IV. Regeln anwenden

1. Praxis als Bedeutungsgenerator

Sowohl das Verbrechen als auch die darauf antwortende Bestrafung sind bedeutungshaltige Handlungen: Der Straftäter widerspricht den Anforderungen seiner Mitwirkungspflicht, die Bestrafung bestätigt deren Maßgeblichkeit[279]. Das Wort Bestätigung kann, ohne nähere Erläuterung verwendet, allerdings falsche Vorstellungen über den Prozess der Strafrechtsanwendung hervorrufen. Vor allem, wenn sie mit Luhmanns Begriff der „normativen Erwartung" verbunden wird, dem zufolge Normen prinzipiell dazu dienen, Erwartungen zu *stabilisieren*[280], scheint die Rede von der Normbestätigung ein unangemessen statisches Verständnis dieses Prozesses nahezulegen. Die Norm, deren Verletzung sanktioniert wird, wird demnach zwar in ihrer sozialen Maßgeblichkeit gefestigt, inhaltlich aber bleibt sie, wie sie ist. Der ihr von vornherein innewohnende Bedeutungsgehalt wird durch das erkennende Gericht festgestellt und der zur Entscheidung anstehende Einzelfall wird sodann darunter subsumiert, das ist alles. Die Dynamik der Rechtsentwicklung lässt sich so nicht begreiflich machen. Man denke nur an die Situation einer Rechtsprechungsänderung. Um das eng verstandene Bestätigungs-Modell auf sie anwenden zu können, müsste man sich zu der Behauptung versteigen, eine solche Änderung lasse den wahren Norminhalt unangetastet, sie entferne lediglich die Hülle der bisherigen, nunmehr als falsch erkannten Auslegung, die den Glanz dieser Wahrheit bislang verhüllt habe. Eine solche Konstruktion entfernt sich jedoch dermaßen weit von der wohl bestgesicherten Einsicht der neueren juristischen Methodenlehre, dem Satz vom kreativen Charakter juristischer Interpretation[281], dass sie auch

279 Oben S. 38 f., 51 ff.

280 *Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 42 ff. – Berechtigte Kritik an diesem Normverständnis übt *Möllers* (Fn. 34), S. 129.

281 Zusammenfassend *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 185 ff.; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 19 ff., 42, 74, 166; *Müller* (Fn. 37), S. 35, 38, 62 f.; *Seel-*

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das auf sie gestützte Bestätigungs-Modell der Strafbegründung nachhaltig desavouieren würde.

Meines Erachtens liegt der Fehler allerdings nicht bei diesem Modell, sondern in einem unangemessen verdinglichenden Verständnis dessen, woher die Bedeutung von – hier: strafrechtlichen – Ausdrücken rührt. Bedeutungen sind nichts Gegebenes; entgegen der subkutanen Metaphysik eines jeden Regelplatonismus, selbst wenn er in positivistischem Gewand einherkommt, sind sie keine Schätze, die nur darauf warten, von findigen Sprachverwendern aufgefunden zu werden[282]. Sprachliche Bedeutungen sind vielmehr das Ergebnis einer kollektiven Handlungspraxis[283]. Die Grundstruktur sozialer Praktiken hat Hegel in die berühmte Formel vom „*Ich*, das *Wir*, und *Wir*, das *Ich* ist", gekleidet[284]. Die sittliche Substanz ist demnach den einzelnen Subjekten zwar in dem Sinne „vorausgesetzt", als diese sie in Gestalt der mannigfachen Handlungs- und Symbolsysteme, die in ihrem Zusammenwirken die „geistige Natur" ausmachen, bereits vorfinden[285]. Jedoch sind es die zahllosen aneinander anknüpfenden und aufeinander verweisenden Handlungen ebendieser vielen Einzelnen, durch welche sich „die Substanz des Willens zur organischen sittlichen Welt entfaltet"[286]. Der Vorschlag Durkheims, soziale Tatsachen wie Dinge zu betrachten[287], geht deshalb fehl[288]. Gesellschaftliche Gegenstände sind nach einer Wendung John Searles vielmehr „Platzhalter für Tätigkeitsstrukturen"[289]. So wie die vielen Einzelnen von der bestehenden Ordnung abhängig sind, lebt diese umgekehrt davon, dass sie durch

mann/Demko, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 29 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 677 ff.

