjekt geeignet ist, die Normgeltung in Abrede zu stellen."

So umformuliert fragt man sogleich, ob "in Abrede stellen" eine Fähigkeit voraussetzt. Wörtlich genommen ist das notwendig. Da aber die Abrede "konkluident" erfolgt, der Täter durch die Tat redet, kann man nicht so sicher sein, weil Jakobs sich nicht festlegt, wo die Bedeutung der Tat zu lokalisieren ist. Wenn man sie im Richter oder allen Menschen lokalisiert, d.h. nur nach der Reaktion der anderen bestimmt, welche Bedeutung ihr beigelegt wird, so kann man von dem, was der Täter meint, absehen. So interpretiert wird der obige Satz sinnvoll: nach "geeignet ist" müßte es heißen: "als jemand dargestellt zu werden, der die Normgeltung in Abrede stellt."⁵⁰ (JAT, S. 495 f.; 17/48)

Kurz, die Kriterien für die "normative Steuerung" bleiben diffus, auch Fallbeispiele geben keine Hilfestellung. Denn die Fallhäufigkeit liegt mit einem Fall auf vier Seiten erheblich unter dem Durchschnitt. Die nach Jakobs für die Aufgabe des Strafrechts, Rechtstreue zu fördern, zentralen Konzepte bleiben mithin begrifflich am unklarsten, der Leser findet auch am wenigsten Material, um die Begriffe anzuwenden und damit zu erfassen.

b. Die methodische Legitimität der Umdeutung von Fähigkeit in Eignung

Wenn die alltags- und sozialwissenschaftlich-fachsprachliche Bedeutung von Fähigkeit außerhalb des alltags- und juristensprachlichen Bedeutungskreises von Zuständigkeit liegt, so überschreitet Jakobs Definition, die zwar auch als

⁵⁰ Günther (1996, S. 48) meint, es werde "eine Person wird verantwortlich gemacht ohne daß dem ein reales, essentielles Substrat 'in' dieser Person selbst (z.B. ein „Schuldsachverhalt“) entsprechen würde". Das erscheint unter dem Eignungsaspekt zweifelhaft, nur daß die am Täter aufzufindenden Merkmale nicht mit Schuld im alltagssprachlichen, psychologischen und klassischen juristischen Sinn zu tun haben müssen und darüberhinaus rein äußerlich und vom Täter nicht zu beeinflussen sind und ihm auch keine Abwehr gegen die Klassifikation als geeignet zur Verfügung steht.

Deutung des gegenwärtigen Zustandes, aber darüber hinaus als Grundlage der richterlichen Tätigkeit dienen soll, die meist als verbindlich anerkannte Regel, die Grenze der Wortbedeutung dürfe definitorisch nicht überschritten werden. Allerdings erkennt Jakobs diese Regel nicht an. Sein einziges Kriterium ist die systematische Einpassung, der Erhalt der Widerspruchsfreiheit des Systems. Es gibt jedoch Hinweise, daß Jakobs selbst nicht konsistent vorgeht: Zum einen ist der Rekurs auf die klassische forensische Psychiatrie eine Bezugnahme auf Empirie (die praktisch freilich nur ein System verdoppelt, das den Täter einer Zuschreibung ausliefert, deren Kriterien nicht expliziert werden). Zweitens beruft (oder besser: berief⁵¹) sich Jakobs im subjektiven Tatbestand für seine rationalistische Psychologie auf die Formulierung des Gesetzes. Dann aber ist nicht einzusehen, warum nicht auch im Bereich der Schuld dieser Rekurs auf die Formulierung des Gesetzes - welches auch neueren Datums ist - eine solche Umdeutung sperrt. Dies gilt erst recht, wenn man die Übereinstimmung des alltagssprachlichen, psychologischen und juristischen Sprachgebrauchs im übrigen heranzieht.

c. *Das Teildementi: die Psychopathen*

"Bei Psychopathien soll es sich um Persönlichkeitsvariationen in negativer Richtung handeln, bei denen der Betroffene unter der Abnormität leidet oder die Gesellschaft am Betroffenen. ...Vertreter der forensischen Psychiatrie halten in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung eine so starke Verformung, daß volle Exkulpation angebracht wäre, für eine seltene Ausnahme. Eine solche Strenge ist beim Vorliegen gewichtiger interner konstellativer Faktoren... oder bei Faktoren externer Art nicht angebracht, soweit der Täter für diese Faktoren nicht zuständig ist." (JAT, S. 531 f.: 18/20)

Obgleich die dominierende Strömung der forensischen Psychiatrie die Psychopathen (mit ihren unterschiedlichen Benennungen) gerade im Sinne von Jakobs als "zuständig" behandelt, kritisiert Jakobs diese Psychiatrie, der er im übrigen folgt. Dabei ist diese Stelle nicht die einzige, an der eine Distanzierung von der Behandlung der Psychopathen erfolgt: Zur Einsichts- und Befolungsfähigkeit heißt es:

"Unter Fähigkeit ist nicht eine Eigenschaft zu verstehen. ...ist vielmehr...eine Zuschreibung...Die Frage nach der Fähigkeit ist demnach nicht zu formulieren: Konnte sich der Täter anders verhalten oder nicht? Sie muß vielmehr lauten: Ist der Täter dafür zuständig, daß er sich so und nicht anders verhalten hat? Die Antwort richtet sich 1. nach Stärke des Befundes, 2. Art des Befunds, 3. Klarheit des Begriffs für den Befund." (JAT, S. 534 f.: 18/25) "Zeitweise ist - wiederum auf Psychopathen bezogen - argumentiert worden, die verminderte Schuldfähigkeit könne durch besondere Willensanstrengungen ausgleichbar

⁵¹ Wie oben gesagt ist der Rückzug auch im subjektiven Tatbestand angetreten und dieser Kritik die Tür vor der Nase zugeschlagen

sein und das Fehlen dieser Anstrengungen könne die Strafmilderung unangebracht erscheinen lassen. Das ist nichts als der auf einen Zirkel gebrachte Gedanke der Zuständigkeit für den Befund; dieser Gedanke prägt die Kannmilderung, paßt aber gerade nicht auf Psychopathen. Auf ihre Person bezogen vertuscht das Argument mit der Rede von Schuld die Unwissenheit, wie diese Menschen sinnvoll behandelt werden könnten." (JAT, S. 538: 18/32)

Mit diesem letzten Argument werden die Mediziner und die ihnen folgende Rechtsprechung kritisiert, während dasselbe Argument für die Rückfalltäter (JAT, S. 486; 17/26: "...wenn andere Möglichkeiten der Abarbeitung intensiver Delinquenz effektiv zur Verfügung stehen.") als Legitimation für das Handeln der Juristen benutzt wird. *Von den Medizinern wird ein normativer Standpunkt im eigentlichen Sinne des Wortes verlangt, während den Juristen ein faktischer, an Effizienz orientierter zugestanden wird.* Vielleicht ist von hierher auch verständlich zu machen, warum die Fallbeispiele so viele Mediziner und so wenig Juristen behandeln: dies läßt sich als "Verschiebung" im psychoanalytischen Sinne deuten⁵², der hier die Verschiebung von den Straftätern als den Opfern der Strafjustiz auf dieselben Menschen, aber aus medizinischer Perspektive betrachtet und als Opfer der Medizin, entspricht. Zwar gibt es auch real alkoholisiert operierende Ärzte, jedoch dürfte die Quote doch geringer sein als bei Staatsanwälten, weil der ärztliche Kunstfehler viel offener wird.

d. *Implikationen für die Praxis*

Die Laien, d.h. Angeklagte, Zeugen, Öffentlichkeit, werden den Satz: "Er hat sich schuldig gemacht" also anders verstehen, als er gemeint ist. Kommunikation muß scheitern. Denn wenn ein zentrales, das Begriffsgebäude im allgemeinen Verständnis tragendes Wort vor und hinter dem Richtertisch entgegengesetzt verstanden wird, kommt ein Dissens zustande, versteckt für die eine, offen für die andere Seite. Das gegenläufige Moment, die einfühlsame, durch Inhalt und der Form des Arguments nachdenklich machende Stellungnahme zu den Psychopathen, taucht nur wenig versetzt auf. Indem die Überschneidung von "Rückfalltäter" in juristischer Terminologie mit "Psychopath" in psychiatrischer Terminologie ignoriert wird, kann mit demselben Argument Bestrafung wie Exkulpierung begründet werden. Die Verantwortung für das Urteil wird so den Medizinern zugeschoben. Das dementiert die Trennung der Merkmale des § 20 in "psychologisch - normativ".

⁵² neben der oben ins Spiel gebrachten Projektion

D. Die Gesellschaft

Der Gesellschaftsbegriff wird im Lehrbuch nicht bestimmt. Die im nachstehenden Abschnitt herausgearbeitete Ausblendung von Natur wird durch die neuere Definition von Gesellschaft als Nicht-Natur bekräftigt. "Ohne kommunikativen Prozeß keine freien Subjekte" (Jakobs 1995, S. 850) – richtig. Was Jakobs übersieht ist, daß die vorgesellschaftlichen Formen menschlicher Kommunikation, nämlich die Gruppen und Gemeinschaften, zum einen an biologisch gegebene Bereitschaften, Motivationen und Affekte gebunden sind und zweitens Vergesellschaftung im engeren Sinne auf diesen vorgelagerten Prozessen aufbaut und aufbauen muß. Kommunikation und auch gesellschaftliche Kommunikation ist, soweit ich das Erfahrungswissen betrachte, die hochentwickelter Säugetiere. Nur wenn man dies nicht berücksichtigt, kann man behaupten, daß die instrumentelle Kommunikation und eine so beschaffene Welt das Ursprüngliche, der Naturzustand sei (ebd. S. 872) und daß die Normen eine Beziehung von Subjekten konstituieren, die Normen die objektive Welt seien, weil sie die Kommunikation bestimmten (ebd., S. 873). Die Beziehungen der ab ovo subjektiven Menschen ermöglicht (insbesondere kooperatives) instrumentelles Handeln und Schaffung von Normen. Die Jakobssche Sicht, die aus meiner Perspektive, die Welt auf den Kopf stellt, hat dann auch Konsequenzen für die "Undenkbarkeit" einer kollektiven Organisationszuständigkeit, weil das Kollektiv sich ja immer erst kraft Institution konstituiert (unten 2) und die Ausblendung der Gruppen und Gemeinschaften, die zwischen Individuum und Gesellschaft vermitteln beschränkt die zwischenmenschlichen Aspekte tendenziell auf die Familie⁵³ (unten 3).

1. Ökologie und Technologie

Wenn auch Umwelt- und Wirtschaftsdelikte nicht in den Blick kommen und auch im Fallmaterial (4 Fälle Umweltdelikte) kaum vertreten sind, kann man das Verhältnis "Mensch-Natur-Technik" in der Behandlung des Straßenverkehrs, jenem Bereich, in dem es alljährlich viele Tote und Verletzte gibt, eruieren. Die Strafbarkeitsquote ist signifikant niedriger: 39%. Von den 397 Fällen mit Delikten gegen Leib und Leben spielen sich 53 im Straßenverkehr ab (bei insgesamt 97 Straßenverkehrsfällen). Von den 53 sind strafbar 22 (41,5%). Auch bei Tötung/Verletzung wird die Strafbarkeitsquote im Straßenverkehr nur unwesentlich erhöht (39 auf 41,5%).

⁵³ Das könnte man als biologisch ansehen, weil hier die Konstitution der Beziehung an die Blutsverwandtschaft geknüpft ist.

Von den 11 Fällen mit Tätern "gefährigeneigter Berufe" sind 8 strafbar, von den 5 Umwelttätern 2 - keine besondere Aufmerksamkeit für diese Bereiche. Die niedrige Strafbarkeitsquote im Straßenverkehr und noch mehr die beim "erlaubten Risiko", wo das Verhältnis 1 zu 7 und damit trotz der geringen Fallzahl statistisch signifikant ist, weist eher in die andere Richtung. Die Abkehr von einer "naturalistischen" Sicht scheint zu implizieren, daß Gesellschaft nicht als einheitlicher Prozeß von Austausch Mensch-Natur und Mensch-Mensch, als praktischer Zusammenhang im umfassenden Sinne, sondern als kommunikativer Zusammenhang und nur zwischen Menschen, gefaßt wird⁵⁴.

2. Institution und Organisation

Jakobs unterscheidet grundsätzlich zwischen institutioneller und Organisationszuständigkeit (JAT, S. VIII).

"In den Fällen dieser Pflichtdelikte besteht unabhängig von der Tat eine Beziehung zwischen dem Täter und dem Gut. Das Verhältnis Täter - Gut ist bei diesen Delikten nicht nur negativ durch ein Nicht-Verletzen bestimmt, sondern positiv durch einen Status des Täters im Verhältnis zum Gut. Dieser Status ist an vorgeformte und allenfalls in engen Grenzen disponible Regelungskontexte gebunden (Eltern, Vormund, Beamter), also an Institutionen." (JAT, S. 220; 7/70) "Begehungs- wie Unterlassungsdelikte kennen also einerseits eine Haftungsbegründung durch Organisationszuständigkeit und andererseits eine solche durch institutionelle Zuständigkeit." (JAT, S. 220; 7/71)

Wenn eine Gutsverletzung auftritt, die außerhalb der institutionellen Zuständigkeit jedes Menschen in der Institution lag, so gibt es eine übergeordnete Organisationszuständigkeit, die für die "Verfassung" (in des Wortes doppelter Bedeutung) zuständig ist. Daraus ergibt sich eine, nach oben unendliche hierarchische Stufenleiter. Eine kollektive Organisationszuständigkeit für die Institution(en) ist dabei nicht erkennbar.

3. Der Institutionsbegriff

Der im vorstehenden Zitat implizite Institutionsbegriff ("Status", "in engen Grenzen disponibler Regelungskontext", "positiver Bezug auf das Gut") wird in einer expliziten Definition aufgenommen:

"Institution wird im sozialwissenschaftlichen Sinn als dauerhafte und rechtlich anerkannte Beziehungsform einer Gesellschaft verstanden, die der Disposition des einzelnen Menschen entzogen ist, ihn vielmehr mit konstituiert." (JAT, S. 820; 29/57 Fn. 114)

⁵⁴ Das ist jetzt ausdrückliches Programm

Diese Definition bringt mit "Beziehung" die Konnotation "persönlich". "Den Menschen konstituiert" kann nur bedeuten, daß das Muster der Beziehungsform internalisiert wird. "Der Disposition des einzelnen Menschen entzogen" schließt die Disposition durch mehrere Menschen nicht aus, d.h. die kollektive Verfügung und ein Mehr an "Gruppencharakteristika", weniger fixierte Arbeitsteilung, mehr Akzeptanz von Körper und Gefühl, weniger Hierarchie, mehr Wettbewerb statt Rivalität und damit weniger Ritualisierung: Wird diese Option realisiert?

Um den Institutionsbegriff schärfer zu fassen, soll rekonstruiert werden, wie das Verhältnis von einzelnen Menschen und Institution oder, präziser, der institutionell verbundenen Menschen zueinander gesehen wird. Weiter soll nach der Internalisierung der rechtlichen Anerkennung und des Beziehungsmusters gefragt werden und schließlich nach der materiellen Existenz im Verhältnis zum ideellen Modell.

a. Mensch und Institution

Geht der Mensch als "kleines Rädchen" in der Institution auf, ist die (strafrechtliche) Verantwortung nur bei den für diese Organisation Zuständigen gelegen, bei den Befehlshabern? Wieweit folgt Jakobs einer funktionalen Betrachtung, in der die Menschen als Individuen verschwinden? Oder wird nur der Ausführende, d.h. meist der physisch Handelnde, strafrechtlich verantwortlich gemacht und die Funktionalisierung der Individuen in Institutionen negiert? Jakobs erkennt zwar Fälle eigenhändiger Tatausführung ohne Tatherrschaft an, (JAT, S. 611; 21/31), betrachtet aber für den Staschynski-Fall ebenso wie für die organisierten Judentötungen in der NS-Zeit "die nicht selbst ausführenden Koordinatoren per Bestimmung des Opfers und des Taterfolgs, weitgehend auch des Tatmittels" (JAT, S. 623; 21/52) als Mittäter.

Zur Benutzung organisatorischer Machtapparate als mittelbare Täterschaft heißt es:

"Schädlich ist die Konstruktion einer mittelbaren Täterschaft, weil sie die bei den Taten zur Zeit des nationalsozialistischen Regimes keineswegs nur erzwungene organisatorische Verbindung aller Beteiligten zu einem gemeinsamen Tun verdeckt: Nur durch die Gemeinsamkeit von Anordnenden und Ausführenden kann eine einzelne Tat des Ausführenden als Beitrag zu einer mehrere Ausführungshandlungen umfassenden Einheit interpretiert werden." (JAT, S. 649; 21/103)⁵⁵

⁵⁵ Schädlich ist es hiernach, wenn etwas verdeckt wird. Im Kontext der Frage nach der "Wahrheit" oder zumindest Aufrichtigkeit gegenüber dem Täter und der Allgemeinheit werden wir darauf zurückkommen. Hier wird das Aufrichtigkeits- – bzw. unter Einschluß des unbewußten Verdeckens – Wahrheitskriterium jedenfalls für die vergangene "Ordnung" bejaht. Dies stellt vielleicht eine parallele Verschiebung dar wie die von Juristen auf Mediziner und Lehrer/Forscher.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit wird also keiner Ebene allein zugeschlagen, das Individuum in der Institution auch im Extrem nicht als bloßes Werkzeug betrachtet. Dies wird durch den relativ hohen Anteil von Vorgesetzten im Fallmaterial bestätigt wie durch den nicht geringen Anteil von "eigenhändig Handelnden" auf den untergeordneten Ebenen mit Quoten von .69 und .63.

"Beim garantievermittelnden Vertrauen besteht schon eine Garantienpflicht und es geht nur darum, wen sie innerhalb der Organisation trifft, die das Garantieverhältnis verwaltet. An die Stelle der Verbindung Pflichtiger - Hilfsverhalten, die über das garantiebegründende Vertrauen entscheidet, tritt hier die Verbindung Pflichtiger - Organisation... Pflichtig ist, wer sich in die Organisation eingliedern läßt, also die Position antritt, zu der nach dem Dienstplan das Hilfsverhalten gehört. Daß in einem größeren Krankenhaus nachts ein Bereitschaftsarzt als Garant verfügbar sein muß, ist Folge des Betriebs eines solchen Hauses; wer aber zuständig ist, richtet sich nicht danach, wer sich schon zuvor um die Patienten gekümmert hat o. ä., sondern nach dem Dienstplan." (JAT, S. 828; 29/73)

Hier fällt zunächst auf, daß nicht eine Beziehung (wie nach der oben erwähnten Definition zu erwarten) "Pflichtiger -Hilfesuchender" bzw. "Organisation -Hilfesuchender", sondern eine Verbindung (ein neutraleres Wort als Beziehung) "Pflichtiger-Hilfsverhalten" eingeführt wird. Inkongruent dazu ist wiederum die Verbindung "Pflichtiger - Organisation", denn adäquat wäre Verbindung "Pflichtiger - Dienstantritt". "Pflichtiger-Organisation" stellt ja wieder eine Verbindung von zwei Subjekten her. Die organisierte/ institutionalisierte Hilfe führt zu einer Dreiecksbeziehung, die sich aus verschiedenen Perspektiven unterschiedlich darstellt:

aus der Perspektive des Pflichtigen

Pflichtiger - Hilfesuchender

Pflichtiger - Organisation (Beziehung)

oder

Pflichtiger - Hilfeverhalten

Pflichtiger - Dienstantritt (Art der Pflicht)

aus der Perspektive des Hilfesuchenden

Pflichtiger - Hilfesuchender

Organisation- Hilfesuchender

aus der Perspektive der Organisation

Organisation - Hilfesuchender

Organisation - Pflichtiger

Zunächst wird die Perspektive des Hilfesuchenden ausgeblendet, obgleich "das garantiegebundene Vertrauen" den Wechsel des Objekts dieses Vertrauen nahelegte. Damit wird auch die professionelle Seite des Helfers zugunsten der institutionellen manifest zurückgenommen: der Helfer hat seinen Dienst pünktlich anzutreten wie jeder andere auch und aufzuhören, zu helfen, wenn Schicht-

wechsel ist. Obwohl jeder Patient oder sonstige Verbraucher institutioneller Dienstleistungen darum weiß und jeder in eine Institution eingegliederte Dienstleister auch, spricht man es ungern klar aus. Das mag die Inkongruenz und die Perspektivenverschiebung bedingen.