282 *Müller* (Fn. 37), S. 62; klarstellend auch *Seel* (Fn. 51), S. 93; *Stekeler-Weithofer* (Fn. 22), S. 51.

283 Oben S. 9 f.

284 *Hegel*, Phänomenologie des Geistes, in: ders., Werke (Fn. 44), Bd. 3, 1986, S. 145.

285 *Köstlin* (Fn. 42), S. 114.

286 *Köstlin* (Fn. 42), S. 114.

287 *Durkheim*, Die Regeln der soziologischen Methode, 3. Aufl. 1994, S. 115.

288 *Taylor* (Fn. 5), S. 516.

289 *Searle* (Fn. 29), S. 67.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Einzelnen als maßgeblich behandelt, fortgeführt und weiterentwickelt wird.

Dies gilt auch für die Praxis der sprachlichen Bedeutungserzeugung. „Kein Text liest sich selbst“[290]; ebenso wie jede Praxisform existiert vielmehr auch die Sprache ausschließlich in ihren Realisierungen[291]. Weil die einzelnen Ausdrücke nur in der *Praxis* einer Sprache Bedeutung haben[292], gibt es Regeln wie etwa die Normen des Rechts ebenfalls nur im Vollzug[293]. Die Sprache ist deshalb „weder eine dem Sprecher vorgeordnete und von ihm unabhängige quasi-natürliche Größe noch ein dem Belieben des jeweiligen Sprechers und seiner Intentionen überantwortetes reines Kunstprodukt“[294]. Sie entspricht also weder dem aus dem Bereich der belebten Natur bekannten Modell der Ontogenese noch dem durch die Tätigkeit des Handwerkers versinnbildlichten Modell zielgerichteten Herstellens[295], sondern stellt, wie der Düsseldorfer Sprachwissenschaftler Rudi Keller es nennt, ein „Phänomen der dritten Art“[296] dar: das Produkt von Individuen, die selbst die Produkte ihrer Teilhabe an der Sprache sind[297]. Die bedeutungserzeugenden Regeln sind den Sprechern aus diesem Grund sowohl vorgegeben als auch ausgeliefert[298]. Sie gelten in dem Ausmaß und mit dem Inhalt, wie sie in der jeweils aktuellen Sprachpraxis als maßgeblich behandelt werden. Dies hat zur Folge, dass im Einzelfall zwischen Wiederholung und Neuschöpfung nicht unterschieden werden kann[299], weil einer jeden Regelanwendung die Möglichkeit einer (mehr oder weniger subtilen) Bedeutungsverschiebung

290 *Fish* (Fn. 97), S. 95.
291 *Menke* (Fn. 186), S. 341; *Stekeler-Weithofer* (Fn. 22), S. 130.
292 *Seel* (Fn. 51), S. 93.
293 *Menke* (Fn. 186), S. 340.
294 *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 225 f.
295 *Keller*, Sprachwandel, 4. Aufl. 2014, S. 25.
296 *Keller* (Fn. 295), S. 87 ff.
297 *Pippin* (Fn. 4), S. 143, der diese Kennzeichnung auf Hegels „Geist“ bezieht.
298 *Brandom* (Fn. 43), S. 100 ff.
299 *Möllers* (Fn. 34), S. 180; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 123; *Müller* (Fn. 37), S. 145 f.; *Somek*, Rechtssystem und Republik, 1992, S. 353; *Somek/Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken, 1996, S. 161 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

immanent ist[300]. Die Einsicht in den kreativen Charakter regelanwendender Tätigkeit erscheint vor diesem Hintergrund unausweichlich[301].