Die Wendung "um den Patienten gekümmert hat" bringt den Hilfesuchenden, Leidenden (in der Medizinersprache) aber wieder ins Spiel ebenso wie die emotionale Seite des helfenden Menschen - denn kümmern bezieht sich ja auf den Kummer des Helfenden. Der letzte Halbsatz bestärkt die Abweisung dieser Perspektive noch einmal. Aber das gegenläufige Moment ist sichtbar. In der folgenden Passage wird dieses auf die menschliche Beziehung bezogene Moment nicht deutlich:

"Ein Forscher muß eine riskante Versuchsanordnung auch mit Hilfe seiner Sonderfähigkeiten beherrschen, aber ein Student des Bauwesens muß seine Sonderfähigkeiten nicht aktivieren, wenn er in den Semesterferien als Handlanger auf einer Baustelle arbeitet. Besonderheiten für die Fahrlässigkeit ergeben sich dabei nicht, insbesondere bleibt bei geleisteter Voraussicht, aber mangelnder Zuständigkeit nur eine Haftung aus § 323c. Beispiel: Erkennt im zuletzt genannten Beispiel der Student, daß die von ihm herzustellende Betonmischung nicht tragfähig sein wird, so haftet er trotz seines vorsätzlichen Handelns nicht aus einem Begehungs-Verletzungsdelikt." (JAT, S. 322; 9/11)

Es erscheint moralisch unakzeptabel, daß jemand sehenden Auges den Zusammensturz mit herbeiführen darf, sofern er sich nur auf Unzuständigkeit berufen kann. Die Lösung überzeugt jedoch, weil die notwendige logische Konsequenz aus der "Vorleistung" der h. L. gezogen wird, bei Fahrlässigkeitsdelikten einen Pflichtenmaßstab per se einzubeziehen, ohne die Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu begründen. In der Tat würde eine andere Entscheidung das "Sich-dumm-Halten"⁵⁶ fördern, weil es für die allermeisten die optimale Strategie wäre, nichts zu sehen und zu hören, damit sie gar nicht in Versuchung kommen, etwas zu sagen⁵⁷.

Die Unterminierung des Verantwortungsgefühls oder -bewußtseins für das Ganze, die durch die normative Betrachtung des Tatbeitrages als "unerheblich"

⁵⁶ Das ist nicht im Sinne einer bewußten Strategie zu verstehen, obgleich auch das vorkommen mag. Vielmehr ist eine unbewußte Strategie gemeint. Die Kräfte des institutionellen Feldes sorgen dafür, daß die Individuen im Dienst verdrängen, verleugnen, was sie außerhalb desselben und vorbewußt wissen oder jedenfalls ahnen.

⁵⁷ Die Entlastung der Skrupelhaften und die Belastung der Gleichgültigen (Jakobs 1995 S. 862 Fn. 46) läßt sich stimmig (d.h. ohne Leugnung des Psychischen und ohne subtile Förderung des Dummhaltens) erst jenseits der Strafe begründen. Die dogmatischen Bemühungen pendeln daher zwischen Ignorierung der Fakten kraft Normativierung oder Fingierung von Fakten hin und her. Dogmatisch sind sie wegen ihrer stillschweigenden Voraussetzung, daß Strafe sein muß.

wegen Unzuständigkeit noch gestützt wird, ist doch gravierend. Damit wird das Grundproblem schärfer sichtbar, aber von Jakobs nicht weiter behandelt: ob die strikte Restriktion der strafrechtlichen Haftung das Gewissen in moralischer Hinsicht schärft (also skrupellose, nachdenkliche, überpflichtige Zuwendung fördert) oder aber die strafrechtliche Entlastung zugleich moralische Entlastung suggeriert. Daß diese Frage nicht behandelt wird, ist erstaunlich, weil sie für das Konzept der "positiven Generalprävention" bedeutsam ist: Die Abkopplung des Strafrechtsgutes "Normgeltung" von allen natürlichen Schäden stabilisiert soziale Ungleichheit und Institution per se, aber nicht Normen.

Nach der klassischen Konstruktion der Handlungs-Erfolgsdelikte war für den Handelnden eine umfassende Zuständigkeit, d.h. Verantwortung insbesondere für Leib und Leben, gegeben, eine Konstruktion, die im Kontext einer risikoreichen technischen Entwicklung aufgegeben wurde. Gesetzgeberisch etwa in den §§ 315 ff., die die Strafbarkeit an herausgehobene Pflichtverletzungen knüpfen und damit die außergesetzlich entwickelte Einführung eines objektiv gegebenen Sorgfaltpflichtsverstoßes im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte überflüssig machen. Jakobs setzt dies konsequent fort, indem er umfassend einen solchen Pflichtenmaßstab einführt: man ist nur noch für die Pflichterfüllung verantwortlich, ob handelnd oder unterlassend, vorsätzlich oder fahrlässig⁵⁸. Wenn jedoch Strafen "Einübung in Rechtstreue" (für die "Zuschauer") sein soll, so impliziert dies die Reduktion von "Rechtstreue" auf Rechtsgehorsam, eine Abkopplung von gesellschaftlicher Praxis, eine Reduktion von Gesellschaft auf Kommunikation und damit eine Abkopplung von den materiellen Grundlagen, Ökologie, Technik und den Austausch Mensch-Natur. Anders gesagt: Wenn Rechtstreue mehr als bloßen Gesetzesgehorsam bedeutet, führt die ubiquitäre Bindung der Tatbestandsfeststellung an den Pflichtenmaßstab zu einer Unterminierung gesellschaftlicher Verantwortung, professionellem Ethos und setzt institutionelles Ethos an seine Stelle. Da Jakobs konsequent ist, muß die Kritik allerdings bereits die inkonsequenten Vorläufer erfassen.

b. Der Prototyp der Institution: Familie

Nicht Krankenhaus oder Bauunternehmen, die vorher erwähnten Typen, gelten als Vorbild für institutionelle Beziehungen:

"Die Sorgepflicht der Eltern für die ihren ehelichen Kindern zustehenden Güter gilt als Prototyp der Garantpflichten überhaupt; sie wird überwiegend auf die 'natürliche' oder 'enge persönliche' Verbundenheit gestützt, teils auch auf 'Gesetze', womit jeweils nur Aspekte der Institution benannt sind. Die Pflicht geht so weit, wie Eltern und Kind eine gemeinsame Welt gestalten, also beim Kind alles umfassend..." (JAT, S. 821; 29/59)

⁵⁸ Jetzt ausführlich in Jakobs (1996)

Nahegelegt, wenngleich nicht ausgedrückt, wird der Gedanke, daß die Gleichung "natürliche, enge Verbundenheit + Gesetze = Institution" allgemein, für jede Institution, gilt, obgleich man es auch nur in bezug auf diese Institution lesen kann. Weniger explizit wird die Asymmetrie der Pflichtverteilung Eltern/Kind als Modell für die hierarchische Stufung in den 'reinen Institutionen'. Eher egalitär nimmt sich die Wendung "eine gemeinsame Welt gestalten" aus.

"Die Pflichten garantieren nur einen Mindeststandard an Fürsorge, da strafrechtlich nicht eine - wie bestimmbare? - optimale Zuwendung garantiert werden kann, sondern nur eine Zuwendung, deren Versagung evident fehlerhaft ist." (JAT, S. 821; 29/60)

Hier ist der Konflikt zwischen moralischen und strafrechtlichen Normen explizit. Das Problem ist: unterminiert die Art und Weise, wie die Garantie gegeben werden soll, die optimale Zuwendung? Darüberhinaus taucht auch der Aspekt der Unerzwingbarkeit von Beziehung auf (JAT, S. 822 f.; 29/63). Doch bleibt das Verhältnis von "natürlicher" Beziehung und normierter unklar.

Die Betrachtung von Familie als Prototyp findet ihre Bestätigung in der Behandlung der Fälle, die für den familiären Bereich eine sehr hohe Strafbarkeitsquote auswies. Wenn man annimmt, daß eine hohe Bestrafungsdichte zu einem allgemein hohen Maß an Rechtstreue führt, so ist dies konsequent. Andererseits taucht hier die Frage auf, ob diese hohe Strafdichte das Optimum, welches nicht erzwingbar ist, zu erreichen verhindert - eine Frage, die komplementär zu der ist, ob nicht die Begrenzung der Haftung auf die jeweilige Pflicht, mithin niedrige Strafdichte in anderen Institutionen, ebenfalls verhindert, daß das Optimum erreicht wird, weil das Verantwortungsgefühl unterminiert wird. Da menschliche Wahrnehmung insbesondere für Differenzen sensibel ist, ist gerade die differentielle Bestrafung in verschiedenen Bereichen, gegenüber verschiedenen Gruppen usw. lerntheoretisch bedeutsam. Und so kann sich das Resultat ergeben, daß das Strafrecht in Bereichen, wo es relativ wirksam eingesetzt werden kann, wie auch in den Bereichen, wo es - obgleich von Gesetzes wegen vorgesehen - nicht eingesetzt wird, zur Verfehlung des Optimums beiträgt.

c. Vom Prototyp zum Serienmodell

Das "Serienmodell", d.h. das Insgesamt der gesellschaftlichen Institutionen, verliert einige Charakteristika, die die Familie auszeichnen:

"Bei den Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit ist in der Regel ein 'ordentlicher Standard' zu leisten, nicht aber eine Aufopferung und auch kein Einsatz von Sonderfähigkeiten." (JAT, S. 448; 15/15)

Die Akteure in Institutionen, die es im hier vorgestellten Sinne eindeutig sind (für die Familie ist es "zweideutig"), werden damit von der umfassenden Verpflichtung der Ehegatten/Eltern in der Familie entlastet, des zwischenmenschlichen Moments entkleidet. Jakobs treibt die der Strafrechtsentwicklung

abzulesende Tendenz, den Einzelnen nur im Rahmen definierter Pflichten in Anspruch zu nehmen, konsequent weiter⁵⁹. In den Fallbeispielen gibt es entsprechend eine Differenz zwischen der Strafbarkeitsquote in der Familie im Gegensatz zu anderen Institutionen (79% vs. 60%). Der Dialog über die Aufopferung (= permanente Überlastung) oder auch über die Gründe der Zurückhaltung bei Sonderfähigkeiten könnte ja auf übergeordnete Zuständigkeiten verweisen. Ein solcher Dialog kommt unter der Strafdrohung aber nicht zustande.

Während im Blick auf Ehe und Familie die Solidarität, d.h. das Nicht-Institutionelle einschließlich der Liebe, in den Vordergrund rückt (tendenziell zur institutionellen Pflicht wird) und damit in der Definition "Beziehungsform" mit Schwerpunkt auf "Beziehung" betont wird, wird im übrigen die Beziehungsform mit der Betonung auf "Form" als Abgrenzung gesehen⁶⁰. Die typisch institutionelle Beziehungsform ist die Negation von Beziehung, weil nicht nur Solidarität, sondern auch Kooperation als gemeinsame Verantwortung nicht gedacht ist, sondern die komplementären Beiträge der Beteiligten als "von oben" gestiftet und geregelt vorgestellt werden. Für das "Serienmodell" der Institution gilt also die fixierte Arbeitsteilung, nicht das "Gestalten einer gemeinsamen Welt". Der Aspekt der Asymmetrie der Pflichten, der sich bei der Familie aufgrund der Schwäche des Kindes ergibt, dort jedoch nicht betont, gleichwohl erwähnt wird, gewinnt für andere Institutionen die hierarchische Gestalt, d.h. unabhängig von der Stärke/Schwäche des Individuums als Person wird es auf der Basis seines Status behandelt. Verfolgen wir diesen Aspekt im Fallmaterial: Die Strafbarkeitsquote liegt bei "starken Opfern" (Mann, Jur. Person) mit 49% bzw. 33% deutlich niedriger als bei den "schwachen" Frauen (58%) und Kindern (67%). Ist das Kind im Kontext der Familie betroffen, steigt die Quote auf 75%. Auch bei "Untergebenen" als Opfer ist die Quote mit 89% hoch wie bei niedriger Hierarchiestufe (80%) im Gegensatz zu hoher (44%). "Untergebene" werden damit gleich Kindern behandelt. Umgekehrt wird ein "starker Täter" auch eher als strafbar klassifiziert: Hat er eine Vorgesetztenrolle sind es 79%, hat er Helfer dabei 62%, gibt es Begünstigte 60%. Die Quote ist bei "Untergebenen" mit 53 % durchschnittlich, ist ein Verfolger oder Retter⁶¹ im Spiel, ist sie 38%/0%,

⁵⁹ "Der spezifisch strafrechtliche Witz an der objektiven Zurechnung liegt einzig in der Beschränkung der Aufgaben und demgemäß der Haftung auf einen umrissenen Bereich." heißt es jetzt (Jakobs 1995, S. 861)

⁶⁰ Die Frage der Solidarität der Institutionsakteure mag mit Blick auf "Desavouierung der Instanz" (s.u.) anders beantwortet werden.

⁶¹ "Retter" ist derjenige, der die Situation bereinigt, "Helfer", wer einer Person beispringt. Der Retter hält hier den Täter von weiterer Übelthat ab.

zusammengerechnet 25%⁶². Die Differenz der Hierarchiestufen von Opfer und Täter, nicht die Stufen für sich, sind bedeutsam.

Die Frau, die in der familiären Mutterrolle als Täterin und als Opfer von Sexualdelinquenz häufig auftaucht, kommt im "Straßenverkehr" einmal und im institutionellen/geschäftlichen Verkehr insgesamt 3 mal vor, d.h. das weibliche und zumal mütterliche Element ist nur im Bereich des Prototyps, aber nicht der Serie vorhanden, was dem Verschwinden des zwischenmenschlichen Moments entspricht. Die Frau wird in der Strafbarkeitsquote nicht diskriminiert. In der Familie, ihrer Domäne, ist ihre Quote ebenso hoch wie die der Männer. Die Diskriminierung liegt darin, daß sie auf der Täterseite im geschäftlichen Verkehr und in der Institution, im Straßenverkehr nur so selten auftaucht. Diese Reduktion des Prototyps Familie um das zwischenmenschliche Moment - das, wie gesagt, eine horizontal und vertikal flexible Gestaltung eines kooperativen Zusammenhangs impliziert - ist jedoch nicht eindeutig und nicht ohne Ambivalenz. Dies war oben schon für das Krankenhaus aufgezeigt worden.

d. Formelle und materielle Institution

"Einen sicher begründbaren Anwendungsbereich findet die Milderungsmöglichkeit jedenfalls bei den Unterlassungsdelikten mit Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit; denn Haftungsgrund ist die Institution ohne Blick auf ihre Ausgestaltung im Einzelfall, so daß notfalls das Faktum der Bindung an die Institution ohne Blick darauf zur Haftung hinreicht, wie weit sie noch gelebt wird, also materiell vorliegt. Möglicherweise ist also die unterlassene Erfolgsabwendung nur die Ergänzung einer schon vorher, und zwar straffrei, angelegten Enttäuschung und deshalb weniger drastisch als im Fall einer auch materiell intakten Institution." (JAT, S. 858; 29/125)

Es gibt gelebte - d.h. zugleich materiell intakte - Institutionen. Wenn die Tatsache, daß sie nicht gelebt wird, schon vorher deutlich geworden ist, mithin die der Beziehungsform entsprechende Erwartung enttäuscht ist, so reicht gleichwohl das Faktum der Bindung an die Institution im formellen Sinne. Ist die Familie intakt, wenn es zu Körperverletzung, Inzest und Tötung kommt? Und unterlassen die anderen dies, wenn sie die Täter bestraft sehen? Der Kern des Deliktes besteht im Vertrauensbruch, Treubruch, der Enttäuschung.

e. Ergebnisse und Konsequenzen

Jakobs behandelt die Institution, wie im Alltagsverständnis das Individuum behandelt wird, und umgekehrt. Während wir bei der Institution gemeinhin nicht daran denken, sie zu entlasten, weil sie faktisch nicht kann, obwohl sie unzuständig ist, sondern dann nach den "Zuständigen" für diesen Zustand rufen,

⁶² Dies kann erst später interpretiert werden.

d.h. "nemo ultra posse obligatur" gerade nicht gilt, umgekehrt ein Individuum gerade im Strafrecht nicht über sein faktisches Vermögen zu binden glauben, dreht sich das in Jakobs' System um: die Norm wird derogierbar unter Berufung auf "effektive (Un-)Möglichkeiten", soweit eine Institution betroffen ist, das Individuum komplementär trotz effektiver Unfähigkeit belastet.

Der Institutionsbegriff enthält deutlich gefühlsmäßige Tönung, und die gefühlsmäßigen Aspekte der als Beziehungsformen gekennzeichneten Institutionen werden hervorgehoben. So gilt die Familie als Prototyp der Institution, die Entstehung einer Institution wird am Beispiel des Samariters skizziert, der materiale Aspekt i.S. der gelebten Institution, der gelebten Beziehungsform wird hervorgehoben. Das Vertrauen in die Konstanz soll geschützt werden. Eltern und Erzieher werden im Fallmaterial in solchen Fällen genannt, bei denen die Entscheidung in Richtung "strafbar" tendiert. Schroff gegenläufig ist die Reduktion der strafrechtlichen Verantwortung auf den Zuständigkeitsbereich in Beziehung auf das Krankenhaus, wo ja die menschliche Zuwendung, wenn nicht erwartet, so doch erhofft wird und im Falle des Studenten des Bauwesens, wo die spontane menschliche (moralische?) Reaktion Verurteilung ist. Das in die Institution eingegliederte Individuum wird damit von seiner menschlichen Verantwortung strafrechtlich frei. Während also der Institutionsnutzer der Institution Vertrauen entgegenbringen darf und entgegenbringen soll, ist der Akteur der Institution davon befreit, diesem Vertrauen (eines konkreten Menschen) gerecht werden zu müssen (als Mensch): "mein Dienst ist zu Ende" und "dafür bin ich nicht zuständig" sind strafrechtlich legitime Äußerungen - und auch von Nutzen für Strafruristen.

f. Zum Begriff "Rechtstreue" - die Gesellschaft als Institution

Es ist jetzt wohl besser zu verstehen, wie es zu der auf den ersten Blick (oben C) seltsam anmutenden Gleichsetzung von "Schuld = Zuständigkeit" und "Schuld = Rechtsuntreue" kommt. Denn auch im Rahmen des Institutionsbegriffes sind wir auf die Kombination von Betonung menschlicher Beziehung mit den Momenten Vertrauen, Fürsorge, Kümern gestoßen, aber auch auf die Neutralisierung dieser Seite, ihre Abweisung. "Treue" ist ein Wort, das viele Konnotationen hat, gefühlsmäßig bedeutsam ist und auf ein Verhältnis bezogen ist, in dem sich Fürsorgepflicht und Treuepflicht, je nach dem sozialen Verhältnis der Beteiligten, einseitig oder doppelseitig gegenüberstehen: der Fürsorgepflicht der Eltern korrespondiert die Treuepflicht der Kinder, während die Gesellschafter einer Personen-Gesellschaft sich, mit anderer Qualität, wechselseitig zu Treue und Fürsorge verpflichtet sind. Der "Verrat", der in "Untreue" mitschwingt, sieht immer dann anders aus, wenn die Fürsorgepflicht verletzt ist, das Vertrauen sich als ungerechtfertigt herausgestellt hat. Der Begriff der

"Rechtsuntreue" zielt auf ein Verhältnis, wo "Vertrauen gegen Vertrauen" mitgedacht werden muß. Anders gesagt: implizit wird das Verhältnis Täter - Staat/Gesellschaft als ein Vertrauensverhältnis begriffen, der Täter wird nicht als schuldig, sondern als treubruchig, illoyal, Verräter gesehen, was eher mit den Gefühlen der Beschämung, Erniedrigung und Demütigung als mit Schuldgefühlen verknüpft ist. Daher ist zu untersuchen, ob Jakobs' Gesellschaftsmodell eher dem der Personengesellschaft des Zivilrechts oder dem Modell "Familie" oder "Erziehungsverhältnis" nachgedacht ist, um die zwei möglichen Pole der Dimension "Hierarchie" zu bezeichnen. In Betracht zu ziehen ist aber auch, daß sie dem Typ "Straßenverkehr", d.h. einem anonymen, risikoreichen, aber von strafrechtlicher Verantwortung eher entlasteten Bereich, entspricht.

g. *Strafjustiz als Institution*

Auch wenn es nicht ausdrücklich erwähnt oder behandelt wird, wird Jakobs nicht bestreiten, daß "Strafjustiz" auch eine derartige Institution ist. An die Stelle des Patienten tritt in der positiv generalpräventiven Sicht jedoch nicht, oder allenfalls zuletzt, der Angeklagte, sondern "alle Menschen". An die Stelle des Studenten des Bauwesens tritt möglicherweise die Studentin der Rechtswissenschaft, die ein Praktikum beim Strafgericht macht und ein Fehlurteil vorherzieht, vielleicht in irgendeiner Form daran beteiligt ist. Diese Institution ist, wenn man den Überlegungen zuvor folgt, zuständig für die Verhandlung "grundlegenden Treubruchs": es steht die Tat des Täters als Treubruch zur Verhandlung, aber implizit ja möglicherweise die Verletzung der "Fürsorgepflicht von Staat und Gesellschaft" ebenso zur Debatte: Die "Enttäuschung des Täters" wäre auch zu verarbeiten. Diese gefühlsmäßige Qualität des Strafverfahrens wird durch die rigorose Ablehnung des Gedankens der Sühne und die objektivistische, behavioristische Vorstellung von Spezialprävention explizit abgewiesen - latent taucht sie aber auf, wenn man an die Gegenleistung für Rechts-treue denkt. Die Annahme, daß Jakobs darum weiß, war oben (Psychopathen: Verschiebung auf die Ärzte) schon begründet und wird unten (Stichwort: Desavouierung der Instanz) weiter erhärtet.