Diese Einsicht gräbt einem allzu engherzigen Verständnis von „bestätigen" das Wasser ab. Vermag nämlich ein vorgegebener allgemeiner Standard – sei es eine Gesetzesvorschrift oder ein richterrechtliches Prinzip – seine Anwendung auf den einzelnen Fall nicht abschließend zu determinieren[302], so kann er in einer auf ihn Bezug nehmenden Entscheidung nur dergestalt bestätigt werden, dass er als ihr (rechtsstaatlich freilich unverzichtbarer) Ausgangs- und Zurechnungspunkt anerkannt wird[303]. Bestätigt wird im Akt der Bestrafung insofern nicht nur, ja nicht einmal in erster Linie die jeweils herangezogene Strafvorschrift als solche als vielmehr das Vertrauen darauf, dass ihre Fortentwicklung zu der konkreten Entscheidungsnorm im Einklang mit den etablierten methodischen Standards geschieht. Kurz gesagt: Gegenstand der Bestätigung ist nicht in erster Linie eine konkrete Normauslegung, sondern vor allem eine komplexe Begründungskultur[304]: das aus der Entwicklung der Profession hervorgehende Verständnis davon, wie der Verlauf der Grenze zwischen dem noch Straflosen und dem schon Strafbaren in methodisch korrekter Weise zu ziehen ist. Dies ist im Folgenden näher erläutert.

300 *Möllers* (Fn. 34), S. 203; *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 200; *Müller* (Fn. 37), S. 128; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 123; *Taylor* (Fn. 5), S. 480 f.

301 *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 41 f., 228 f., 269 ff., 325; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 31 f., 73, 107, 126, 140; *Müller* (Fn. 37), S. 53, 61, 140 f., 338 f., 369; *Somek/Forgó* (Fn. 299), S. 96 ff., 133 ff.

302 *Möllers* (Fn. 34), S. 195, 278, 401, 421 f.; *Müller* (Fn. 37), S. 81, 132; *Somek/Forgó* (Fn. 299), S. 123, 164.

303 Zu dieser Funktion des Normtextes *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 149 f., 186, 202, 234, 242, 288; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 32 f., 71, 117 ff.; *Müller* (Fn. 37), S. 70 f., 81, 95, 105, 113, 145, 369 ff.

304 Vgl. *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 172, 197 f.; 271; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 27, 35, 135 f.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bedeutungen sind das Ergebnis von *Deutungen*. Sie setzen daher *Deutungsmaßstäbe* oder, wie ich sie an früherer Stelle genannt habe, *Bewertungsschemata* voraus[305]: Kriterien, die die Bedeutungszuschreibung in dem betreffenden Handlungsbereich regulieren. Das strafrechtlich relevante Deutungsschema ist das Strafgesetz[306]. Wer aber bestimmt über dessen genauen Inhalt? Dass die klassische Antwort „Der Gesetzgeber" unzureichend ist, wird an kaum einer anderen Rechtsmaterie so deutlich sichtbar wie am Allgemeinen Teil des Strafrechts, der eine gemessen an seiner praktischen Relevanz geradezu lächerlich geringe Anzahl gesetzlicher Vorschriften aufweist. Zu kurz greift aber auch der Verweis auf die Rechtsprechung, insbesondere die der Höchst- und Obergerichte. Zwar wird jeder ernstzunehmende dogmatische Beitrag zu einer bestimmten Einzelfrage der Auseinandersetzung mit der Auffassung des Bundesgerichtshofs großes Gewicht beimessen. Dessen ungeachtet besitzt der Bundesgerichtshof kein Monopol in Deutungsangelegenheiten. Zum einen erhebt jede dogmatische Äußerung den Anspruch, die beste aller in Betracht kommenden Deutungsvarianten zu dem behandelten Problem vorzulegen[307]. Zum anderen vermag ein (höchst-)gerichtliches Urteil zwar einen konkreten Rechtsstreit, nicht aber die Diskussion der ihm zugrundeliegenden Rechtsfrage als solcher zum Abschluss zu bringen[308]. Wie die von ihnen gefällten Entscheidungen aus diesem Diskussionsprozess hervorgehen, kann den Gerichten nicht gleichgültig sein. Eine Gerichtsbarkeit, die die in der Fachöffentlichkeit praktizierten Begründungsstandards großflächig unterbietet, setzt mit ihrer fachlichen Reputation zu-

305 Oben S. 21 f.
306 Oben S. 24.
307 *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 342; *ders.*, Recht als Struktur und Argumentation, 2008, S. 90; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 366 f.
308 *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 168 ff.; *Müller* (Fn. 37), S. 52 f., 97 f., 371.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleich auch ihre soziale Autorität aufs Spiel[309]: So wie in Duffs Untertanenstrafrecht[310] orientiert man sich an ihr, weil sie machthabend ist, nicht aber weil man in ihr ein respektables Medium praktischer Rechtsvernunft erblickt. Aus gutem Grund legt die höchstrichterliche Rechtsprechung daher gerade in Deutschland Wert darauf, sich mit den aus ihrer Sicht beachtenswerten Literaturstimmen, sei es zustimmend, sei es kritisch auseinanderzusetzen.

Diesen Befunden wird nur gerecht, wer „das Strafrecht" nicht einfach als seinsgelöste Normenordnung versteht, sondern es ebenso wie die Sprache selbst gebrauchsorientiert, d.h. als das höchst bewegliche und inhaltlich niemals eindeutig festlegbare Kondensat einer sozialen Praxis begreift[311]. „Jede Einzelheit ist Handeln, nichts tut sich von selbst […]. Alles muß der praktische Jurist argumentierend entscheiden."[312] Ebenso wie die Sprache kein dem Sprecher fertig vorgegebenes Regelwerk, sondern ein „Verfahren zur Konstitution von Bedeutung"[313] ist, das durch Machtkämpfe ständig verändert wird[314], sind daher auch die Normierungen und Wertungen des Strafrechts den Angehörigen der auf seine Auslegung spezialisierten Interpretationsgemeinschaft nicht objektiv vorgegeben. Sie sind vielmehr „abhängig von konfligierenden Bestimmungsversuchen im öffentlichen Sprachkampf"[315], in dessen Rahmen einzelne, nach Rang und Gewicht sehr unterschiedliche Akteure[316] Deutungsvorschläge unterbreiten, die von anderen Akteuren sodann übernommen, verworfen oder verändert

309 *Somek/Forgó* (Fn. 299), S. 193 f.
310 Oben S. 34.
311 Näher *Möllers* (Fn. 34), S. 203, 180 ff., 250 ff., *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 209, 223 ff., 345 f.; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 26 f.; *Müller* (Fn. 37), S. 66, 387, 391; *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989, S. 277 ff.; *Somek* (Fn. 299), S. 330 ff.; *Somek/Forgó* (Fn. 299), S. 96 ff., 107 ff., 133 ff. – Das Gleiche besagt im Ergebnis Luhmanns Theorie sozialer Systeme (vgl. *Luhmann* [Fn. 307], S. 40 ff.).
312 *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 209.
313 *Christensen* (Fn. 311), S. 278.
314 *Hampe* (Fn. 22), S. 141; *Bourdieu* (Fn. 17), S. 35 f., 72.
315 *Christensen* (Fn. 311), S. 278.
316 Zu den damit verbundenen Fragen *Bourdieu* (Fn. 17), S. 51 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden[317]. Im Rahmen dieses „semantischen Kampfes“[318] – eines komplexen Knäuels von vielfältig aufeinander bezogenen Stellungnahmen[319] – beinhaltet jede Bedeutungszuschreibung eine, sei es explizite, sei es implizite, Zurückweisung der dadurch verworfenen Deutungsalternativen[320]; der Satz *Omnis determinatio est negatio* gilt auch insoweit.

Zwar gibt es zu einem gegebenen Zeitpunkt umfangreiche weitgehend zweifelsfreie Bereiche, doch ist, worauf der amerikanische Literaturwissenschaftler und Jurist Stanley Fish hinweist, „dieser Kernbestand von ebenden Kräften geschaffen worden, die er jetzt (freilich nur *vorübergehend*) in Schach hält“[321]. Das Strafrecht bildet dementsprechend den Inbegriff der zu einem bestimmten Zeitpunkt von den meinungsprägenden Instanzen, vor allem den Gerichten *aktualisierten* und der zu diesem Zeitpunkt im Status der Potentialität befindlichen, aber im Prinzip *aktualisierungsfähigen* Zuschreibungskriterien. Aktualisierungsfähig sind zwar nicht alle irgendwie denkbaren Deutungsvorschläge[322], sondern – wie ich im Anschluss an William James formulieren möchte – nur solche, die *lebendig* in dem Sinne sind, dass sie von denen, welchen sie sich darbieten, als ernsthaft diskutable, in den üblichen Fachdiskurs integrierbare Möglichkeiten angesehen werden[323]. Dessen ungeachtet ist das Strafrecht – gerade wenn es so stark dogmatisiert ist wie in Deutschland – durch einen großen Überschuss des alternativ Möglichen gegenüber dem Machtvoll-Wirklichen ge-