Der Täter ist nach Jakobs' explizitem Programm gar nicht Adressat der Strafe. Er wird ebenso wie das Opfer, jedenfalls nach der Verhandlung außerhalb des strafjuristischen Interesses angesiedelt. Damit wird die Institution Strafjustiz von zwischenmenschlichen Bezügen "befreit", d.h. dem Prototyp "Familie" unähnlich gemacht. Bei der Untersuchung des Fallmaterials zeigt sich jedoch, daß die Quote der Strafbarkeit dann steigt, wenn mehr Sachverhaltsdaten gegeben werden im Gegensatz zu solchen, die nur von "dem Täter" und "dem Opfer" allein handeln. Daß hierbei die Opferseite noch stärker eine Rolle spielt, kontrastiert seiner expliziten Ausblendung - oder ist ihr komplementär.

Auch die erwähnte Tendenz, bei einem schwachen Opfer und einem eher starken Täter die Strafbarkeitsquote zu erhöhen, dementiert den strikt normativen Ausgangspunkt. Denn wenn es darum geht, die Norm als das, was alle Menschen erwarten können, zu stabilisieren, so gibt es keinen Grund, warum der Starke solche Erwartungen nicht solle hegen dürfen, warum er in ihnen qua Strafrecht nicht gestärkt werden sollte. Es sei denn, man unterstelle, die Starken wüßten sich nicht nur selbst zu helfen (was sie aber, wie gesagt, eigentlich nicht müßten: fähig, aber nicht zuständig), sondern sie seien auch nicht eigentlich mehr zu enttäuschen: aufgrund ihrer intellektuellen und sozialen Überlegenheit hätten sie eine "realistische Einschätzung", was man von seinen Mitmenschen erhoffen und was man von ihnen zu befürchten habe. Dann aber wären es die Schwachen, denen eine Ent-Täuschung erspart werden soll, m. a. W.: die in ihrer Unmündigkeit gehalten werden sollen, indem sie kontrafaktisch weiterhin erwarten sollen.

4. Der Begriff der Organisation

Wenden wir uns nun dem Begriff der Organisation zu.

"Erwartung 1: Menschen halten Organisationskreis in Ordnung. Die Stabilität dieser Erwartung ist nicht nur unumgänglich, weil niemand alle Organisationskreise zusammen beherrschen kann, sondern auch weil wegen des Rechts auf je eigene Organisation niemand solchermassen umfassend herrschen darf. Erwartung nur negativer Inhalt: Organisationskreise sollen getrennt bleiben. (Herrschaftsdelikte) Erwartung 2: ordnungsgemäßes Funktionieren elementarer Institutionen. Diese Erwartung hat einen positiven Inhalt, scil. daß die Institutionen auf den Organisationskreis einzelner Personen abgestimmt werden." (*JAT*, S. 7f)

"Den Organisationskreis in Ordnung halten" - d. h. es handelt sich um die faktische Ebene bei Organisation, das Muster der Institution ist nicht Organisation, vielmehr die Relation zwischen individuellen Organisationskreisen. Wenn eine "Organisationszuständigkeit für den eigenen Körper und daraus resultierende Garantenstellung" behauptet wird (*JAT*, S. 146; 6/37), so ist die Kombination von Organisation und Zuständigkeit wiederum ein Indiz für die auf die faktische Organisation bezogene Verwendung des Wortes.

"In der Regel ist jeder Mensch für seine Binnenorganisation selbst zuständig; das gilt für die Organisation der Verhaltensantriebe, aber auch für die Organisation der verhaltensrelevanten Überzeugungen." (*JAT*, S. 577; 20/20) Neben die Haftung kraft Organisationszuständigkeit als Gegenstück der eigenen Entfaltungsfreiheit tritt eine Haftung bei Verletzung von Pflichten zur Aufopferung, also zur Garantie von Solidarität. Diese Pflichten sind an Institutionen gebunden, wie Ehe, Eltern-Kind-Verhältnis, besondere Vertrauensverhältnisse u.a.m. Die Garantie für ein Gut oder für das Fehlen einer Gefahr wird bei diesen Pflichten von einer Garantie der Institutionen flankiert. (28/15) Im

Ergebnis ist also das Übergewicht der Verbote praktisch-statistisch begründet, nicht aber durch besondere Haftungsvoraussetzungen bei Geboten, die bei Verboten nicht erforderlich wären." (S. 783; 28/16)

Bei der Organisation geht es um Schadensvermeidung, damit um die faktische Ebene, bei der Institution - dem Versprechen nach - um mehr, nämlich Solidarität und damit um Güterproduktion. Die Meta-Organisationszuständigkeit wird nicht erwähnt: wer ist für die adäquate Organisation der individuellen Organisationskreise außerhalb spezifischer Institutionen, d.h. gesamtgesellschaftlich zuständig? Das verliert sich im Nebel. Organisation ist tatsächlich körpernah oder schließt jedenfalls Physis und Mechanik ein. Vorausgesetzt ist ein Subjekt, das sich selbst organisiert, sich verfaßt (oder eine Verfassung gibt). Die Spitze der institutionellen Hierarchie träge eine äquivalente Pflicht, denn sie wäre für die Binnenverfassung, damit für eine Abstimmung von Pflichtenkreisen auf individuelle Verfassungen, zuständig, müßte also, wenn sie sieht, handeln, ohne sich auf "Unzuständigkeit" berufen zu können.

5. "Die Chronik eines angekündigten Todes"

Die Novelle von Marquez erzählt die Geschichte einer Tötung, die unter den Augen des Dorfes geschieht, bei ambivalenter Haltung der Täter, die das Verbrechen begehen, um die Ehre ihrer Schwester zu schützen, aber nichts dagegen hätten, viele jemand ihnen in den Arm.

"In dem überhaupt verbleibenden Bereich, in dem die Fehlerhaftigkeit fremden Verhaltens die eigene Verantwortung nicht schon nach den Regeln des Regreßverbots ausschließt, wäre häufig effektive Arbeitsteilung unmöglich (im ärztlichen Operationsteam...etc.), wenn jeder alles Kontrollierbare kontrollieren müßte; zumindest schlosse die kontrollierende Zuwendung zu fremder Tätigkeit eine volle Zuwendung zur eigenen Tätigkeit aus. Entsprechendes gilt für nicht-gemeinsame Aktionen (Straßenverkehr); auch hier bedarf es an den Punkten, bei denen sich die jeweiligen Kausalverläufe gegenseitig beeinflussen können, einer Arbeitsteilung dahin, daß nicht jeder der Beteiligten alle Beeinflussungsmöglichkeiten kontrollieren muß, sondern nur bestimmte, die aber dann mit ungeteilter Aufmerksamkeit." (JAT, S. 210; 7/53) "Im Ergebnis muß also nicht nur der Unterlassungstäter, sondern auch der Begehungstäter ein Garant sein, wenn er aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt haften soll." (JAT, S. 213; 7/58) "Die Haftung aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt scheidet aus, wenn eine Handlung nur deshalb für einen tatbestandsmäßigen Erfolg ursächlich wird, weil ein Dritter die Handlungsfolgen ohne Gemeinsamkeit mit dem Handelnden erst ins Schädigende umlenkt. Beispiel: Der Schuldner bezahlt seine Schuld, der Gläubiger kauft von dem Geld, wie der Schuldner wußte, eine Waffe und erschießt in gleichfalls vom Schuldner vorausgesehener Weise einen Menschen - keine Beihilfe zur Tötung durch den Schuldner." (JAT, S. 214; 7/59)

"Bei staatlichen Gewaltverhältnissen (Schulpflicht, Wehrpflicht, Haft) gibt es keine Organisationsalternativen. Deshalb werden die Auswirkungen der Organisation auf den

Güterbestand des Unterworfenen teilweise ausgeblendet, und es gilt als Sache des Unterworfenen, sich auf das Gewaltverhältnis einzustellen. Anders wäre die Organisation nicht durchführbar. In diesen Fällen werden ... die Folgen aus dem amtlich zu verantwortenden Bereich ausgeblendet." (JAT S. 828; 29/74)

Jedenfalls als Strafrechtler denkt Jakobs Gesellschaft in abgegrenzten, hierarchisch angeordneten Zuständigkeiten, welche Individuen von Individuen und Organisationen von Organisationen trennen. Verknüpfungen erscheinen als Übergriff (Kompetenzüberschreitung) oder Kontrolle (von oben). Gegenläufige Momente sind vorhanden. Der Wunsch nach Solidarität wird jedoch überlagert und konterkariert von der Angst, unter fremde Herrschaft zu geraten. Kooperation, kooperative Verfügung über Verhältnisse, wechselseitige Hilfe sind als hegemoniale Prinzipien nicht denkbar, sondern werden nur angedeutet. Wenn sich über einzelnen oder Kollektiven "der blaue Himmel" wölbt, verliert sich die Verantwortung im nichts. Neben der jeweiligen Zuständigkeit bleibt Verantwortung ungenannt und unwirksam. So wird gesellschaftliche Entwicklung, die kein einzelner und keine kleine Gruppe mehr steuern kann, zu einem den Menschen entfremdeten Prozeß, obgleich es alle Menschen sind, die ihn herstellen und in ihm hergestellt, aber auch beschädigt oder vernichtet werden. Obgleich alle sehen mögen und handeln könnten, bleiben sie in ihren Zuständigkeiten befangen.

E. Rechtstheorie (1): Wie dominant ist das Motiv der Rechtstreue?

Jakobs' Modell kurz zusammengefaßt, impliziert immer folgende Schritte: (1) Hätte der Täter, wenn die Rechtsnorm dominantes Motiv gewesen wäre, die Handlung vermieden bzw. vermeiden können? (2) Wenn nein, so entfällt der Unrechtstatbestand, (3) wenn ja, so liegt ein Manko an Rechtstreue vor, und es ist (4) die Zuständigkeit für dieses Manko festzustellen. Es geht, ganz explizit, um das Aufrechterhalten kontrafaktischer Erwartungen. *Die Preisgabe einer Norm gilt als Gefährdung des Systems.* Im folgenden geht es, einmal aus einer eher mensch-orientierten Perspektive, dann aus einer gesellschaftstheoretischen, um die Fragen der Normentstehung, -änderung und der nach den Grenzen zwischen Änderung, Preisgabe und Normbruch.

1. Der Wissenschaftler und die Norm

"Optimale Effektivität stellt sich nur ein, wenn das Bestimmtheitsverlangen nur (aber auch) so hoch angesetzt wird, daß es die Praxis kritisiert, ohne sie im großen und ganzen zu desavouieren... Gemessen an dem im BT bei der Tatbeschreibung erreichbaren Standard wären nicht nur weite Teile der Rechtsfolgenbestimmungen verfassungswidrig unbestimmt, sondern auch die hauptsächlichen Vorschriften der Zurechnungslehre des AT." (JAT, S. 64; 4/1)

Das Bestimmtheitsverlangen ist, auch wenn an dieser Stelle nicht so benannt, auch im Jakobsschen Sinne eine Rechts-Norm. Da das Bestimmtheitsverlangen die Praxis nicht kritisieren kann, wird man den Theoretiker, Wissenschaftler als Kritiker einsetzen. Dieser verhält sich "kognitiv": er kalkuliert mit Blick auf "optimale Effektivität" und gibt die Norm Preis.

2. Die Justizpraxis und die Norm

"Da es nicht tolerabel ist, die Intensität von Delinquenz durch Nachsicht zu honorieren, bleiben die Erschwernisse der Rechtsbefolgung, die Vortaten mit sich bringen mögen, Sache des Täters, mindern also die Schuld nicht. Nicht das Faktum der psychischen Verfassung des Täters interessiert, sondern die Zuständigkeit für das faktisch bei intensiver Delinquenz nun einmal erhebliche Manko an Rechtstreue. Das läßt sich erst ändern, wenn andere Möglichkeiten zur Abarbeitung intensiver Delinquenz effektiv zur Verfügung stehen." (JAT, S. 486 f.; 17/26)

Der letzte Satz dieser Passage verweist auf einen Änderungswunsch. Der erste Satz impliziert, daß Strafe ein Honorar für die Intensität von Delinquenz ist und es außer der Alternative "Nachsicht" keinen Ersatz gibt, was mit dem Änderungswunsch korrespondiert, der mangels Alternative nicht zu befriedigen ist. "Ist nicht tolerabel" bezieht sich auf kognitive Aspekte, nicht normative. Das Manko an Rechtstreue scheint nicht zur psychischen Verfassung zu zählen. Das "faktisch" hat für den Sinn des Satzes auf den ersten Blick keine rechte Funktion, denn was sollte bedeuten: "für das normativ erhebliche Manko an Rechtstreue"? Man muß das "faktisch" wohl verschieben. "Faktisch ist es nicht tolerabel", so bleibt uns nichts anderes übrig, als den faktischen Zustand des Täters ignorierend ihn "normativ" für schuldig zu halten, als schuldig darzustellen. Nun entgegnet diese Passage auf Argumente, die, gestützt auf den Wortlaut des § 20 und den Grundgedanken bei Schuld ("Schuldprinzip"), also normativ, einen axiologischen Widerspruch behaupten. Dem entgegnet Jakobs kognitiv,

d.h. er begründet nicht aus der Norm, sondern begründet seine Interpretation der Norm faktisch⁶³. Das "nun einmal" hat fast entschuldigenden Charakter.

"Sozialisationsdefekte können einen Täter nur entlasten, wenn bessere Sozialisationsbedingungen verfügbar sind oder die Sozialisation des Täters als 'Ausreißer' im verfügbaren System definiert ist. Andernfalls würde die Definition der Vita des Täters als Fehler die ganze Ordnung in Frage stellen: Die Schuldmindering würde die Instanz desavouieren, die mindert; das System wäre in sich widersprüchlich." (JAT, S. 487; 7/28)

Während - sub specie Normdominanz - die Normdesavouierung vermieden werden muß, wird hier die "Instanz" das Objekt, das desavouiert zu werden droht. Die Entlastung bei Sozialisationsdefekten wird von faktischen Gegebenheiten abhängig gemacht, ist also nicht normativ gesteuert. Der Übergang von einer normativen zu einer faktischen Orientierung verläuft über das Wort "Ordnung": dieses hat zwei Bedeutungen, nämlich einmal "das normative System" und zum anderen "das faktische gesellschaftliche System", was durch "verfügbar" verdunkelt wird. Da auch existentielle Notlagen nach Jakobs nicht entschuldigen, bedürfte das Kongruentmachen von Normativem und Faktischem System der besonderen Begründung. Die Kongruenz wird durch Aufgabe des Normativen Systems erreicht. Der Vorgang wird verdunkelt, weil die Sozialisationsdefekte als faktisch gegeben unterstellt sind (im ersten Satz), es also weniger um eine "Definition" als vielmehr eine Feststellung geht, ob die vita des Täters ein Symptom für Fehler im System ist. Es müßte umgekehrt heißen: weil festzustellen ist, daß die vita ein Fehler war, muß man die vita als systemkongruent definieren. Wenn die Anerkennung eines Faktums die Instanz desavouiert, so heißt das soviel, daß der Widerspruch zwischen Sein und Sollen öffentlich würde und daß die Instanz als Teil der Ordnung für diesen Widerspruch zuständig ist. Das Gesamtsystem (als Einheit von "Faktischem" und "Normativem System") ist widersprüchlich, und dieser Widerspruch soll nicht offenbar werden.

"...Dem totalitären, zivilisationsverleugnenden Staat wird die Rechtsquellenlehre gewaltentcilender zivilisierter Staaten übergestülpt, als sei diese überpositiv gültig. Was dabei herauskommt, kann nur dann als geltendes Recht bezeichnet werden, wenn die Geltung von dem, was im großen und ganzen praktiziert wird, restlos abgekoppelt wird. Daß der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit diese ideale, durch Praxis nicht derogierbare Geltung meint, ist bislang nicht begründet worden." (JAT S 69; FN 23)

Zwar befinden sich die letzten Sätze in einer Fußnote. Was als "überpositiv gültig" angenommen wird, sozusagen Interpretationsfolie auch im Kontext der jetzigen Ordnung, ist die Annahme, Normgeltung hänge von dem ab, was im großen und ganzen praktiziert wird, Praxis könne Geltung "derogieren". Wie

⁶³ eine weiteres Beispiel für die Sein-Sollen-Vermischung, s. o.0, 06, 6

noch zu zeigen sein wird, heißt Praxis hier weder "allgemeine gesellschaftliche Praxis" noch lediglich "Justizpraxis".

"Schließlich wird vorgeschlagen, die Nichtbestrafung in der nationalsozialistischen Zeit, soweit sie auf Führerbefehlen o.ä. beruht, als nur faktische Aufhebung der Strafbarkeit zu definieren, die nunmehr, wie bei einer Änderung der Rechtsprechung, durch andere Handhabung rückwirkend annulliert werden könne. Aber auch diese Differenzierung zwischen Norm und Handhabung operiert mit Kategorien, die der totalitäre Staat so nicht kennt. Zudem paßt die Parallele zur Rechtsprechungsänderung nicht, weil die Nichtverfolgung der Gewalttaten in der nationalsozialistischen Zeit gerade kein Verhalten bei grundsätzlicher Anerkennung der in der Weimarer Zeit und heute geltenden Normen war, sondern Vollzug einer anderen Ordnung." (JAT S. 69; FN 23)

Wenn eine andere Ordnung vollzogen wird, wobei Ordnung hier ebenso mehrdeutig ist wie im vorhergehenden Zitat, so tritt an Stelle "grundsätzlicher Anerkennung" eine oberflächliche Anerkennung. Die Vollzieher dieser Ordnung bleiben im Dunkeln, denn irgendwie muß die "grundsätzliche Anerkennung" durch die Praxis (welche?) aufgehoben, die Geltung "derogiert" worden sein. Waren die Täter bei diesem Vorgang Straftäter - jedenfalls bis die grundsätzliche Anerkennung verschwunden war?

"Ergebnis: Der Grundsatz der Gesetzesbindung paßt nur bei einer kontinuierlichen Ordnung... Die Funktion des statt dessen gewählten Auswegs dürfte darin liegen, daß bei ihm der politische, scil. legalisierte Anteil am kriminellen Verhalten nicht artikuliert wird und dementsprechend das Kriminell-Werden als Privatangelegenheit der Täter definiert werden kann." (JAT, S. 69 FN 23; 19/9)

Speziell zum Unrechtsbewußtsein heißt es:

"In dem Maß, in dem der Täter besondere Gründe dafür vorbringen kann, daß ihm die Unrechtseinsicht - durch partiell fremde Sozialisation - erschwert ist, kann der Irrtum entlasten, ansonsten nicht. Ein Anwendungsfall der Entlastung liegt in der Möglichkeit, bei Unrechtstaten zur Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft die Verführungen und Stützungen durch diese Herrschaft - bis hin zur Behandlung der Taten als legalisiert - dem Unrechtsregime anzulasten; der Täter hat dann unter sozialen Bedingungen gehandelt, die zur Kenntnis der Rechtswidrigkeit belassen haben mögen, aber die Einsicht in die Bedeutung des Normbruchs erschwert haben... Diese partielle Verschiebung von Verantwortung setzt freilich eine Distanz zur nationalsozialistischen Herrschaft voraus, die es ermöglicht, die Zwänge dieses Systems von den Trägern (oder doch den untergeordneten Trägern) der Herrschaft im System zu trennen." (JAT, S. 546; 19/9)

"Das Unrechtsregime" wird zu einem metamenschlichen Subjekt wie auch die nationalsozialistische Herrschaft, erst die Einschränkung "(oder doch den untergeordneten Trägern)" nimmt dies - in Klammern - zurück. Das Changieren des Begriffs "Unrechtsbewußtsein" zwischen Kenntnis und Einsicht wird hier benutzt, jedoch mit einer bemerkenswerten Verschiebung: es geht nicht um die Bedeutung der Norm, sondern um die Bedeutung des Normbruchs, nicht also eigentlich um die Differenzierung zwischen Unrechtskenntnis und Unrechtsein-

sicht. Abzustellen auf die Bedeutung des Normbruchs könnte bedeuten, daß der Bruch der gekannten und einsichtigen Norm keine Strafe nach sich gezogen habe, sondern von "höherer Stelle" gebilligt werde. Befremdend ist auch die Rede von "fremder Sozialisation". Während Jakobs an anderer Stelle der kompletten Entlastung der "kleinen Rädchen" widerspricht, wird hier suggeriert, die jeweiligen Täter hätten die Sozialisation im Faschismus nur passiv erlitten und seien vergesellschaftet worden, im Gegensatz zu "sich vergesellschaften", was den eigenen Anteil, die eigene Aktivität betont. Für die Jetztzeit wählt Jakobs, wie zuvor gezeigt, den Ausweg, den er für die Vergangenheit ablehnt: Das Kriminell-Werden der Täter mit Sozialisationsdefekten, die auf Defekte in der Sozialstruktur verweisen, werden als Privatangelegenheit der Täter definiert. Eine bemerkenswerte Verschiebung in der Zeit, die aber tendenziell der Struktur folgt, die für die Vergangenheit gegolten hat. *Kriminellwerden soll nicht als öffentliche Angelegenheit verstanden werden. Das ist ein epochenübergreifender Grundsatz.*

3. Wie wird die Regelmäßigkeit zur Regel?

Gewohnheitsrecht scheidet, zumal für die Begründung der Strafbarkeit, aus, weil nicht von einer "möglichst unvermittelt demokratisch legitimierten Instanz gesetzt" (JAT, S. 73; 4/12); auch sonst lehnt Jakobs Gewohnheit - prima facie - als Legitimationsgrund weitgehend ab:

"Was den Grundsatz der Gesetzesbindung angeht, so kann er per Gewohnheitsrecht nie umgangen werden, da der Bruch rechtsstaatlicher Grundsätze auch dann nicht Recht wird, wenn er langer Übung gemäß und optima fide erfolgt. ... Das gesetzliche System, nicht die Gewohnheit bestimmt den Inhalt von Zurechnung. Nur in Bereichen, in denen das System selbst auf Gewohnheit verweist, insbesondere beim erlaubten Risiko mit historischer Legitimation und bei weiteren Ausprägungen der Sozialadäquanz, kann die in Rechtsüberzeugung gewonnene Gewohnheit zur Rechtslegitimation erforderlich sein; so mögen etwa in Befolgung von Fastnachtsbräuchen oder sonstigen Volksbräuchen begangene bagatelhafte Tatbestandsverwirklichungen gewohnheitsrechtlich gerechtfertigt sein." (JAT, S. 90; 4/46 u. 47)

Es fällt auf, daß es nicht heißt, "wo das Gesetz selbst auf Gewohnheit verweist" (was es nur beim gewohnheitsmäßigen Begehen von Straftaten tut?), sondern das System als Akteur fungiert. Die an dieser Stelle angeführten Beispiele für Sozialadäquanz als Rechtfertigung sind in der Tat bagatelhaft. (JAT, S. 384; 12/11) Lesen wir dies im Lichte unserer jetzigen Fragestellung, so rangiert die Dominanz der Organe und die Klarheit ihrer Kompetenz (was hier nicht im Sinne von "Eignung" zu lesen ist) vor der Geltung der Norm, die Zweifel in einer Fußnote vermerkt. *Die Dominanz des politischen Systems über*

die Norm wird für die gegenwärtige Ordnung bestätigt. Nicht Normgeltung ist das leitende Prinzip.