317 Den Versuch, den Verlauf solcher Deutungskämpfe anhand der evolutionstheoretischen Grundkategorien von Variation, Selektion und Stabilisierung nachzuzeichnen, unternehme ich in: FS Paeffgen, 2015, S. 21 ff.

318 *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 198, 206, 268; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 9, 58, 64, 66 ff., 78, 105, 112 f., 136; *Müller* (Fn. 37), S. 20, 148, 348.

319 *Möllers* (Fn. 34), S. 203.

320 *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 58, 111; *Müller* (Fn. 37), S. 146, 364.

321 *Fish* (Fn. 97), S. 187 (Hervorhebung im Original).

322 Man mag vom „methodisch Möglichen“ sprechen (so *Müller/Christensen/Sokolowski* [Fn. 37], S. 132 f.), dies verstanden als der Reichtum der Varianten, die ein Normtext plausiblermaßen zulässt (*Müller* [Fn. 37], S. 96).

323 Vgl. *James*, Der Wille zum Glauben, in: Martens (Hrsg.), Philosophie des Pragmatismus, 2009, S. 129.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kennzeichnet[324]. Strafrechtlicher Wandel besteht darin, dass einzelne dieser Möglichkeiten an Wirklichkeitsmächtigkeit gewinnen – bis hin zu spektakulären Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung –, während andere Möglichkeiten von lebendigen zu toten Hypothesen absinken, zu Positionen also, die zwar vordergründig noch erörtert werden, an deren Überlegenheit aber niemand mehr ernsthaft glaubt[325]. Streng genommen verändert sogar jede einzelne literarische oder gerichtliche Stellungnahme das Gesamtgebäude des Strafrechts, weil sie dessen Komplexität, wenn auch nur in minimalem Umfang, erhöht[326]. Das so verstandene Strafrecht hat keine distinkten Schöpfer; Autor des Strafrechts – wenn man in diesem Zusammenhang überhaupt noch von Autorschaft reden will – ist vielmehr die Gemeinschaft der professionellen Strafrechtsexperten in ihrer Gesamtheit[327]. Mit dem Frankfurter Philosophen Christoph Menke gesprochen: „*Jeder* Praxisteilnehmer und *nur* der Praxisteilnehmer ist ein Praxisbestimmender."[328]

Wie aber sollen die Praxisteilnehmer an Normen gebunden sein, deren Interpretation nicht fixierbar ist? Läuft dies nicht auf eine Paradoxie, entscheidungstheoretisch gesprochen: einen verkappten Dezisionismus hinaus? Mitnichten, denn die behauptete Beliebigkeit gibt es *in praxi* nicht[329]. Zum einen bewegt sich jeder Mensch mit seinem Handeln, aber auch mit seinem Denken, Fühlen und Wahrnehmen in einer kulturell bereits erschlossenen Welt[330]. Deren symbolische Ordnung „schreibt in das Individuum eine (unbewusste) existenzielle Abhängigkeit von gesellschaftlichen Institutionen ein"[331]. Jedes *individu-*

324 *Möllers* (Fn. 34), S. 292; *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 197 ff., 321, 349 ff.; *Müller* (Fn. 37), S. 347.
325 Vgl. *James* (Fn. 323), S. 131.
326 *Benhabib*, in: Broszies/Hahn (Hrsg.), Globale Gerechtigkeit, 2010, S. 432; *Luhmann* (Fn. 307), S. 107; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 119; *Müller* (Fn. 37), S. 108; *Somek/Forgó* (Fn. 299), S. 138.
327 Vgl. *Somek* (Fn. 299), S. 356 f.
328 *Menke* (Fn. 186), S. 341.
329 Ebenso *Möllers* (Fn. 34), S. 314 ff.
330 Vgl. nur *Borsche* (Fn. 269), S. 117 f.; *Müller* (Fn. 37), S. 96.
331 *Vesting*, Die Medien des Rechts, Bd. 3, 2013, S. 118.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