Im Kontext mit der Behandlung der Kriterien für "Zumutbarkeit" heißt es:

"Der anzulegende Maßstab richtet sich nach dem Grund, aus dem der Täter in eine Lage geraten ist, in der bei psychologischer Betrachtung Normbefolgung erschwert ist. Die Zuständigkeit des Täters für den Grund der Erschwerung kann sich zunächst... aus den Bestandsbedingungen von Institutionen ergeben: Kann eine notwendige Institution nur garantiert werden, wenn die mit ihr verbundenen Erschwerungen der Normbefolgung nicht berücksichtigt werden, so werden die Erschwerungen als Angelegenheit des jeweiligen Täters definiert." (JAT, S. 510; 17/71)

Die vom Gesetz vorgegebene Scheidung der Frage nach der Schuldfähigkeit, die jeder Debatte über die Schuld vorgelagert ist, deren Feststellung die Anwendung der §§ 35, 46 ff. voraussetzt, wird hier mit letzterer identifiziert. Dabei wäre, dem Gedanken des § 35 folgend, es zutreffender, wenn man sagte: "sind Angelegenheit des Täters" anstatt "definiert". Denn in diesen Fällen ist die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit bejaht und damit die Entscheidungsfreiheit auch in einer zugespitzten Konfliktlage gegeben. Daher trifft hier der Begriff der "Entschuldigung", der Schuld voraussetzt, während er für den § 20 fehl am Platze ist. Und für eine Entschuldigung braucht man "gute Gründe": In diesen Fällen ist vom Gesetz, im Gegensatz zu § 20, eine psychologisierende Betrachtung gar nicht vorgesehen. Warum der Täter, "der in eine Lage geraten ist", die Kosten einer Institution tragen soll, wird implizit mit dem "notwendig" begründet. Wenn sie notwendig ist, heißt das, wenn sie nützlich ist, wird man die Kosten für sie aufbringen. Steht der Nutzen in Frage, ist die Notwendigkeit zweifelhaft, wird man es eher lassen. Und der praktische Nutzen ist nur bei einer intakten Institution garantiert, was wiederum davon abhängt, ob der Akteur "seine Rolle richtig spielt" (JAT, S. 42; 2/17). Untergründig läßt sich also auch hier das Schema der "Desavouierung der Institution" entdecken: die Notwendigkeit wird in Frage gestellt, und diese Frage soll "unfragt" (unquestioned) werden. Eine notwendige Institution muß in sich normtreu funktionieren und muß die Regeln, nach denen sie "Beiträge verlangen" oder "Lasten auferlegen" kann, befolgen.

"Meint der Täter, eine Norm sei wegen Verstoßes gegen 'höheres Recht' ungültig, so hindert das seine Unrechtseinsicht nur, wenn der Täter zugleich davon ausgeht, daß die zur Entscheidung über die Gültigkeit berufenen Stellen ebenso erkennen werden (nicht nur ebenso erkennen müßten). Weil 'Strafgesetze ... kein Eigenleben führen, ist ihre Auslegung und ständige Anwendungspraxis durch die dazu berufenen Gerichte maßgebend' Fn 41 (BGH 15, 156 ff., 158) beim Parallelproblem der Bindung der StA an die hrR" (JAT, S. 553; 19/25)

Der Vorrang der "berufenen Stellen" impliziert, daß eine "Unterhöhung der Norm" durch diese keine "Desavouierung" der Norm ist. Der Hinweis, daß

"Strafgesetze kein Eigenleben führen" - das wird sonst nicht so ernst genommen -, wird benutzt, um die Norm als Orientierungspunkt zu ersetzen⁶⁴.

Die Derogierung einer Norm durch die Praxis ist etwas anderes als Desavouierung. Die Norm wird den "berufenen" Gerichten zur Verfügung gestellt, der Täter nicht an die Norm, sondern an die Gerichte gebunden. Konsequenz wäre es, eine Verpflichtung zur Information und zum Nachdenken zu begründen. Mit der Gehorsamspflicht jedoch tritt das Prinzip der Autorität im formellen Sinne an die Stelle der Autorität im materiellen Sinne: das Risiko der fehlschlagenden Überzeugung des Täters durch die "berufenen Stellen" wird dem Täter allein aufgebürdet.

"Bei staatlichen Gewaltverhältnissen (Schulpflicht, Wehrpflicht, Haft) gibt es keine Organisationsalternativen. Deshalb werden die Auswirkungen der Organisation auf den Güterbestand des Unterworfenen teilweise ausgeblendet, und es gilt als Sache des Unterworfenen, sich auf das Gewaltverhältnis einzustellen. Anders wäre die Organisation nicht durchführbar." (JAT, S. 682; 29/74)

Das, was Medium der Durchführung ist, die Organisation, wird hier etwas, was durchgeführt wird. Schule, Militär und Gefängnis sind Institutionen. Im ersten Satz scheint dies noch klar: das Gewaltverhältnis (= Institution) kann nur in der gegebenen Organisationsform existieren. Warum aber heißt es dann nicht: "Die Kosten dafür werden teilweise dem Unterworfenen auferlegt."? "Ausblenden" ist ein Wort aus der Medienwelt (Film/Photo/Ton): etwas aus dem Blick-/Hörfeld nehmen, dem Empfänger den Fortgang unzugänglich machen. Auch frage ich, warum es nicht heißt: "es ist Sache". Das "gilt" verleitet zur Annahme, in der Realität sei es nicht so. Beide Halbsätze legen nahe, ein falsches Bild zu schaffen derart, daß real eintretende Konsequenzen nicht zur Kenntnis genommen werden sollen: Schäden und Kosten der Institutionen. Die Ersetzung von Institution zunächst durch "Gewaltverhältnis" und dann durch "Organisation" betont eine "realistische" Orientierung, weil der Organisationsbegriff überwiegend faktisch benutzt wird und "Gewaltverhältnis" auch den normativen Charakter von "Institution" zurücknimmt. Diese Stelle zwingt uns also nicht von der Behauptung abzugehen, Jakobs bezeichne mit Organisation die faktische Form. Seine Verwendung suggeriert etwas Notwendiges, um mögliche Alternativen nicht ins Spiel bringen zu müssen, d.h. eine normativ fällige Entscheidung als faktische Nicht-Entscheidungsmöglichkeit darzustellen. Auch darin liegt ein

⁶⁴ Die Lösung kann wohl nur sein, nach den Gründen zu fragen, warum die "berufenen Gerichte" anders entscheiden, nicht nach dem Fakt der Entscheidung, denn das hieße, daß Gewöhnung (in der Rechtsprechung) an Stelle der Begründung treten darf. Nicht die Qualität der sozialen, hierarchischen Position des Auskunftgebenden/Entscheidungen, sondern die Qualität seiner Argumente, ihre Stichhaltigkeit und Überzeugungskraft, kann als Kriterium dienen.

Dominanzwechsel: die Ziele der Institution werden zur Disposition gestellt, die Ziele aber sind das Normative. Unter dem Selbstreflexionsaspekt ist es möglicherweise als die Weigerung zu lesen, über Alternativen zur Freiheitsstrafe nachzudenken, obgleich eben nur solche Alternativen (vielleicht) helfen könnten, Strafzwecke zu realisieren.

"Eine Garantenpflicht zur Verhinderung vorsätzlicher Selbstverletzungen eines verantwortlichen Gewaltunterworfenen besteht nicht, auch nicht, wenn die Unterworfenheit der Grund der Selbstverletzung (insbesondere des Suizids) ist." (JAT, S. 829; 29/75)

Ich denke dabei an die oft greulichen Selbstverletzungen (Schlucken von Rasierklingen z.B.) und zweifle, ob das Ausblenden des Grundes noch mit Art. 1,2 GG und hier auch mit dem StVollzG vereinbar ist.

"Ausblenden" ist nur in der "normativen Welt" und dort nur solange sinnvoll, wie man es so darstellen will, als funktioniere die reale Welt so, wie es die Norm vorgibt; unter Geltung des Realitätsprinzips betrachten wir Ausblenden als schädlich. Die strikte Arbeitsteilung zwischen Organisationen wird betont, und die Möglichkeit von "Löchern" im Netz der staatlichen Zuständigkeiten liegt auf der Hand, Löcher, die im Netz der individuellen Zuständigkeiten keineswegs entlasten.

4. Die Macht der Gewohnheit und das normative Moment

a. Schädlichkeit und Auffälligkeit

Wenn es zur Differenzierung im Verbrechensaufbau zwischen Tatbestand und Rechtfertigung heißt, der Tatbestand sei nicht erfüllt, wenn ohne Blick auf den sozialen Zusammenhang kein Unrecht gegeben sei, im Falle der Rechtfertigung nur wegen des Blickes auf soziale Zusammenhänge, so kann man, eine weite Fassung des Begriffes "sozial" vorausgesetzt, sicherlich Übereinstimmung erzielen. Dann jedoch heißt es: "Rechtfertigung kann das Unrecht, nicht aber die soziale Auffälligkeit des Geschehens beseitigen." (JAT, S. 158; 6/58) Damit gewinnt die obige Aussage durch die Verknüpfung von "sozial" mit "Auffälligkeit" eine andere Färbung. Es fragt sich nämlich, ob nicht Schaden und Verlust an materiellen Gütern damit ausgeblendet werden. Wenn etwas "sozial nicht auffällig" ist, so scheint die Tatbestandsmäßigkeit zu entfallen. Soziale Auffälligkeit ist hier wohl i.S. statistischer Abweichung zu verstehen. Da Jakobs grundsätzlich Gewöhnung nicht als Begründung ansieht, eine Norm aufzugeben (s.o.), wird man untersuchen, was eine normativ gute von schlechter Gewohnheit unterscheidet. Denn Aufgabe des Strafrechts ist es gerade, gegen schlechte Gewohnheiten kontrafaktisch Erwartungen aufrechtzuerhalten.

b. Sozialadäquanz

"Sozialadäquanz", wozu er erlaubtes Risiko, Vertrauensgrundsatz, garantenbezogene Begehung und Regreßverbot rechnet, begründet Jakobs wie folgt:

"(Es) geht es um den Zweck des Strafrechts, Erwartenssicherheit zu gewährleisten. Aus diesem Regelungszweck ergibt sich, daß sozialadäquates Verhalten aus dem Kreis zurechenbaren Verhaltens hinausfällt." (JAT, S. 184 f., 7/4b)

Hier wird der Zweck des Strafrechts nicht mit Normstabilisierung angegeben und dies wiederum mit "Erwartenssicherheit" begründet, sondern Erwartenssicherheit wird hier, im Zweifel doch im kognitiven Sinne, als Zweck angegeben. Damit wäre abermals die Normbefolgung als "dominantes Motiv" von ihrer führenden Position gestürzt. Jakobs gelangt dahin, indem er zunächst den Rechtsgutsbegriff funktional bestimmt, dann das Strafrechtsgut als weitere Stufe darübersetzt. Der zunächst erhaltene Konnex zu den physio-psycho-sozialen, als Rechtsgut betrachteten Funktionskreisen (JAT S. 36; 2/5; S. 42; 2/15; S. 200) wird mit der Bestimmung der Tatbestandsmäßigkeit als "sozialer Auffälligkeit" aufgetrennt; "sozialadäquat" schließt eine Gewöhnung an massenhafte Schädigung nicht aus.

Weniger bagatelhaft als die oben erwähnten Übergriffe im Rahmen des Karnevals usw. ist das "erlaubte Risiko", besonders das "kraft historischer Legitimation" erlaubte:

"Die Entlastung von Verantwortung für bestimmte Folgen macht dann nicht nur die Palette fremden Verhaltens reichhaltiger, sondern auch die Zahl der Handlungen, aus der jeder selbst wählen kann, ohne sich falsch zu verhalten, und ermöglicht deshalb, wenn eine riskante Wahl getroffen wird, die Erledigung durch Zurechnung zum Opfer selbst. Die Begründung des erlaubten Risikos ist insoweit der Interessenabwägung beim Notstand verwandt... der technische Standard bestimmt das Übliche oder Bestmögliche, erledigt aber das Bewertungsproblem nicht." (JAT, S. 163; 7/35)

Wenn es ein Bewertungsproblem gibt, so ist die adäquate Stufe die Rechtfertigung: denn der entstandene Schaden ist - prima facie - sozial auffällig, jedenfalls ist solche Schädigung volkswirtschaftlich bedenklich und daher der Aufmerksamkeit bedürftig.

"Bei der überwiegenden Zahl heute allgemein als erlaubt anerkannter Risiken kann eine solche Kosten-Nutzen-Saldierung jedoch nicht geleistet werden, und zwar trotz genauer Prognosen über die Risikohöhe... Die Saldierung ist ausgeschlossen, weil ein hinreichend konkretes und zugleich verbindliches Gesellschaftsmodell fehlt, an dem Abweichungen nach Art und Maß bestimmt werden könnten. Was z.B. der Nutzen des nicht-gewerblichen Anteils am Straßenverkehr ist, kann nicht durch Vergleich mit einer fiktiven Gesellschaft ohne nicht-gewerblichen Straßenverkehr ermittelt werden, da es an der erforderlichen Vorab-Bestimmung von legitimen Gesellschaftsgestalten fehlt, an denen die Differenz erst als positiv oder negativ bestimmt werden könnte. Deshalb tritt neben das erlaubte Risiko per Risikoabwägung ein erlaubtes Risiko per 'historischer Legitimation'...

(JAT, S. 201; 7/36) Wenn ein Verhalten zwar Güter schädigt, aber trotzdem nicht enttäuscht, weil nämlich seine Akzeptation Gewohnheit geworden ist, so ist dies nur bei einem 'polizeilichen' Blick auf die Sicherheit der Güter ein Widerspruch... (7/37) So ist z.B. die Zahl der Tötungen und Verletzungen im Straßenverkehr an einem bestimmten Feiertag schon mit laienhaftem statistischem Material ex ante einigermaßen genau prognostizierbar; wären jedoch auch die potentiellen Opfer ähnlich genau persönlich zu benennen und nicht ex ante anonym, so wäre nicht einmal rechtfertigender Notstand diskutabel, viel weniger noch die Tötung und die Verletzung im erlaubten Risiko." (JAT, S. 201 f.; 7/36)

Wieso die Anonymität einen guten Grund dafür abgibt, in dem Tod einer Person keine Rechtsgutsverletzung zu sehen, bleibt, besonders mit Sicht auf den error in objecto, ganz dunkel. Und warum gilt das nicht auch für den Heroin-Dealer? Genaugenommen müßte Jakobs mit der Unbestimmtheit, wer es sein werde, argumentieren. Jedoch: wenn jemand Apfelsinen in Läden mittels Injektion von Gift auf die todbringende Reise zu ebenso anonymen wie unbestimmten Käufern schickt, würde er bestimmt nicht deswegen Straflosigkeit bejahen. Auch der Groß-Dealer mit Heroin, der Pharmaproduzent, der ein Medikament mit potentiell tödlicher Nebenwirkung auf den Markt bringt, wissen ex ante nicht, wen es trifft, weder die Personen noch ihre Namen. Daß Jakobs hier von "anonym" spricht, erscheint aus dieser Sicht eine Fehlleistung, die das Unbehagen über die eigene Argumentation signalisiert. Was vorher unterschieden, aber nicht entgegengesetzt war, wird zum contrarium: strafrechtlicher und polizeilicher Blick.

c. Das erlaubte Risiko als Tatbestandsmerkmal

"Die Überschreitung des erlaubten Risikos ist eine positive Voraussetzung des Unrechts, nicht etwa ist die Einhaltung des erlaubten Risikos ein Rechtfertigungsgrund." (JAT S. 201; 7/39)

Hinsichtlich des Kfz-Produzenten heißt es:

"Erst bei einer Risiküberschreitung (schlechte Bremsen) werden Fragen nach Vorsatz, Fahrlässigkeit und ggf. einem rechtfertigendem Kontext strafrechtlich relevant. (7/39) ...wobei die Problematik mit der Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit allerdings nichts zu tun hat, da ein erlaubtes Risiko nicht dadurch verboten wird, daß der Täter sich die Erfolgchance vergegenwärtigt und nicht unverboden dadurch, daß er nicht an sie denkt." (JAT, S. 202; 7/40)

Es wäre in der Tat ungerecht, denjenigen, der daran denkt, schlechter zu stellen als den, der nicht daran denkt. Aber das löst nicht das Problem, ob nicht und an welcher Stelle das Nachdenken der für Verkehrspolitik, Automobilproduktion und -vermarktung etc. Zuständigen einzusetzen hätte. Straßenverkehr ist, im Gegensatz jedenfalls zu den früheren Naturkatastrophen, ein menschengemachtes Werk. Während man sich auf schlechte soziale

Verhältnisse, sofern sie weitverbreitet sind, nicht soll berufen können, kann man sich umgekehrt ohne noch etwas sozial Auffälliges zu entdecken, von einem schlechten Umgang mit der Natur, die Menschen eingeschlossen schon auf der Ebene der Wahrnehmung entlasten, wenn dieser nur weit genug verbreitet ist. Im Bereich sozialer Ungleichheit wirkt nur die Ausnahme von der statistischen Regelmäßigkeit entlastend (im Schuldbereich), im Bereich der Schädigung von Leib und Leben sowie Sachen von bedeutendem Wert belastend.

Die Grenze zwischen "erlaubtem Risiko" und "rechtfertigendem Notstand" ist identisch mit der zwischen Tatbestand und Rechtfertigung:

"Was ohne Blick auf den Kontext nicht enttäuscht, erfüllt schon nicht einen Tatbestand. Es geht beim erlaubten Risiko darum, daß bestimmte Handlungen schon nach ihrer äußeren Gestalt nicht enttäuschen, weil ihre Akzeptation zur Erhaltung der Möglichkeit von sozialem Kontakt nötig oder aber gewöhnlich ist." (JAT, S. 203; 7/41)

Aber die gewöhnlichen und daher massiv, weil massenhaft schädigenden Handlungen werden, einer präsumtiven Notwendigkeit und, ohne Differenzierung, Gewöhnung folgend, der Debatte, die § 34 notwendig macht, entzogen.

Die Leugnung von Verlusten am materiellen Reichtum der Gesellschaft, an Gesundheit und Sachwerten, setzt sich fort in der Behandlung der Einwilligung als tatbestandsausschließend: die gewollte Körperverletzung ist keine Körperverletzung, der mit Willen des Eigentümers gefällte Baum ist nicht zerstört. Eine Differenz im Subjekt, ein Konflikt des Einwilligenden, kann auf diese Weise nicht mehr thematisiert werden. Der Strafprozeß kann damit noch weniger ein Forum für die Verständigung über Normen sein, über die Gründe, warum es sie gibt und warum sie verletzt werden. Der Respekt vor dem Zuständigkeits-/Herrschaftsbereich eines Menschen erweist sich als Kommunikationsverweigerung. Denn man muß den Täter nicht bestrafen, wenn er wissen soll, daß er etwas zerstört hat. Aber das Wissen darum zu blockieren, ist eine letztlich der "Rechtstreue" zuwiderlaufende Handlung, sofern Recht an Güter gebunden bleiben soll.

d. Ubiquitär aufgezwungene unerlaubte Risiken

"Im Alltag werden dem Subjekt diese unerlaubten Risiken ubiquitär aufgezwungen, und wenn es lernt, sie wegen der Vorteile sozialen Kontakts zu tolerieren, verlernt es damit zugleich, daß sie schon ihres, wenn auch geringen, Erfolgsbezugs wegen zu meiden sein sollen. ... Wenn aber die Risikogewöhnung Folge eines praktisch unumgehbaren Verhaltens ist, also insbesondere Folge rechtmäßiger Teilnahme am Straßenverkehr, dann liegt ihr Grund nicht im Verantwortungsbereich des Täters und eine Normativierung ist ausgeschlossen." (JAT, S. 277 f.; 8/31)

Warum wird die Frage nach der Zuständigkeit nicht auch hier gestellt? Wenn die Entlastung für den sich jenseits des erlaubten Risikos bewegenden Fahrer - wegen seiner Unzuständigkeit (nicht im Verantwortungsbereich) - erfolgt, müßte die Erwägung angestellt werden, ob andere, für Verkehrspolitik und -planung tätige Menschen zuständig sind, zumal da von Jakobs auch vom konkreten Geschehen entfernte, planende und gestaltende Akte auf höherer Ebene als Grund für Tatherrschaft, d.h. Täterschaft angesehen werden (JAT S. 621; 21/50). "Aufzwingen" setzt die Existenz eines Subjekts voraus, die Passivform macht es jedoch nicht evident erforderlich, es zu suchen. (ähnlich JAT, S. 324; 9/15)

Hier "müssen Risiken hingenommen werden", die Adjektivform "aufgedrängt" läßt die Frage ungestellt, wer drängt auf? Eine subjektlose Maschinerie? *Im Bereich von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit gibt es Ereignisse, für die sich ein Zuständiger nicht entdecken läßt, während diese Frage im Bereich der Schuld (wo sie m.E. viel eher berechtigt ist) mit der rhetorischen Frage "wer sonst sollte zuständig" sein, ebenfalls ohne Erörterung bejaht wird.*

e. Zusammenfassung

Das "Motiv der Rechtstreue" dominiert bei Jakobs nicht.

Es tritt hinter die Sicherung der "hierarchischen Ordnung" zurück. Die Norm gilt als autoritativ interpretierte, das Leugnen von Tatsachen zur Stabilisierung der "Instanz" wird gebilligt. Gesellschaftlich dominierende Interessen in ihrer praktischen Durchsetzung sind legitimiert, Gewohnheiten zu stiften, die dem strafrechtlichen Nachdenken und insbesondere dem strafjustiziellen Prozedere entzogen werden. Damit wird eine "systemische Pathologie", das heißt eine Abweichung des Systems von seinen normativen Prämissen, unerkennbar.

F. Rechtstheorie (2): Wie eine Norm entsteht, verändert wird und untergeht

Wir haben zwei Bereiche entdeckt, in denen Normen gebrochen, damit jedoch nicht desavouiert, sondern derogiert oder bereichsspezifisch aufgegeben werden. Unter der Perspektive des demokratisch legitimierten Strafgesetzes kann der Normbruch kein legitimer Weg der Rechtspolitik sein: Durch Normbruch oder verbales Bestreiten der Normgeltung, durch Kundgebung des Wunsches zum Normbruch oder einer entsprechenden Absicht braucht in einer Demokratie Innovation nicht befördert zu werden. Andererseits glaubt niemand so recht daran. Aushandeln der Normgeltung, Ignorieren oder Legitimieren von

Normbrüchen sind wesentliche Momente und Rechtspolitik nimmt sie auf und legitimiert explizit. Daß Jakobs von seinem Programm "Rechtstreue als dominantes Motiv" abrückt, kann man als Wahrnehmung einer rechtspolitischen Option lesen. Daher soll jetzt untersucht werden, wie die Unterschiede zwischen "Desavouierung" von Normgeltung, "Derogierung" und Außerkraftsetzung kraft Gewöhnung aussehen und wo die Grenzen dazwischen verlaufen - verbunden mit der Frage, ob die Anforderungen an eine rationale Rechtspolitik dabei bedacht und als eingelöst betrachtet werden können. Anders ausgedrückt: Könnte Jakobs sein System retten, indem er gesellschaftlichen Wandel auch durch Normbruch legitimiert, soweit er rationalen und demokratischen Prinzipien folgt und damit gleichsam überstrafrechtliche Normen in Anspruch nimmt? Anzuknüpfen ist dabei auch an die eingangs gestellte Frage, warum der Tat explizit nur eine mögliche Bedeutung beigemessen wird, andere, auf Innovation oder Unfähigkeit zur Normbefolgung zielende nicht in Betracht gezogen werden. Schließlich werden wir einen Blick darauf werfen müssen, ob und wie Jakobs den Prozeß der legitimen Normproduktion beschreibt.

1. Desavouierung der Norm und die Vermeidung des Duells

Das Wort "desavouieren" wird häufig gebraucht, jedoch nicht definiert. "Desavouieren" ist kein gängiges Wort. Das französische "desavouer" heißt auch verurteilen, mißbilligen. Im Deutschen sind jedoch eher die - auch im Französischen gegebenen - Bedeutungen "bloßstellen", "im Stich lassen" geläufig. Auch "leugnen" gehört noch zum Bedeutungsumfang. Die Frage ist, ob das Wort im Sinne des bloßen Leugnens, im Stich Lassens oder Mißbilligens benutzt wird oder ob die Komponente des "Bloßstellens" mitgedacht ist. Soweit das Objekt der Desavouierung die Normgeltung ist, könnte man ersteres noch annehmen, wengleich die "positive Generalprävention" auf die Öffentlichkeit zielt, mithin die geheime Infragestellung der Normgeltung nicht reicht.

In den Wendungen "die Praxis desavouieren" (JAT, S. 64; 4/1) bzw. "die Instanz desavouieren" (JAT, S. 467; 17/28) ist das Objekt nicht Norm noch Normgeltung. *In diesen beiden Fällen wird die Wahrheit der Rettung des Ansehens geopfert, die faktischen Verhältnisse öffentlich geleugnet, jedenfalls der Widerspruch zwischen Sein und Sollen bagatellisiert: die Komponente des "Bloßstellens" ist damit im Bedeutungsgehalt enthalten.*

Was bedeutet dann "Normgeltung desavouieren"? In dem Sinne, wie es bei "Instanz" und "Praxis" gebraucht wird, hieße es: *die Norm gilt nicht mehr, das soll nur niemand wissen.* Was ist die Ehre der Norm?

Die Strafnormen sind explizit der Inbegriff von Gesellschaft, ihre Identität bzw. wesentlicher Teil, sie repräsentieren das unerläßliche Minimum an

Erwartungen, deren man sicher sein muß, die notwendigsten, unverzichtbaren Institutionen: dies kann man als eine "Ehrerklärung" betrachten. Die "Kompetenz Normgeltung zu desavouieren" ist also gleichsam die Satisfaktionsfähigkeit des Täters. Die Interpretation "bloßstellen" wird auch gestützt dadurch, daß Jakobs das Wort "revozieren" (*JAT*, S. 749; 26/15) für den gegenteiligen Vorgang benutzt, um die Grenze von beendetem zu unbeendetem Versuch zu ziehen. Für den Versuch der Beteiligung im Wege des Sich-bereit-Erklärens:

"Auch das Maß der Desavouierung der Norm ist bei der Erklärung eines 'Alleingangs', der von einer Anstiftung unabhängig ist, nicht geringer als bei einer abhängigen Bereitschaft." (*JAT*, S. 770; 27/10). "Erst die Kommunikation darüber, daß das Verbrechen stattfinden soll, nimmt der Vorbereitung die weite Distanz zur Normverletzung, da durch diese Kommunikation die Norm selbst unmittelbar (d.h. nicht nur durch eine rechtswidrige Tat vermittelt) desavouiert wird." (*JAT*, S. 767; 27/2)

Auch diese Aussagen enthalten die Bedeutung des Bloßstellens, d.h. öffentlich machen, was man um des Ansehens der Norm willen besser verschwiege, nämlich die Bereitschaft oder Tendenz, sie zu brechen.

Wenn jemand oder etwas desavouiert wird, so heißt das, daß man sich in der "Grammatik der Ehre" (Bourdieu) bewegt: ist der Herausforderer satisfaktionsfähig, so darf man die Herausforderung nicht ignorieren. Der Ehrenmann nimmt den vom anderen Ehrenmann hingeworfenen Fehdehandschuh auf und antwortet mit der Herausforderung zum Duell oder zum Kampf. Im Felde des Strafprozesses wäre dies der Disput um die Fragen der guten Gründe für die Norm, der Gründe für ihren Bruch und Feststellung der Verantwortlichkeiten. Die Waffengleichheit und die Wahl einer Waffe, deren Handhabung beide beherrschen, sind für Ehrenmänner selbstverständlich zu befolgende Regeln des Kampfes. Auch der Besiegte bewahrt seine Ehre und wird vom Sieger respektvoll behandelt. Rede und Gegenrede sind kein schlechter Ausdruck dafür. Was folgt auf die Herausforderung durch den Täter?

a. *Der alkoholisierte Fahrer als Prototyp des Herausforderers?*

"Wer wissentlich betrunken ein Fahrzeug im Verkehr führt und die auch ihm erkennbaren nachteiligen Folgen, etwa für das Leben anderer Verkehrsteilnehmer, nicht bedenkt, macht durch sein Verhalten expressiv, daß in der Situation, in der er sich befindet, Fahren in Trunkenheit sein soll und das Leben anderer Verkehrsteilnehmer nicht in Acht zu nehmen sein soll... Dieser Widerspruch gegen die Norm durch ein Verhalten ist der Normbruch...sondern die Strafe bedeutet auch etwas, scil. daß die Bedeutung des normbrechenden Verhaltens unmaßgeblich und die Bedeutung der Norm nach wie vor maßgeblich ist. Um die Ernsthaftigkeit dieser Gegenaussage hervorzuheben, wird sie in einer kostspieligen Weise vollzogen: unter Aufopferung von Gütern des Täters. Dieser auf Kosten des Täters vollzogene Widerspruch gegen den Normbruch ist die Strafe... Zusammenfassend: Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norm als

Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein auf Kosten des Normbrechers erfolgreicher Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm." (*JAT*, S. 9; 1/9)

Gerade die Erkenntnisse (1) daß faktisch Fahren in Trunkenheit verbreitet ist (ubiquitärer Normbruch, insoweit Herabsetzung der Normgeltung), (2) daß - verbreitete - Sucht im Spiel ist, was die Betroffenen und ihre Umwelt als "sozialadäquat" hinnehmen, (3), daß gerade hier kaum jemand zum Ausdruck bringt, Trunkenheit im Verkehr solle sein, läßt einen zweifeln, ob der Täter dies ausdrückt⁶⁵. Ich habe die Wendung "macht expressiv" ersetzt durch "bringt zum Ausdruck". "... macht expressiv" distanziert den Täter von dem, was er meint. Würde man sagen "ich habe den Eindruck" oder "er erweckt den Eindruck", so wäre eine kommunikative, d.h. von Täter und Beobachter/Beurteiler gemeinsam hergestellte Bedeutung erkennbar: denn selbst wenn jemand den Eindruck erweckt, bleibt es bei dem, der ihn hat, ihn zu entfalten. Betrachten wir noch die Wahl des Wortes expressiv. Die Wörterbücher übersetzen mit "ausdruckshaltig" oder "deutlich", "anschaulich". Gehen wir von diesem Bedeutungshof aus, so muß man zweifeln, ob dieser Täter, ob die meisten Täter mit ihrer Tat sonderlich ausdrucksvoll sind: es handelt sich um eine übertreibende Wortwahl, die prototypisch eher bei organisiertem Verbrechen angebracht wäre. In Luhmanns, auf Parsons Bezug nehmenden Sprachgebrauch wird "expressiv" und "instrumentell" entgegengesetzt⁶⁶. Wenn jemand ein "soll sein" ausdrückt, so nimmt er auf die Zukunft Bezug, handelt also eher zweckrational in der Zeit, damit instrumentell, nicht konsumatorisch-emotional. Der Trunkenheitsfahrer handelt faktisch regelmäßig wohl konsumatorisch-emotional im wahrsten Sinne des Wortes, aber eben darum verbietet es sich, ihm eine instrumentelle Motivation zu unterschieben. Nochmal: warum formuliert Jakobs nicht: drückt aus? Oder wenigstens: macht ausdrücklich? Mit seinem Verhalten drückt er aus? Die Behauptung "drückt aus, daß Trunkenheit sein soll" usw. wäre zu deutlich als Zuschreibung zu erkennen, denn der Fahrer würde wohl sagen, und es spricht auch viel dafür, daß das so ist: nein, das wollte ich nicht ausdrücken. "Wenn keine Reaktion erfolgte, so könnte (wer: der Täter, die anderen Autofahrer?) schließen, das könne man machen" (das ist immer noch anders als: soll sein). Den anderen könnte es bedeuten - aber was für ein Zustand der anderen ist vorausgesetzt? Das von Jakobs gewählte Beispiel unterläuft den, ich bin geneigt zu sagen: theatralischen Gestus der Diktion.

⁶⁵ Günther (1996, S. 65) weist zutreffend darauf hin, daß die kriminologischen Befunde ein hohes Maß an Zustimmung zur Norm bei Straftätern belegen und dieser Normbruch mittels "Neutralisationstechniken" verteidigt und gebilligt wird.

⁶⁶ Luhmann 1972, S. 315 f.

Macht es einen sachlichen Unterschied, ob von Norm oder Normgeltung als Desavouierungsobjekt die Rede ist? Was ist Geltung? Nach Luhmann (1972, 149) ist "abstrakte Geltung" "ein Symbol für rollenneutrale Rechtsdurchsetzung". Es scheint aber auch hier nützlich zu sein, auf den allgemeinen und psychologischen Sprachgebrauch zurückzugreifen. Geltung bezieht sich mehr auf den "Tauschwertaspekt", auf "symbolisches Kapital" denn auf "Gebrauchswert" oder "kulturelles Kapital", wie die Wörterbücher sehr schön erkennen lassen. Die Hypothese: *wenn von Normgeltung die Rede ist, ist die Anerkennung eine mehr theoretische, d.h. die Leute mögen noch erklären, daß sie die Norm akzeptieren, handeln ihr aber bereits ubiquitär zuwider*. Das Symbol kann erhalten werden, während das Symbolisierte beschädigt ist, die rollenneutrale Rechtsdurchsetzung nicht stattfindet.

b. Die Antwort des Herausgeforderten

Der Schatten des Täters wird durch Projektion überlebensgroß an die Wand geworfen, um sogleich danach aus dem Licht herausgenommen zu werden: er ist, auch in obiger Passage, nicht Adressat des Widerspruchs. Mit ihm ist nicht zu reden, über seine Binnenverfassung, die Umstände, die ihn zum Trinken wie zum Autofahren bringen, denn für all das ist er zuständig. Der Kampf um Bedeutung von Norm, Normbruch für den Täter, das Opfer und die anderen, an Entstehung von Norm und Normbruch Beteiligten, findet nicht statt. *Der Widerspruch ist nicht gegen den Täter gerichtet, sondern findet an ihm statt*. Der Herausforderer ist in dem Moment, wo man ihn als satisfaktionsfähig erkannt oder besser definiert hat, schon degradiert: sein Handeln ist indiskutabel und unmaßgeblich. Das Ergebnis des Kampfes steht schon fest, deswegen muß er auch nicht geführt werden. Die Antwort des Herausgeforderten folgt nicht der Grammatik der Ehre, sondern der Grammatik der Demütigung. Der Täter ist niemand, mit dem man sich auseinandersetzen, mit dem man reden müßte. Jedoch desavouiert das den Herausgeforderten: wenn er die Herausforderung annimmt, muß er sich dem Kampf stellen. Die Überlegenheit auszunutzen, auf Waffengleichheit und Fairness zu verzichten, stellt einen Bruch mit der Grammatik der Ehre dar. Vielleicht trifft das Bild des Schattenspiels: dem Publikum wird ein Kampf vorgeführt, der keiner ist. Der Täter in der Projektion ist vergrößert, der Bestrafende verkleinert. Wenn der Bestrafende gewinnt, so war er im Recht.

c. Ergo: Bedeutung von Tat und Strafe werden nicht kommuniziert

Wenn wir nach dem Prozeß der Normentstehung, des Normuntergangs und der Normveränderung fragen, so ist die Tat kein Auslöser für diesen Vorgang, weil das Resultat schon feststeht: die Norm ist zu stabilisieren. Der Strafprozeß

als ein vielseitiger Selbstverständigungsprozeß fällt damit aus. Gerade wo Jakobs ja die Annahme einer Handlungsgrammatik nahelegt, weil er Taten und Strafe Bedeutungen beilegt, weigert er sich, Bedeutungsalternativen (Innovationsnotwendigkeit, Unmöglichkeit der Normbefolgung etc.) überhaupt zu diskutieren. Während er oft mit Worten arbeitet, die von zwei oder mehr Begriffen belegt sind ("Kompetenz"), reduziert er die bei näherem Zusehen vielfältigen Bedeutungen von Taten auf eine.

2. Derogation

"Von Derogation spricht man, wenn ein Rechtssatz durch einen späteren ranggleichen oder ranghöheren Rechtssatz aufgehoben oder ersetzt wird, und zwar derart, daß er nicht vollständig beseitigt, sondern seine Geltung nur teilweise beendet wird. Die D. kann durch ausdrückliche Aufhebung oder durch inhaltlichen Widerspruch geschehen. Der spätere Rechtssatz geht dem früheren (ranggleichen) Rechtssatz vor." (Creifelds)

Diese spezielle Bedeutung wird im allgemeinen Sprachgebrauch erweitert. Hier gilt jede Beschränkung, teilweise Aufhebung eines Gesetzes, auf Grund von Rechtssätzen oder auf andere Art, als Derogation. In der englischen Rechtsprache bedeutet "derogation" auch Minderung und Beeinträchtigung. Die partielle Außerkraftsetzung erfolgt in Jakobs' System durch die Praxis (der Gerichte). Eine Norm zu derogieren impliziert, eine ursprüngliche Bedeutung festhalten zu können und sie praktischen Urteilen entgegenhalten zu können. Vom Effekt her haben wir hier eine Herabsetzung der Normgeltung, eine Destabilisierung, denn der Widerspruch gegen den Normbruch erfolgt nur noch selektiv, was eine Generalisierung der Enttäuschung nach sich zieht (s. Luhmann 1972, 280 f.). Hier gibt es keinen Herausforderer. Und die herausgeforderte Norm? Ersichtlich bricht hier die Vorstellung einer "desavouierten Norm" zusammen. Ein so gefühlsbetontes und auf Gefühle zielendes Wort auf so etwas Gefühlloses, Abstraktes wie eine Norm anzuwenden, verhüllt, daß nur der, der die Norm internalisiert hat, sich durch ihre Verletzung herausgefordert fühlen kann. Praxis und Norm stehen sich offenbar nicht als Ehrenmänner gegenüber. Der Vorgang der Derogation ist esoterisch im e.S. An keiner Stelle wird gefragt, wie dieser Vorgang vonstatten geht, wie zuverlässig er durch Argumente und Gründe gestützt ist. Das einzig übrig bleibende Kriterium der Widerspruchsfreiheit des Systems taugt nicht, weil es nicht überprüfbar und entscheidbar ist. Ganz abgesehen davon kann der Versuch, auf ganz unterschiedliche Konflikte mit unterschiedlichen Motiven in unterschiedlichen Machtkonstellationen basierende Normen interpretativ abzustimmen, nur die Ineffizienz der einzelnen Norm zur Regelung derjenigen Konflikte zu Folge haben, zu deren Regulierung sie entworfen und beschlossen worden ist. Die Interpretation durch die Praxis

geht darüberhinaus bereits als Input in die Herstellung der Widerspruchsfreiheit ein. Damit wird weder dem Leser, der Jurist oder zumindest angehender Jurist ist, eine wirksame Orientierungshilfe geliefert, wann er derogieren darf, noch wird ihm ein Verständnis für den Vorgang geboten. Indem "die Praxis" zum Subjekt erhoben wird, welches für seine Binnenverfassung selbst zuständig ist, diese deswegen nicht interessiert, bleibt die verfassungsrechtliche Legitimation ebenso im Dunkel wie ihre Begründung aus der Aufgabe des Strafrechts.

3. Erlaubnis durch gesellschaftliche Kräfte

Die hier erteilten Erlaubnisse haben kein erkennbares Subjekt, das die Erlaubnis zuständigerweise erteilen dürfte. Die Debatte wird zwar nicht verboten, aber eine Entscheidung für unmöglich gehalten, weil die "Gesellschaftsgestalten" nicht miteinander verglichen werden könnten. Diejenigen, die die Opfer sind, haben hier keine erkennbare Funktion, die anderen sind weder als Subjekte (selbst im allgemeinen Jakobsschen Sinne) noch in ihrer Legitimation erkennbar, zur Verantwortung zu ziehen; man kann ihnen keine Fragen stellen, es gibt keine Adressaten, dieser Herausforderung der Normgeltung zu widersprechen.

4. Ergebnis

Keinen der Vorgänge, die für die Normproduktion und -destruktion relevant sind, finden wir normativ oder faktisch an Diskussion, Debatte, Begründung, Argumentation gebunden. Dieses Ergebnis paßt zur Verwendung von "Rechtstreue" an Stelle von Rechtsbewußtsein, weil damit nahegelegt wird, die Norm als eine Konstante zu sehen. Und noch in der Begründung für das Verlangen nach Normtreue auch im Konflikt mit der Überzeugung des Täters wiederholt sich dieses Muster:

"In der Regel ist jeder Mensch für seine Binnenorganisation selbst zuständig; das gilt für die Organisation der Verhaltensantriebe, aber auch für die Organisation der verhaltensrelevanten Überzeugungen. Letzteres beruht in Gesellschaften, die sich als liberal verstehen, auf der Annahme, dem Einzelnen werde regelmäßig ein so hohes Maß an Alternativen belassen, daß es ihm möglich sei, Verhaltensstil und personale Identität in Einklang zu bringen, wenn er nicht gerade auf eine Kollision mit Staat und Gesellschaft aus ist." (JAT, S. 577; 20/20)

In einer Gesellschaft, die sich als demokratische versteht, wäre die Annahme, daß der einzelne soviel Einfluß auf die Gestaltung der Alternativen hat, daß er Verhaltensstil und personale Identität in Einklang bringen kann. Hier werden vorgefertigte Alternativen gedacht, die der Verfügung der Einzelnen entzogen

sind. Die Formulierungen "sich als liberal verstehen" und "beruht auf der Annahme" indizieren einen Widerspruch zwischen Selbstverständnis und Praxis.

Massiv schädigende Gewohnheiten werden legitimiert, selbst wenn sie noch als unerlaubt benannt werden. Einer guten Ordnung widersprechende Verhältnisse, in die der Täter geraten ist, werden seinem Zuständigkeitsbereich zugeschlagen und zugleich geleugnet. Subkulturelle Gewohnheiten werden nicht legitimiert. *Die Subjekte, die die Normen demokratisch herstellen sollen, d.h. der Idee vernünftige, individuelle und gesellschaftliche Interessen berücksichtigende Lösungen finden, sollen in Rechtstreue eingeübt werden, die sich bei näherem Zusehen als Treue zu herrschenden Institutionen zu erkennen gibt.*

Der Normentstehungsprozeß wird auf Gerichte und gesellschaftlich herrschende Kräfte, die bestimmte faktische Lagen schaffen, verlagert. Die selbstproduzierten kollektiven Bedrohungen werden strafrechtlich irrelevant, die langfristige ein System destabilisierenden sozialen Ungleichheiten ebenfalls.

Wenn Roxin (1984) Jakobs' System ein rein teleologisches nennt, so ist dies unzutreffend, weil das behauptete telos, nämlich Normstabilisierung, von Jakobs selbst aufgegeben ist. Die Grammatik von Schädigung, Schuld und Sühne wird konsequent durch die von Ehre, Kränkung, Demütigung und Unterwerfung ersetzt. Die Ehre wird gerettet, indem man sie dem Straftäter abspricht, über den Umweg, ihn zu einem grandiosen Herausforderer zu erklären, wo er ein kleines Licht ist, seinem Handeln eine Bedeutung zu geben, die es für niemanden als den Strafrechtler zu haben scheint, um dann diese Äußerung als indiskutabel zu verwerfen. Das telos ist nicht etwas außerhalb des Systems Liegendes, sondern das System selbst. Indem die Bezüge Natur – Gesellschaft auf allen Ebenen aufgehoben werden, das Individuum als natürlicher Träger gesellschaftlicher Verhältnisse zu einem Subjekt, dessen Natur letztlich irrelevant ist, verdinglicht wird, benutzt das System in dieser Logik die Menschen, um sich selbst zu reproduzieren. Kehren wir noch einmal zu dem Baustudenten zurück, der sehenden Auges eine falsche Betonmischung mit verbaut. Liegt die Konfliktlage, vor der der Jakobs'sche "Freispruch" ihn schützt, möglicherweise darin, daß er in die Zuständigkeit des Poliers eingreifen müßte und damit eine Institution stört: nämlich die Über-/Unterordnung? Indem er wissend seine Hände in Tatbestandslosigkeit waschen darf, leugnet man den sozialen und auch den innerpsychischen Konflikt, in den dieser Student wohlmöglich gerät. Mangelnde Zuständigkeit wird auf diese Weise zum guten Grund, Sonderfähigkeiten nicht zu aktivieren. Selbstreflexiv gewendet: darf auch der kriminologisch hellsichtige Richter, Staatsanwalt, Strafvollstrecker und Strafrechtslehrer ohne Aktivierung dieser Sonderkenntnisse fortfahren?

IV. Disziplinäre Sichtweisen, ihr tatsächliches und gewünschtes Gewicht

Biologische, psychologische, soziologische oder philosophische Perspektiven oder Sichtweisen auf denselben Gegenstand schließen sich meist nicht aus. Immer da, wo etwas Biologisches psycho- oder soziologisch erklärt wird, bzw. etwas Psycho- oder Soziologisches biologisch erklärt wird, Gesellschaftliches psychologisch und Psychisches soziologisch, ergeben sich Verschiebungen, und wo man solche sieht, benennt man die Verschiebung mit "psychologisieren", "naturalistisch" usw., wo Erfahrungswissenschaft durch Philosophie ersetzt wird, von "ethisierend" oder "ontologisierend".

A. Ausdrückliche Aussagen

In den von mir als "auffällig" herausgehobenen Stellen taucht "ontologisieren" 1x, "ethisieren" 2x, "naturalistisch" 8x, "psychologisieren" 14x auf. "Soziologisieren" oder "normativistisch" finden sich nicht. Daraus kann man schließen, daß Jakobs eine zu kritisierende Perspektivenverschiebung in Richtung Psychologie und Biologie/Physik sieht, noch immer etwas zuviel Philosophie, während er eine normativ-soziologische für adäquat hält, letzteres ist ja durchaus explizites Programm.

B. Tatsächliches Vorgehen

1. Die Vertreibung der Psychologie betreibt die Psychisierung und die Systemtheorie rationalisiert magisches Denken

Was die Psychologie angeht, so war oben bereits dargelegt worden, daß Jakobs Ansicht zum Verhältnis von Psychologie zu Rechtswissenschaft im Ansatz mit der hier vorgetragenen ohne weiteres vereinbar ist, daß er diesen Ansatz jedoch nur im Bereich des subjektiven Tatbestandes durchhält, im Bereich der Schuld jedoch eine spekulative und mit psychologischem Wissen (mit allen Fragezeichen, die dieses noch mit sich trägt) schlecht vereinbare Position bezieht. Was soziologische Gesetzmäßigkeiten betrifft, so hatten wir bei der Frage der Entstehung und des Untergangs von Normen festgestellt, daß diese Prozesse vorgestellt werden, ohne daß es Zuständigkeiten gibt. Jenes imaginäre Subjekt, das seine eigene Rechtstreue steuert, mag Resultat einer

Verschiebung sein: aus der von Menschen gemachten Art und Weise des Verkehrs wird ein subjektloser Prozeß. Die realen Subjekte, die gemeinsam diese Verhältnisse schaffen, sind verschwunden. Damit erscheinen die unter "erlaubtes Risiko" usw. verorteten Vorgänge quasi als natürlich. *Die Normen verlieren im Zuge des Buches die Verbindung mit den materiellen und kulturellen Gütern, für deren Verteilung, Konstitution und Sicherung sie sorgen, sie erscheinen eigentümlich statisch, überaus auswechselbar an anderen Stellen.* Da ihre Entstehung so weder an demokratische Debatte noch an inhaltliche Richtigkeitskriterien gebunden bleibt, erscheinen sie auch letztlich quasi-natürlich. Der Vorgang der Ein-Übung in Normtreue, der psychologisch beschrieben werden müßte, als Prozeß der Norminternalisierung, bleibt im Dunkeln, unerklärt und, legt man das beim Täter vorgelegte Persönlichkeitsmodell zugrunde, auch unerklärbar. Der Vorgang der Inkulturation, Vergesellschaftung oder Sozialisation ist für das Ziel "Rechtstreue" relevant. Umgekehrt sind Stellungnahmen durch Gedanken, Worte und Taten immer relevant für die Existenz von Normen: schwindet ihre Geltung, dann auch womöglich sie selbst.

Es finden sich Subjekte, die es so nicht gibt, und sie werden zudem "psychisiert". Wenn es die Gefühle sind, die Menschen zu Menschen machen, so ist es psychologisierend, von der "Scheu des Gesetzgebers" oder "Desavouierung einer Norm" zu sprechen, erst recht, wenn dem Gesetzgeber zuvor die Subjekteigenschaft abgesprochen wurde, um die "objektive" Methode der Auslegung zu begründen. Das Volk in Form vom Täter als Bürger und in Form des Staatsbürger⁶⁷ repräsentierenden Gesetzgebers verliert seine Subjektqualitäten. Der Praxis hingegen, der Instanz mit ihrer Macht zu derogieren wächst die Subjektqualität zu. Die "objektive Auslegung" ist dazu ein wichtiges Instrument, welches diese Wirkung durch seinen Namen dementiert, also zur Unbewußtmachung drängt.

Die expliziten Wendung gegen die Psychologie schützt nicht davor, Psychisches zuzuschreiben. Und zur Kritik dieses Vorgangs dürfte die Psychologie sowohl kompetent wie zuständig sein – ein Grund mehr, sie fernzuhalten.

In der Entgegensetzung von "positiver Generalprävention" als "Einübung in Rechtstreue" und Spezialprävention als "kognitiver", instrumenteller Art und Weise der Konditionierung des Täters, ohne mit ihm über Gesellschaftliches, Normatives zu reden, zeigt sich, daß das Gesellschaftliche beschworen wird, aber praktisch exkommuniziert wird, d.h. in einem magischen Raum bleibt. "Zweckrationales Handeln" ist auf Physik, Biologie und Konditionierung (also vormenschliches Niveau) begrenzt. "Normatives" Handeln entzieht sich erfahrungswissenschaftlichem Zugang, jedenfalls wird ein solcher weder hergestellt noch verlangt. Während der Mensch hinsichtlich seiner natürlichen, leiblichen

⁶⁷ Vom Staatsbürger als republikanisch teilhabenden ist überhaupt nicht die Rede

Seite noch bewußt bleibt (Antriebe, Antriebssteuerung, Konversion und Reaktionsbildungen), bleibt er als vergesellschafteter - und was ist so sehr Produkt von Vergesellschaftung wie alle Formen von Norminternalisierung? – unverstanden, auf sich dort zurückgeworfen, wo er gesellschaftliches Produkt, Produkt von Arbeit jeder Art ist. Dies möchte ich ergänzend an folgender Passage belegen:

"Versucht der Täter, übernatürliche Kräfte einzusetzen, so fehlt der Bruch einer wirklich vorhandenen Norm; denn alle Tatbestände beschränken sich auf den Einsatz bestimmter oder beliebiger natürlich-kausaler oder als natürlich-kausal vorgestellter Mittel gegen natürlich-reale oder als natürlich-real vorgestellte Objekte. Eine Planung mit übernatürlichen Elementen ist deshalb kein tatbestandlicher Vorsatz und der Ausführungsversuch nicht Versuch eines Deliktes (anders aber bei nur abergläubischen Motiven: Der trivial-irdisch ausgeführte Mordversuch am Landesherrn in der Hoffnung auf ewigen Lohn ist strafbar)." (JAT, S. 713; 25/22)

Was ist eine "objektive Verletzung der Normgeltung", was sind "natürlich-kausale" Mittel? Sobald man diese Fragen stellt, wird deutlich, daß *Gesellschaft und gesellschaftliche Verhältnisse, Bedeutungen weder gedacht noch kritisiert werden können.* "Übernatürliche" Elemente sind nach dieser Lesart die, die im allgemeinen Verständnis nicht wirken und bloßes Privatverständnis sind. Die Wirkung magischer Rituale (die in fremden Kulturen leichter zu beobachten sind, wo sie jedoch eben nicht als magische gesehen werden), und zwar die durchaus somatisch-physische Wirkung, ist hier nicht wiederzufinden. Spannend wäre nicht der trivial-irdische, sondern der tiefgründig, geistvoll, ungewöhnlich-irdische Versuch, der zudem noch gelingt. Was den ehemaligen Ministerpräsidenten Bartschel in den Tod (Selbstmord unterstellt) trieb, waren ja nicht simple Information und Mitteilung allein, sondern durch die Medien ausgelöste, gesteuerte, katalysierte Prozesse, die die Emotionen der Empfänger wie die Bartschels modulierten, ihn auch zu einem Symbol machten, als der er sich selber sah. Derartige Fragen nach der "performativen Magie des Sozialen" (Bourdieu) auszulassen ist ein Symptom. Es deutet darauf hin, daß die "performative Magie des Strafrechts" geleugnet wird, dessen entscheidende Wirkungen doch weder als magisch noch als natürlich begriffen werden können, sondern als gesellschaftlich.

Kehren wir noch einmal zur "objektiven Verletzung der Normgeltung" zurück: Wie dargelegt, ist für Jakobs "Normgeltung" ein Konstrukt, wobei als Dimensionen Verhalten, Wissen, Befürwortung und rechtliche Geltung eingehen. "Normgeltung" ist also nichts, was sich von den Subjekten separieren ließe, vielmehr produzieren, derogieren oder desavouieren sie permanent Normgeltung in Worten, Gedanken und Taten. In diesem Sinne ist eine Verletzung der Normgeltung immer auch und primär subjektiv: sowohl seitens des Täters wie der Gesellschaftsmitglieder, bei denen die Information über Normbruch und die

Reaktion darauf irgendwie "ankommen" muß, um Normgeltung beeinflussen zu können. Damit aber bleibt der Leser ohne Hilfestellung, die Wirkung des Strafrechts zu verstehen, zu untersuchen, in Frage zu stellen.

2. Die Bedeutung von "normativ" und "kognitiv"

Ich möchte behaupten, daß "normativ" von Jakobs als magisches Wort benutzt wird. Denn eine Analyse seiner Verwendung zeigt, daß sich die Bedeutung fast ins Gegenteil (faktisch) verkehrt, während das von ihm entgegengesetzte "kognitiv" so angewandt wird, daß es "affektiv" im landläufigen Sinne entspricht. "Normativ" entlastet von Kontrolle an Erfahrung, adelt den eigenen Standpunkt, macht es möglich, das Erkenntnisobjekt auszuwechseln und Erkenntnis der Esoterik des Richter-Kollektivs zu überlassen, dessen Maßstäbe und Kriterien weder darlegungspflichtig noch darlegungsfähig sind. *Der Vorgang der normativen Generalprävention ist aus Jakobs' Sicht nicht natürlich-kausal und deswegen empirisch bzw. erfahrungswissenschaftlich nicht überprüfbar. Wenn es aber nur "natürlich-kausale" und "magische" Vorgänge gibt, muß er in die Kategorie "magisch" fallen.* Jakobs liefert von normativ keine explizite Definition. Daher muß man sein "semantisches Netz" an dieser Stelle rekonstruieren.

"Setzt man bei der Aufgabe des Strafrechts an und nicht beim Wesen (oder bei der Struktur) der Gegenstände von Strafrechtsdogmatik, so führt das zu einer (Re-)Normativierung der Begriffe. Ein Subjekt ist bei dieser Sicht nicht, wer ein Ereignis bewirken oder hindern kann, sondern wer dafür zuständig sein kann." (JAT, S. V)

Man wird zunächst ohne weiteres zugeben, daß die Feststellung des Zustandes etwas grundsätzlich anderes ist als die Feststellung der Zuständigkeit. Das Urteil über die Zuständigkeit ist nur zu fällen, wenn man zumindest auch Daten erhebt, d.h. Fakten zur Kenntnis nimmt, die den Schluß auf die Zuständigkeit zulassen. Die Fragen, die zu stellen sind, werden andere wie auch der Erkenntnisgegenstand. Anders gesagt: die Intension des Begriffes wird so festgelegt, daß sie der Aufgabe der Praxis des Strafrechts gerecht werden kann. Aber Jakobs würde wohl heftig bestreiten, daß er Begriffe ohne Extension - Seejungfrau, Einhorn - als "normative" bezeichnen würde. Dies wird bestätigt durch das folgende Zitat:

"Es geht um eine normative Problematik: um die Zuordnung eines störenden Ereignisses zum Träger derjenigen Kosten, die zur Beseitigung der Störung notwendig sind." (JAT, S. 5; 1/2)

Die Zuordnung ist normativ, die Feststellung des störenden Ereignisses wie die Feststellung der Kosten, die zur Beseitigung notwendig sind, lassen sich nur als ein Vorgang der Wahrnehmung, Datenerhebung begreifen, soll der beschriebene Vorgang nicht phantastisch sein. Die Entgegensetzung von kognitiv und

normativ, die mehrfach auftaucht, wirft jedoch das Problem wiederum auf. Denn "Kognition" umfaßt, alltagssprachlich und in der Psychologie, alle Denk-Wahrnehmungs-Entscheidungsvorgänge und ist gemeinhin "affektiv" entgegengesetzt, wobei 'affektiv' bei Jakobs nicht auftaucht. Wenn "normative" Begriffe gleichwohl eine Extension haben sollen, so muß also eine normative Erwartung zugleich kognitive Elemente im landläufigen Sinne haben. Um "kognitiv" in Jakobs' System zu verstehen, dürfen wir daher nicht nach dem Zustandekommen einer Wahrnehmung oder eines Urteils fragen - mehr vom Kopf oder mehr vom Herz bestimmt, denn wo soll die Rechtstreue sitzen, wenn nicht in Kopf und Herz? - sondern nach dem Gegenstand: physikalisch-physiologisch, sächlich versus sozial, nicht körperlich. In bezug auf Maßregeln heißt es:

"Die normative Garantie wirkt nur als eine brauchbare Garantie, wenn der Normbruch auch kognitiv ernsthaft angegangen wird; denn da allein vom Recht-Haben niemand leben kann, läßt sich auch allein mit der Gewißheit, daß notfalls eine normative Garantie erfolgt, das Leben nicht brauchbar organisieren...Es geht nicht darum, aus Anlaß der Tat eine Generalrevision der Person des Täters vorzunehmen, sondern die Indizwirkung der Tat hindert eine Bereinigung der Situation allein durch Strafe." (JAT, S. 32; 1/56)

Hier bedeutet normativ soviel: es wird jedem Mitglied der Allgemeinheit durch die Bestrafung bestätigt, daß es "Recht hat". "Kognitiv" wird hier benutzt im Sinne von "zweckrational" oder technisch: der Täter ist dann in seinem Sinne kein Subjekt, Rede und Widerrede auf der normativen Ebene mit dem Täter ist gerade nicht gedacht. *Der Täter als Normen erkennendes, beurteilendes Wesen (denkend und redend) ist nicht einbezogen.*

Bei der Frage, wie Rückfallstrafscharfung zu rechtfertigen ist, entgegnet er auf die Einwände, das sei ein Verstoß gegen das Schuldprinzip:

"Das sind naturalistische Mißverständnisse normativer Daten. ... Nicht das Faktum der psychischen Verfassung des Täters interessiert, sondern die Zuständigkeit für das faktisch bei intensiver Delinquenz nun einmal erhebliche Manko an Rechtstreue. Das läßt sich erst ändern, wenn andere Möglichkeiten zur Abarbeitung intensiver Delinquenz effektiv zur Verfügung stehen." (JAT, S. 486f.; 17/26)

Es gibt also "normative Daten", und das "naturalistisch" deutet darauf hin, daß "kognitiv" auf die physisch-physiologische Ebene zielt. Man mißverstehen Jakobs wohl nicht, wenn man "Daten" als Erkenntnisgegenstände betrachtet. Zunächst muß das "Manko an Rechtstreue" festgestellt werden und dann diejenigen Daten erhoben werden, die das Urteil "zuständig" erlauben.

"Schuld wird nachfolgend auch als mangelnde Rechtstreue oder kurz: Rechtsuntreue bezeichnet. Damit ist eine zu verantwortende Untreue gemeint; Rechtstreue ist also ein normativ bestimmter Begriff." (JAT, S. 469; 17/1)

"Zu verantwortende" macht den normativen Charakter aus, deckt sich wohl mit zuständig. In diesem Sinne auch:

"Was hier nachfolgend als volle Zuständigkeit bezeichnet wird, ergänzt den Tatterschaftsbegriff insoweit, als auch die normative Komponente der Täterschaft bezeichnet wird: Nicht für jede Überlegenheit - Herrschaft - ist notwendig der Überlegene selbst zuständig." (JAT, S. 607; 21/24; s. a. S. 613 und 632)

Für §§ 20, 21 will Jakobs das Begriffspaar "psychologisch-normativ" verwenden:

"Hier betrifft das Psychologische die Befunde, ist jedoch nicht im Sinn der Psychologie unter Ausgrenzung der Psychiatrie zu verstehen, sondern als Bezeichnung dafür, daß es bei der Bestimmung der Befunde um das Verständnis psychischer (und nicht biologischer) Phänomene geht. Das Normative betrifft die Fähigkeit; diese ist kein psychischer Befund, sondern Zuschreibung." (JAT, S. 522; 18/3)

Hier zweifelt man wiederum, ob anstelle des "psychischen Befundes" ein anderer Befund treten soll oder ob der Vorgang ein "projektiver" im psychoanalytischen Sinne ist. Die Fähigkeit ist weder Zuschreibung noch Feststellung, sondern ist Gegenstand des einen oder anderen Vorganges.

"Die Fähigkeit ist vielmehr, wie die Schuld selbst, eine Zuschreibung, findet also normativ gesteuert statt. Fn 71: Nach einem bekannten Wort eines Psychiaters soll das Strafrecht voraussetzen, 'daß es Schuld gibt, daß sie feststellbar und - in gewissen Grenzen - meßbar ist' (Ehrhardt und Villinger PsychGGwrt III 181 ff., 206). Genau diese Sicht ist verkehrt: Das Strafrecht nimmt keine vor ihm 'gegebene' Schuld, sondern konstruiert sie selbst. Dem Täter wird die Fähigkeit zugeschrieben, wenn der Verweis auf den Befund ... nicht hinreicht, den Konflikt zu erledigen. Das wiederum ist der Fall, wenn der Befund wegen seines ubiquitären Vorkommens oder seiner Ähnlichkeit mit ubiquitären Befunden den Täter nicht von jedermann unterscheidet." (JAT, S. 534; 18/25)

Hier finden wir zwar einmal das zuvor erwähnte Mißverständnis, daß Fähigkeit und Schuld Zuschreibung sind, zum anderen aber einen deutlichen Hinweis, daß es um Feststellung anderer Daten geht: die Frage lautet nicht: "war er fähig?", sondern "was ist nötig, den Konflikt zu erledigen?". Der folgende Satz verlangt ein Urteil über die Verbreitung dieses Befundes und Ähnlichkeitsurteile über andere Befunde. Das sind empirisch zu erhebende Daten, da es offenbar um Ähnlichkeitsurteile des Jedermann geht. Aber: Psychologen und aufgeklärte Richter können dazu nichts beitragen.

Fassen wir zusammen: "Normativ" ist ein Urteil oder ein Begriff dann, wenn er im Kern von physisch-physiologischen und zu einem Teil psychologischen Fakten abstrahiert und anstelle oder neben Fragen nach dem Zustand eines Systems die nach Zuständigkeiten stellt. Zuständigkeitsfragen beantworten sich nicht ohne Datenerhebung, sondern durch Erhebung anderer Daten. Die Grenze zwischen "kognitiv" und "normativ" bleibt jedoch unscharf: die Frage, wie Normen in Personen wirken, welchen Charakter dies hat, wird nicht beantwortet. Festzuhalten ist jedoch, daß Jakobs empirische Befunde weder mitteilt, noch danach fragt, noch den ermittelnden und verurteilenden Organen aufträgt, im

Prozeß danach zu fragen. Insoweit ist die empirische Seite denkbar und denknotwendig, aber nicht ausgeführt und scheinbar irrelevant. Das aber deutet darauf hin, daß es sich um einen imaginären Vorgang handelt, indem der Richter, der möglichst ein Jedermann sein muß, das tut, was er zur Konflikt erledigung, im Einklang mit seinen Kollegen, für notwendig hält.

Die Leistungsfähigkeit der Entgegensetzung "kognitiv-normativ" liegt darin, das System der empirischen Überprüfung zu entziehen, ohne sie explizit auszuschließen. Obgleich bei näherer Betrachtung nicht gesagt wird, daß auch normative Feststellungen Datenerhebung voraussetzen, wird es auch nicht ausgeschlossen. "Normativ" suggeriert jedoch, weil gewöhnlich "faktisch" entgegengesetzt, es gebe keine zu ermittelnden Daten, die dann normgemäß klassifiziert würden. So erspart man sich die genauere Benennung der Kriterien, die sonst sofort erwartet würde. Betrachtet man die Umkehrung der Dominanz der Normen zur Dominanz von Fakten, so wird durch die Bezeichnung eines Begriffs als "normativ" die normgerechte Auslegung gerade verhindert oder vermieden. Umgekehrt wird "kognitiv" auf Prozesse unterhalb der Bewußtseinschwelle bezogen, indem der Mensch zu einem Konditionierungsobjekt wird. So gesehen, verkehren sich die Bedeutungen von "normativ" und "kognitiv" in ihr Gegenteil. Der Richter muß die Kriterien wissen, ohne sie benennen, ohne sie zum Gegenstand der Diskussion machen zu dürfen.

"Renormativierung der Begriffe" heißt: Wahrheit, Schuld u.a.m. so zu interpretieren, daß sie mit den faktischen Verhältnissen kompatibel sind, der Widerspruch zwischen Ist-Zustand und Soll-Zustand eingegeben wird.

"Kognitiv" heißt, etwas dem gesellschaftlichen Diskurs zu entziehen, dem Bewußtsein der Subjekte tendenziell zu entwenden oder nur Bruchstücke übrig zu lassen.

Die Wahrheit einer Aussage in diesem System ist irrelevant. Sie ist richtig, wenn sie effektiv ist. Sie ist effektiv, solange sie geglaubt wird. Einen falschen Glauben, eine Illusion zu zerstören ist nicht Sache des Strafrechtlers. Er erhält eine nicht aufgeklärte Gesellschaft in diesem Zustand. Das Schuldprinzip, das dem Subjekt das Verlangen nach erweiterter Handlungsfähigkeit zubilligt und als Modell unterstellt, wird benutzt, um es zum Objekt zu machen. Das Versprechen der Aufklärung und der erst darauf gestützten Entwicklung demokratischer Vorstellungen wird durch Ersetzung von Unrechtsbewußtsein durch Rechtsuntreue dementiert. Die Normsetzung wird den Herrschenden zugebilligt. Ihre Normbrüche desavouieren die Normgeltung nicht, sondern derogieren die Norm.

C. Gegenläufige Momente

Die Analyse kann jedoch die Hypothesen dieser Untersuchung nur stützen, wenn sich das Gegenläufige, Konfliktschaffende ebenfalls findet. Denn Verleugnung, Verneinung, Projektion als Abwehrmechanismen oder allgemeiner Unbewußtmachung setzen voraus, daß das Verleugnete, Verneinte oder Projizierte im Subjekt repräsentiert ist – sonst hätten die Abwehrmechanismen keinen Gegenstand. Wir fragen also: lassen sich moralische Stellungnahmen finden, die das Tun der Strafruristen einschließlich des Strafrechtswissenschaftlers zu qualifizieren geeignet sind? Hierhin gehört: daß die Mitteilung der Lüge im Gegensatz zur Mitteilung der Wahrheit, jeweils mit den gleichen gesundheitlichen Folgen, strafrechtlich unterschiedlich zu behandeln sei (*JAT*, S. 217; 7/65). Auch die Entgegnung auf die h.M. in Rspr. und forensischer Psychiatrie, die Psychopaths seien generell schuldfähig, erfolgt mit einem Argument, daß die Erlaubnis verweigert, das Geständnis eigener Ohnmacht durch Verschiebung der Verantwortung zu vermeiden. Schließlich nimmt er - Problem Tatsachenblindheit - auf eine "allgemeine Systematik" Bezug:

"Wenn die Kenntnis bei erkennbar unrechtem Handeln aus Gründen fehlt, die nach allgemeiner Systematik den Täter belasten (Gleichgültigkeit), fehlt der Vorsatz trotzdem; wenn die Kenntnis aus Gründen gegeben ist, die nach allgemeiner Systematik den Täter entlasten (überobligationsmäßige Skrupelhaftigkeit), ist der Vorsatz nicht gehindert. Letzteres läßt sich mit allgemeinen Prinzipien der objektiven Zurechnung (erlaubtes Risiko) korrigieren, ersteres ist hingegen unkorrigierbar." (*JAT*, S. 259; 8/5a)

Gerade die strafrechtliche Systematik, die das erlaubte Risiko nicht im Tatbestand abhandelt, belastet den Täter. Sie kann also mit "allgemeiner Systematik" nicht gemeint sein. Es muß sich also um eine metastrafrechtliche handeln. Da die zivil- und verwaltungsrechtliche Systematik insoweit gleich sind, kann die "allgemeine" Systematik wohl nur von moralischer Qualität sein; Jakobs Bemühen geht dahin, das Strafrecht damit kompatibler zu machen. Dieses Bemühen gelingt, wenn man den näheren Kontext in Betracht zieht. Es scheitert, wenn man den Blick auf den Kontext des Kontextes erweitert. Indem Handeln von hoher moralischer Qualität zu Recht aus der Strafbarkeit herausgenommen wird, wird zugleich die Legitimität moralisch verantwortungslosen Handelns, der Rückzug auf den Zuständigkeitsbereich, suggeriert. Damit verliert Strafrecht die Möglichkeit, qua "Rechtstreue" (letztlich) Güterschutz, Schutz von Gesellschaft in ihrem materiellen und kulturellen Reichtum zu befördern.

Der Verweis auf die unkorrigierbaren Konsequenzen überobligationsmäßiger Skrupelhaftigkeit ist eine Warnung, nicht zuletzt an den Strafrechtler selbst.

V. Zusammenfassung

Soweit Jakobs die bestehende Praxis "deutet", d.h. sie auf den Begriff bringt, wird das Buch Träger unbequemer Nachrichten. Der impulsive Protest und empörte Aufschrei gegen die Aussage "Schuld ist Zuständigkeit" kann insoweit als Abwehr betrachtet werden. Der legitime Widerstand gegen Jakobs liegt darin, daß er seine Aussagen über das Funktionieren des Systems normativ wendet, d.h. vom Erkennen zum Anerkennen übergeht, von der Deskription zur Präskription. Die Legitimität dieses Widerstandes ist zugleich die Forderung, Schuld nicht als Zuständigkeit zu handhaben. Vom Erkennen zum Anerkennen anstatt zu einer verändernden Praxis überzugehen heißt, sich ein gutes Gewissen durch Umdeutung zu verschaffen. Die Diskrepanz zwischen Sein und Sollen wird dadurch eingeebnet, daß die Norm zwar deklarativ im Zentrum steht, praktisch jedoch dem Funktionieren des Systems ausgeliefert wird und damit zur Diagnostik der Pathologie untauglich wird. Diese Umdeutung hat darüber hinaus den Preis der Einführung einer imaginären Psychologie kollektiver Subjekte und einer "Depsychisierung" des Menschen.

Der Befund, daß gesellschaftlich produzierte, d.h. mit einer angewandten Technik und ihrer Organisation zusammenhängende Schäden (strafrechtlich) verantwortungsfrei gestellt werden, mittels "erlaubtem Risiko" einerseits, der Verwandlung von rechtfertigender Einwilligung in tatbestandsausschließende andererseits (was die Einebnung des subjektiven Bewußtseins eines Eigentümers, das ja durchaus manipuliert sein mag und einem intersubjektiv feststellbaren Befund impliziert), bedeutet, daß gesellschaftlich mächtige Gruppen einer strafrechtlichen Verfolgung entzogen werden, indem sie von der Rechtfertigungspflicht für die Technikanwendung und der von ihnen in relevanter Form mitbestimmten Organisation vorab befreit werden. Die explizite Diskussion der Frage der Normpreisgabe an dieser Stelle ließe sich mit der Behauptung der Normtreue als dominantem Motiv schlecht vereinbaren. Die weitgehende Normpreisgabe in Bereichen der Kriminalität der Mächtigen setzt sich fort in den geringen Anklage- und Verurteilungsraten, dem verbreiteten "deal" und würde ohne ein Eingeständnis der relativen Ohnmacht kaum diskutierbar sein.

Die Straffjustiz als eine Institution, die einen Machtkampf zu gewinnen hat, um die Norm zu stabilisieren, würde, wenn sie als Verliererin dasteht oder auch nur das Risiko besteht, die Institution desavouieren.

Die zweite "flächendeckende" Ausblendung finden wir in der Nicht-thematisierung (Leugnung) gesellschaftlicher sozialer Unterschiede, Schichtung/Klassen. Der sichtbare Zusammenhang von sozialer Benachteiligung und erfaßter Kriminalität, verurteilten und tatsächlich bestrafte Tätern deligitimiert Bestrafung. Indem die Schwäche der Täter geleugnet wird und sie als große Heraus-

forderer projiziert werden, kann sich die Institution als Sieger über einen relevanten, d.h. satisfaktionsfähigen Gegner darstellen. Allerdings um den Preis, daß die versprochene Rede und Gegenrede an keiner Stelle mehr stattfindet. Die Frage der Entschuldigung oder Schuldlosigkeit wird unstellbar, weil der Begriff der Schuld nicht existiert. Ließe man die Angeklagten zu Wort kommen, so wären sie Boten der schlechten Nachricht. Zugleich thematisierten sie die Ungleichbehandlung, die Indiz für die Schwäche der Institution ist. *Die Lektüre des Buches ist mithin geeignet, den Leser zu verleiten, Realitäten der strafjustiziellen Praxis wie die von Kriminalitätsentstehung und gesellschaftlichen Verhältnissen auszublenden, zu verleugnen und dabei ein Bild der Institution als mächtig, generalpräventiv wirkungsvoll und an der Stabilisierung der Norm als oberstem Ziel und eigentlicher Aufgabe orientiert zu entwerfen: die Zugehörigkeit zu dieser Institution, so muß der Leser denken, ist für gesellschaftlich nützliche Arbeit sowie zum Erlangen von Ansehen, Ruhm und Ehre tauglich.*

Ein derart positives Selbstbild wird durch die Darstellung der Juristen in Fällen ebenso gestützt wie durch die Leugnung der schmerzhaften und leidbringenden Aspekte der Strafe, der mit Folter, Tortur und Hinrichtung historisch und - nur wenige hundert Kilometer weit entfernt - aktuell verbundenen Seite des Strafrechts. Zusammengefaßt bedeutet dies die Leugnung der aggressiven und sadistischen Komponenten, mit denen Strafe verbunden ist. Die Konflikthaftigkeit dieser Darstellung für den Autor läßt sich einmal im Hinblick auf die Behandlung des Psychopathieproblems, zum anderen im Hinblick auf die Wahrheitsfrage und zum dritten in der Beschreibung der Effekte des Straßenverkehrs auf das kraftfahrende Individuum vermuten.

"Generalprävention" ist ein magisches Wort. Es soll Strafrecht empirischer Prüfung entziehen und dies zugleich durch Inanspruchnahme sozialwissenschaftlicher (und damit der Empirie zugänglicher) Theorie verhüllen. Magie hat nicht zuletzt die Funktion, in Situationen, die man entweder nicht durchschaut oder denen man ohnmächtig gegenüber steht, lieber etwas als gar nichts zu tun und damit seine eigene Handlungskompetenz zu beweisen und zu erhalten.

Ein Schlüsselwort ist "desavouieren". Dieses enthält einen deutlichen Bezug zu Scham (Demütigung, Unterwerfung). Das praktische Hauptanliegen, eine Desavouierung der Institution zu verhindern, korrespondiert mit dem Ziel, den Täter zu desavouieren. Und auch noch die ausdrückliche Zielbestimmung, die desavouierte Norm zu stabilisieren, bringt die schleichende Trennung der Norm von den physio/psycho/sozialen Gegebenheiten - Rechtsgütern -, um die es geht, zum Ausdruck. Solange Rechtsgüter und Strafrechtsgut in ihrem inneren Bezug betrachtet werden, kann auch die Stabilisierung der Norm als Funktion des Rechtsgüterschutzes dargestellt oder gedacht werden. Eingeschlossen ist

dabei allerdings, der Dysfunktionalität der Norm als Strafrechtsnorm ansichtig zu werden. Abstrahiert man davon, so heißt die Ehre der Norm wiederherzustellen, diese Möglichkeit oder Gegebenheit zu leugnen oder für irrelevant zu erklären. Wenn man das, was man am meisten fürchtet, als beliebteste Strafe handelt, wie Devereux behauptet, so kann man diese Verknüpfung von Angst vor Beschämung und Vornahme von Beschämung hier wiederfinden. Wenn es in erster Linie um Schuld ginge und nicht um Scham, müßte der Bezug auf Rechtsgüter sowohl in der Behandlung der Tat wie in der "Behandlung" des Täters seinen Ausdruck finden. Die Effekte sind jedoch

- die Stabilisierung des Bildes der Strafjustiz als einer mächtigen, normzentrierten Institution
- mit aggressionsfreien und ehrenhaften Akteuren
- bei konflikthafter Preisgabe des - deutlich erhobenen - Wahrheitsanspruchs und
- Verzicht auf eine realitätsorientierte Verfolgung der generalpräventiven Zielvorstellung mittels operationaler oder operationalisierbarer Begriffe und darauf gestützten Handelns.

M. a. W.: der Richter erhält für seine Aufgabe der Schuldfeststellung keine dem generalpräventiven Konzept entsprechende Unterrichtung, weil weder das Konzept noch der Schuldbegriff ausgearbeitet sind. Das Buch löst seinen Anspruch, die Sätze zu bilden, die nötig sind, um die gewünschten Effekte herbeizuführen, nicht ein. Sein Effekt ist jedoch, den Glauben an die Handlungskompetenz und Rechtstreue der Strafruristen, die dieses Buch lesen, zu stabilisieren; anders gesagt, der Selbstgerechtigkeit unter Anleitung zum Verleugnen gesellschaftlicher Realität Vorschub zu leisten.

Literatur

- Argelander, Hermann*, 1979, Die kognitive Organisation psychischen Geschehens. Ein Versuch zur Systematisierung der kognitiven Organisation in der Psychoanalyse, Stuttgart: Klett-Cotta
- Barnard, Chester I.*, 1970 The Functions of the Executive dt: Die Führung großer Organisationen. Übersetzung der 17. Aufl. Essen (dt. 1970), Girardet
- Bateson, Gregory*, 1972 Ökologie des Geistes, Frankfurt am Main (5. Aufl. 1983): Suhrkamp
- Bateson, Gregory*, 1979 Mind and Nature - a Necessary, Unity New York 1980: Bantam Books
- Bateson, Gregory*, 1979 Geist und Natur. Eine notwendige Einheit, Frankfurt am Main (2. Aufl. 1983): Suhrkamp
- Bion, Wilfred R.*, 1982 Die Sprache und der Schizophrene, in Anzieu u.a. 1982
- Böhme, Gernot*, 1986 Freuds Schrift Das Unbewußte, Psyche (40), S. 761 ff.
- Bokelmann, Ulrike*, 1987 Georges Devereux, in: Duerr 1987, S. 9 – 31
- Bourdieu, Pierre; Boltanski, L /de Saint Martin, M* 1971/75 Titel und Stelle. Über die Reproduktion sozialer Macht, Frankfurt/Main: EVA
- Bourdieu, Pierre*, 1972 Entwurf einer Theorie der Praxis, Frankfurt/Main 1979: Suhrkamp
- Bourdieu, Pierre*, 1979 Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft, Frankfurt/Main 1983: Suhrkamp
- Bourdieu, Pierre*, 1980 Sozialer Sinn. Kritik der theoretischen Vernunft, Frankfurt: Suhrkamp (1987)
- Bourdieu, Pierre*, 1982 Satz und Gegensatz - Über die Verantwortung des Intellektuellen Berlin (1989), Wagenbach
- Bourdieu, Pierre*, 1984 Homo academicus, Frankfurt (Main) 1988: Suhrkamp
- Bourdieu, Pierre*, 1985 Sozialer Raum und 'Klassen'; Leçon sur la leçon, Frankfurt/Main: Suhrkamp
- Bourdieu, Pierre*, 1991 Die Intellektuellen und die Macht, Hamburg :VSA
- Bourdieu, Pierre; Wacquant, Loic JD* 1992 Reflexive Anthropologie, Frankfurt: Suhrkamp
- Brede, Karola*, 1986 Individuum und Arbeit. Ebenen ihrer Vergesellschaftung, Frankfurt/ Main; New York: Campus
- Caruso, Igor A.*, 1962 Soziale Aspekte der Psychoanalyse, Reinbek b. Hamburg 1972: Rowohlt

- Christie, Nils*, 1980 Grenzen des Leids, Bielefeld (1986): AJZ Druck und Verlag
- Ciampi, Luc*, 1988 Außenwelt-Innenwelt. Die Entstehung von Zeit, Raum und psychischen Strukturen, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht
- Dennett, Daniel C.*, 1981 Reflexionen zu Rucker Software, in Hofstadter/Dennett (Hg.) 1981, S. 256 – 259
- Devereux, Georges* 1967 Angst und Methode in den Verhaltenswissenschaften. (engl.: From Anxiety to Method in the Behavioral Sciences), München: Hanser
- Devereux, Georges* 1972 Ethnopschoanalyse - Die komplementaristische Methode in den Wissenschaften vom Menschen, fr. Ethnopschoanalyse complémentaristes, Frankfurt (2.dt.Aufl 1984): Suhrkamp
- Devereux, Georges* 1974 Normal und Anormal, Frankfurt (stw 1982): Suhrkamp
- Devereux, Georges* 1976 Träume in der griechischen Tragödie, Frankfurt (Main) 1985: Suhrkamp
- Devereux, Georges* 1985 Baubo - Die mythische Vulva, Frankfurt/Main: Syndikat/EVA
- Dörner, Dietrich*, 1989b Die Logik des Mißlingens. Strategisches Denken in komplexen Situationen, Reinbek: Rowohlt
- Duerr, Hans Peter*, (Hg.) 1987 Die wilde Seele - Zur Ethnopschoanalyse von Georges Devereux, Frankfurt (Main): Suhrkamp
- Erdheim, Mario*, 1982 Die gesellschaftliche Produktion von Unbewußtheit - Eine Einführung in den ethnopschoanalytischen Prozeß, Frankfurt/M: Suhrkamp
- Fabricius, Dirk*, 1996 Selbst-Gerechtigkeit. Zum Verhältnis von Juristenpersönlichkeit, Urteilsrichtigkeit und "effektiver Strafrechtspflege", Baden-Baden: Nomos
- Fischer, Sabine*, 1984 Besprechung von Jakobs (1983), ArchKrim (174), S. 125
- Freud, Sigmund*, 1904 Zur Psychopathologie des Alltagslebens. Über Vergessen, Versprechen, Vergreifen, Aberglaube und Irrtum, Frankfurt/Main (1954): Fischer
- Freud, Sigmund*, 1907 Zwangshandlungen und Religionsübung, StA Bd. VII, S. 11 ff.
- Gast, Wolfgang*, 1987 Vom juristischen Stil, Betriebsberater, S. 1 ff.
- Giddens, Anthony*, 1976 Interpretative Soziologie, Frankfurt; New York 1984: Campus
- Grimm, Dieter*, (Hg.) 1985 Einführung in das Recht. Aufgaben, Methoden, Wirkungen, Heidelberg: Müller

- Hassemer, Winfried*, 1991 Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, München (2. Aufl.): Beck
- Heinrichs, Hans-Jürgen*, 1982 Das Fremde verstehen - Gespräche über Alltag, Normalität und Anormalität, Frankfurt/Main; Paris: Qumran
- Hofstadter, Douglas R.*, 1979 Gödel, Escher, Bach: ein Endloses Geflochtenes Band, Stuttgart 1985: Klett-Cotta
- Hofstadter, Douglas R.; Dennett, Daniel C.* (Hg.) 1981 Einsicht ins Ich, Stuttgart: Klett-Cotta
- Hofstadter, Douglas R.*, 1981c Reflexionen zu Smullyan Ist Gott Taoist?, in Hofstadter/ Dennett (Hg.) 1981, S. 325 – 328
- Hofstadter, Douglas R.*, 1985 Metamagicum. Fragen nach der Essenz von Geist und Struktur, Stuttgart 1988: Klett-Cotta
- Holzkamp, Klaus*, 1983 Grundlegung der Psychologie, Frankfurt/Main; New York: Campus
- Jakobs, Günther*, 1983 Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, Berlin; New York: de Gruyter
- Jakobs, Günther*, 1991 Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin; N.Y.: de Gruyter
- Jakobs, Günther*, 1993 Das Schuldprinzip, Opladen: Westdeutscher Verlag
- Jakobs, Günther*, 1995 Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW S. 843 – 876
- Jakobs, Günther*, 1996 Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen Opladen: Westdeutscher Verlag
- Jakobs, Günther*, 1997, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie., Berlin: Duncker & Humblot
- Jasper, Lutz*, 1986 Die Sprache des Urteils, MDR, S. 198 ff.
- Khan, M. Masud R.*, 1983 Erfahrungen im Möglichkeitsraum, Frankfurt: Suhrkamp
- Kindhäuser, Urs*, 1984 Besprechung von Jakobs (1983), JR, S. 350
- Kindhäuser, Urs*, 1995 Rechtstreue als Schuldkategorie, ZStW, S. 701 – 719
- Köhler, Michael*, 1997 Strafrecht, allgemeiner Teil., Berlin: Springer
- Lamnek, Siegfried*, 1988 Qualitative Sozialforschung, München; Weinheim: PVU
- Laplanche, Jean; Pontalis, J.-B.* 1967 Das Vokabular der Psychoanalyse (2 Bde), Frankfurt: suhrkamp (1973)
- Leithäuser, Thomas; Volmerg, Brigitte* 1979 Anleitungen zur empirischen Hermeneutik. Psychoanalytische Textinterpretation als sozialwissenschaftliches Verfahren, Frankfurt: Suhrkamp
- Lem, Stanislaw*, 1973 Non Serviam, in Hofstadter/Dennett (Hg.) 1981, S. 285 – 303

Lorenzer, Alfred, 1986 ...Gab mir ein Gott zu sagen, was ich leide - Emanzipation und Methode, *Psyche* (40), S. 1051 – 1062

Lorenzer, Alfred, 1986a Vorwort, in: Lorenzer (Hg.) 1987, S. 7 – 9

Lorenzer, Alfred, 1986b Tiefenhermeneutische Kulturanalyse, in: Lorenzer (Hg.) 1986, S. 11 – 98

Lorenzer, Alfred, (Hg.) 1987 Kultur-Analysen, Frankfurt/Main: Fischer

Lüderssen, Klaus, 1995 Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, *ZStW*, S. 877 – 906

Maiers, Wolfgang, 1988 Sechzig Jahre Krise der Psychologie, *FKP* 21, S. 23 – 82

Markard, Morus, 1990 Wie subjektwissenschaftlich sind qualitative Methoden?, *FKP* (H. 25), S. 97 – 105

Meiser, Ute, 1995 Sie leben mit den Ahnen - Krankheit, Adoption und Tabukonflikt in der polynesisch - tonganischen Kultur, Frankfurt: Brandes und Apffel

Mentzos, Stavros, 1976 Interpersonale und institutionalisierte Abwehr, Frankfurt/M: Suhrkamp

Milkau-Kaufmann, Brigitte; Rötznier, Florian 1986 Georges Devereux. Zum Verständnis der Psychoanalyse als epistemologischer und kulturübergreifender Disziplin, *Psyche* (40), S. 665 ff.

Morgenthaler, Fritz, 1978 Technik - Zur Dialektik der psychoanalytischen Praxis, Frankfurt: (2.Aufl. 1981) Syndikat

Morgenthaler, Fritz; Weiss, Florence 1984 Gespräche am sterbenden Fluß. Ethnopschoanalyse bei den Iatmul in Papua – Neuguinea, Frankfurt/Main: Fischer

Müller-Tuckfeld, Jens, 1997, Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, Frankfurt/M: Lang

Nadig, Maya, 1986, Die verborgene Kultur der Frau- Ethnopschoanalytisch e Gespräche mit Bäuerinnen in Mexiko -Subjektivität und Gesellschaft im Alltag von Otomi-Frauen, Frankfurt a. Main: Fischer

Oevermann, Ulrich u.a. 1979 Die Methodologie einer objektiven Hermeneutik und ihre allgemeine forschungslogische Bedeutung in den Sozialwissenschaften, in: Soeffner 1979, S. 285 – 303

Parin, Paul; Morgenthaler, Fritz 1963 Die Weißen denken zuviel. Psychoanalytische Untersuchungen bei den Dogon in Westafrika, Frankfurt/Main (3.Aufl.): Fischer

Parin, Paul, 1978 Der Widerspruch im Subjekt-ethnopschoanalytische Studien, Frankfurt/M: Syndikat

Pohlen, Manfred; Bautz-Holzherr, Margarethe 1989 Der psychoanalytische Diskurs, *Psyche* (43), S. 481 – 505

Quine, Willard Van Orman, 1974 Die Wurzeln der Referenz, Frankfurt (1989): Suhrkamp

Roxin, Claus, 1984 Besprechung von Jakobs (1983), *NJW*, S. 2270

Roxin, Claus, 1996 Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, München: Beck

Rudolphi, Hans-Joachim, 1969 Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen: Schwartz

Sacks, Oliver, 1985 Der Mann, der seine Frau mit einem Hut verwechselte, Reinbek: Rowohlt

Schulz, Lorenz, 1997, Normiertes Mißtrauen. Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt: (Habilitationsschrift)

Scott-Morgan, Peter; Little, Arthur D. 1994 Die heimlichen Spielregeln. Die Macht der ungeschriebenen Gesetze im Unternehmen, Frankfurt: Campus

Seibert, Thomas-Michael, 1977 Zur Fachsprache in der Juristenausbildung: sprachkritische Analysen anhand ausgewählter Textbeispiele aus juristischen Lehr- und Lernbücher, Berlin: Duncker und Humblot

Soeffner, Hans-Georg, (Hg.) 1979 Interpretative Verfahren in den Sozial- und Textwissenschaften, Stuttgart: Metzler

Soeffner, Hans-Georg, (Hg.) 1984 Beiträge zu einer Soziologie der Interaktion, Frankfurt; New York: Campus

Soeffner, Hans-Georg, 1984 Hermeneutik - Zur Genese einer wissenschaftlichen Einstellung durch die Praxis der Auslegung, in Soeffner (Hg.) 1984, S. 9 – 52

Soeffner, Hans-Georg, 1989 Auslegung des Alltags - Der Alltag der Auslegung. Zur wissenssoziologischen Konzeption einer sozialwissenschaftlichen Hermeneutik, Frankfurt: Suhrkamp

Spence, Donald D., 1989 Deutung als Pseudo-Erklärung, *Psyche* (43), S. 289 – 306

Sperber, Dan, 1989 Das Wissen des Ethnologen Frankfurt; New York : Qumran

Spitzer, Manfred, 1996 Geist im Netz. Modelle für Lernen, Denken und Handeln, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft

von Uexküll, Thure, 1990 Freud, die Psychoanalyse und das psychosomatische Problem, *Psyche* (44), S. 445 – 458

Waelder, Robert, 1963 Die Grundlagen der Psychoanalyse, Stuttgart (2. Aufl. 1983): Klett-Cotta

Wagner, Hans-Josef, 1984 Wissenschaft und Lebenspraxis. Das Projekt einer objektiven Hermeneutik, Frankfurt; New York: Campus

Wiesendanger, Harald, 1990 Das Gehirn fühlt mit, *PH H.* 12, S. 9 – 10

Wurmser, Léon, 1989 Die zerbrochene Wirklichkeit. Psychoanalyse als das Studium von Konflikt und Komplementarität, Berlin usw.: Springer

FRANKFURTER KRIMINALWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

- Band 1 Peter Böning: Die Lehre vom Unrechtsbewußtsein in der Rechtsphilosophie Hegels 100 S., 1978.
- Band 2 Wolfgang Schneider: Kriminelle Straßenverkehrsgefährdung (§ 315c Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 3 StGB). Eine kriminologische und strafrechtliche Untersuchung zur Problematik dieser Verkehrsstraftaten unter Berücksichtigung ausländischer Rechte. 342 S., 1978.
- Band 3 Lothar Kuhlen: Die Objektivität von Rechtsnormen. Zur Kritik des radikalen labeling approach in der Kriminalsoziologie. 178 S., 1978.
- Band 4 Günther Grewe: Straßenverkehdelinquenz und Marginalität. Untersuchungen zur institutionellen Regelung von Verhalten. 148 S., 1978.
- Band 5 Dieter Haberstroh: Strafverfahren und Resozialisierung. Eine Studie über Verstehen und Nicht-Verstehen, über Verstanden-Werden und Nicht-Verstanden-Werden und deren Bedingungen in der Hauptverhandlung. 202 S., 1979.
- Band 6 Thomas Vogt: Die Forderungen der psychoanalytischen Schulrichtungen für die Interpretation der Merkmale der Schuldunfähigkeit und der verminderten Schuldfähigkeit (§§ 51 a.F., 20, 21 StGB). 182 S., 1979.
- Band 7 Andreas Michael: Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafverfahrensrecht. Zugleich ein Beitrag über das Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht. 214 S., 1981.
- Band 8 Ilias G. Anagnostopoulos: Haftgründe der Tatschwere und der Wiederholungsgefahr (§§ 112 Abs. 3, 112 a StPO). Kriminalpolitische und rechtssystematische Aspekte der Ausweitung des Haftrechts. 1984.
- Band 9 Helga Müller: Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert. Von P.J.A. Feuerbach bis Franz v. Liszt. 1984.
- Band 10 Frowin Jörg Kurth: Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug. 1984.
- Band 11 Martin J. Worms: Die Bekenntnisbeschimpfung im Sinne des § 166 Abs. 1 StGB und die Lehre vom Rechtsgut. 1984.
- Band 12 Jong-Dae Bae: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelnrecht des StGB. 1985.
- Band 13 Helmut Fünfsinn: Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht. 1985.
- Band 14 Christoph Krehl: Die Ermittlung der Tatsachengrundlage zur Bemessung der Tagessatzhöhe bei der Geldstrafe. 1985.
- Band 15 Walter-Hermann Kiehl: Strafrechtliche Toleranz wechselseitiger Ehrverletzungen - Zur ratio legis der §§ 199, 233 Strafgesetzbuch -. 1986.
- Band 16 Matthias Krahl: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshof zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG). 1986.
- Band 17 Patrick Carroll Campbell: § 220a StGB. Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid? 1986.
- Band 18 Winfried Hasserner (Hrsg.): Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform. 1987.
- Band 19 Felix Herzog: Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts. Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens in der Strafrechtstheorie der Moderne. 1987.

- Band 20 Astrid Michalke-Detmering: Die Mindestanforderungen an die rechtliche Begründung des erstinstanzlichen Strafurteils. Zur Auslegung des § 267 StPO. 1987.
- Band 21 Lothar Kuhlen: Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum. 1987.
- Band 22 Michael Buttel: Kritik der Figur des Aufklärungsgehilfen im Betäubungsmittelstrafrecht (§ 31 BtMG). 1988.
- Band 23 Matthias Kögler: Die zeitliche Unbestimmtheit freiheitsentziehender Sanktionen des Strafrechts. Eine vergleichende Untersuchung zur Rechtslage und Strafvollstreckungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland und den USA. 1988.
- Band 24 Klaus Lüderssen/Cornelius Nestler-Tremel/Ewa Weigend (Hrsg.): Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip. 1990.
- Band 25 Jürgen Taschke: Die behördliche Zurückhaltung von Beweismitteln im Strafprozeß. 1989.
- Band 26 Daniela Westphalen: Karl Binding (1841-1920). Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelehrten. 1989.
- Band 27 Sigrid Jans: Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens. 1990.
- Band 28 Dimitris Spirakos: Folter als Problem des Strafrechts. Kriminologische, kriminalsoziologische und (straf-)rechtsdogmatische Aspekte unter besonderer Berücksichtigung der Folterschutzkonvention und der Pönalisierung der Folter in Griechenland. 1990.
- Band 29 Stephan Moll: Strafrechtliche Aspekte der Behandlung Opiatabhängiger mit Methadon und Codein. 1990.
- Band 30 Stefan Werner: Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus. 1991.
- Band 31 Xanthi Bassakou: Beiträge zur Analyse und Reform des Absehens von Strafe nach § 60 StGB. 1991.
- Band 32 Rainer Runte: Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre. Moderne Strafrechtsdogmatik zwischen Rechtsstaatsprinzip und Kriminalpolitik. 1991.
- Band 33 Olaf Hohmann: Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes. 1991.
- Band 34 Klaus Jochen Müller: Das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO). Eine dogmatisch-kriminalpolitische Studie zu dieser Form des schriftlichen Verfahrens unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung – zugleich ein Beitrag zum StVÄG 1987. 1993.
- Band 35 Sang-Don Yi: Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung. Das strafrechtliche Analogieverbot. 1991.
- Band 36 Birgit Malsack: Die Stellung der Verteidigung im reformierten Strafprozeß. Eine rechtshistorische Studie anhand der Schriften von C. J. A. Mittermaier. 1992.
- Band 37 Rüdiger Schäfer: Die Privilegierung des "freiwillig-positiven" Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat. Zugleich ein Beitrag zum Grundgedanken des Rücktritts vom Versuch und zu den Straftheorien. 1992.
- Band 38 Cornelius Nestler-Tremel: AIDS und Strafzumessung. 1992.
- Band 39 Christine Gutmann: Freiwilligkeit und (Sozio-)Therapie – notwendige Verknüpfung oder Widerspruch? 1993.
- Band 40 Walter Kargl: Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie. 1993.
- Band 41 Jürgen Rath: Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des Täters. 1993.
- Band 42 Martin Fischer: Wille und Wirksamkeit. Eine Untersuchung zum Problem des *doctus alternativus*. 1993.
- Band 43 Regina Harzer: Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft. Zugleich ein Beitrag zur Staats- und Rechtsphilosophie von Hobbes und Kant. 1994.
- Band 44 Helmut Pollähne: Lockerungen im Maßregelvollzug. Eine Untersuchung am Beispiel der Anwendung des nordrhein-westfälischen Maßregelvollzugsgesetzes im Westfälischen Zentrum für Forensische Psychiatrie (Lippstadt). 1994.
- Band 45 Hans-Joachim Leonhardt: Rechtsmittelermaßen der Staatsanwaltschaft. Eine Gegenüberstellung von § 296 StPO mit Nummern 147 und 148 Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV). 1994.
- Band 46 Rolf Grünebaum: Zur Strafbarkeit des Therapeuten im Maßregelvollzug bei fehlgeschlagenen Lockerungen. 1996.
- Band 47 Barbara Bialas: Promille-Grenzen, Vorsatz und Fahrlässigkeit. 1996.
- Band 48 Christine Pott: Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO. Zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrensrechtstheorie. 1996.
- Band 49 Wolfgang Köberer: *iudex non calculat*. Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren. 1996.
- Band 50 Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.): Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. 1995.
- Band 51 Petra Kamberger: Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Garantstellung im Strafrecht? 1996.
- Band 52 Anastassios Triantafyllou: Das Delikt der gefährlichen Körperverletzung (§ 223a StGB) als Gefährdungsdelikt. (Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Gefährungsdelikte). 1996.
- Band 53 Norbert Kiesel: Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB. Grundrechtlicher Einfluß bei der Feststellung strafbaren Unrechts. 1996.
- Band 54 Susanne Ehret: Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip. Zugleich ein Beitrag wider die Gleichsetzung von Magna-charta-Formel und Nullum-crimen-Grundsatz. 1996.
- Band 55 Stefan Braum: Geschichte der Revision im Strafverfahren von 1877 bis zur Gegenwart. Zugleich eine Kritik der Kontinuität politischer Macht im Recht. 1996.
- Band 56 Katja Diel: Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht. 1997.
- Band 57 Christoph Koller: Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde? Die Stellung der Anklagebehörde und die Gewaltenteilung des Grundgesetzes. 1997.
- Band 58 Frank Schöfler: Anerkennung und Beleidigung. Rechtsgut und Strafzweck des § 185 StGB. 1997.
- Band 59 Regina Engelstädter: Der Begriff des Unfallbeteiligten in § 142 Abs. 4 StGB. Zugleich eine Kritik an aktuellen Zurechnungslehren. 1997.

- Band 60 Jörg Reinhardt: Der Ausschluß und die Ablehnung des befangen erscheinenden Staatsanwaltes. 1997.
- Band 61 Jens Christian Müller-Tuckfeldt: Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts. 1998.
- Band 62 Peter Maria Rohe: Verdeckte Informationsgewinnung mit technischen Hilfsmitteln zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Zugleich eine rechtsvergleichende Analyse der polizeilichen Abhörbefugnisse in den U.S.A. 1998.
- Band 63 Dirk Fabricius: Was ein Lehrbuch lehrt ... Eine exemplarische Untersuchung von Jakobs *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 1998.

Christoph Koller

Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde?

**Die Stellung der Anklagebehörde und die Gewaltenteilung
des Grundgesetzes**

Frankfurt/M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1997. 418 S.
Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien. Bd. 57
Verantwortlicher Herausgeber: Klaus Lüderssen
ISBN 3-631-31642-9

br. DM 98.–*

Die verfassungsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft leitet man üblicherweise aus dem Gewaltenteilungsprinzip ab, ohne zu untersuchen, wie das Grundgesetz dieses Prinzip ausgestaltet. Der Verfasser analysiert deshalb die vom Grundgesetz vorgegebene Ordnung der Ausübung von Staatsgewalt und macht dabei die Erkenntnisse einer strukturell-funktionalen Verfassungslehre für das Strafverfahrensrecht nutzbar. Danach hat das Grundgesetz die staatlichen Funktionsträger in jeweils verschiedener Weise so strukturiert, daß demokratische Legitimation, Sanktion und Verantwortung gewährleistet und damit gleichzeitig Kompetenzen festgelegt sind. Der Verfasser untersucht diese Funktionenordnung und schließt daraus auf die Zugehörigkeit der Staatsanwaltschaft zur vollziehenden Gewalt. Schließlich werden die Konsequenzen dieser Stellung der Anklagebehörde im Gefüge der Gewaltenteilung des Grundgesetzes aufgezeigt.

Aus dem Inhalt: Die Stellung der Staatsanwaltschaft – eine Frage der Gewaltenteilung · Die Gewaltenteilung des Grundgesetzes · Die Gewaltenteilung im Strafverfahren · Konsequenzen aus der Zugehörigkeit der Staatsanwaltschaft zur Exekutive



Frankfurt/M · Berlin · Bern · New York · Paris · Wien
Auslieferung: Verlag Peter Lang AG
Jupiterstr. 15, CH-3000 Bern 15
Telefax (004131) 9402131
*inklusive Mehrwertsteuer
Preisänderungen vorbehalten