elle Wissen und Können – und gar die Fähigkeit zur Teilnahme an einer derart raffinierten Praxisform wie derjenigen der Strafrechtswissenschaft – ist deshalb vermittelt und bedingt durch ein *gemeinsames* Wissen und Können[332]. Sogar der innovativste Schritt kommt nicht aus dem Nichts. „Vielmehr baut er auf längst etablierten Formen auf, und selbst ein besonders heldenmütiger Neuerer muß sie zunächst durch Schulung und Sozialisation lernen, ehe er seinen einsamen Kampf führen kann."[333] Auch jede Diagnose eines strafrechtlichen Problems und jeder Vorschlag zu seiner Bewältigung erfolgen auf der Basis einer spezifischen juristischen Sozialisation[334] und fädeln sich unweigerlich in das Gewebe vorhandener Themen und Überlegungen ein[335]; bei ihnen handelt es sich niemals nur um individuelle Vorkommnisse, sondern stets auch um soziale Ereignisse[336].

Dieser Disziplinierungseffekt wird dadurch verstärkt, dass wissenschaftliche Äußerungen sich nicht als individuelle Meditationsübungen präsentieren, sondern als Beiträge zu einer laufenden Debatte[337]. Daher treten sie mit dem Anspruch auf, so gut begründet zu sein, dass sie von sämtlichen Diskussionsteilnehmern übernommen werden sollten[338]. Damit aber gibt der einzelne Diskussionsteilnehmer die Definitionskompetenz über die Güte seines Beitrags aus der Hand[339]; denn „was ein triftiger Grund für etwas sei", das – so bemerkt Wittgenstein – „entscheide nicht ich"[340], sondern die Öffentlichkeit der Kommunikationspartner[341]. Auch in der juristischen Welt kommt das Neue nur

332 *Seel*, Theorien, 2. Aufl. 2009, S. 117; *Stekeler-Weithofer* (Fn. 22), S. 92 f., 97.
333 *Dreyfus/Taylor* (Fn. 6), S. 195.
334 *Somek/Forgó* (Fn. 299), S. 133 f.
335 *Müller* (Fn. 37), S. 376.
336 Vgl. nur *Knoblauch*, Wissenssoziologie, 2005, S. 18; *Luhmann*, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 1, 1993, S. 232; *Dreyfus/Taylor* (Fn. 6), S. 197 f.; *Fish* (Fn. 97), S. 52.
337 *Luhmann* (Fn. 307) S. 364.
338 Oben S. 63.
339 *Fish* (Fn. 97), S. 64; *Müller* (Fn. 37), S. 131.
340 *Wittgenstein*, Über Gewißheit, Nr. 271, in: ders., Werkausgabe (Fn. 15), Bd. 8, 1984, S. 173.
341 *Kopperschmidt*, Argumentationstheorie zur Einführung, 2000, S. 69 f.; *Müller* (Fn. 37), S. 414; *Nida-Rümelin* (Fn. 5 – Philosophie), S. 99, 134.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dann an und verendet nicht in der „Vorhölle der Erwähnungsfußnoten“[342] oder im ewigen Eis kollektiver Beschweigung, „wenn es von den richtigen Leuten im richtigen Augenblick und in der richtigen Weise der einflussreichen Bezugsgruppe vorgelegt wird“[343]. Deshalb wird sich der einzelne Strafrechtswissenschaftler, wenn schon nicht aus persönlicher Überzeugung, so doch jedenfalls um der von ihm erstrebten Wirkung auf seine Fachgenossen willen[344], allzu wilde Gedankenflüge versagen. Stattdessen wird er bestrebt sein, Unvertrautes auf Vertrautes zurückzuführen, also Anschluss an die methodischen und rechtsinhaltlichen „Plausibilitätspotenziale“[345] seiner Kommunikationsgemeinschaft zu halten[346].

Aus diesen Gründen setzt jede strafrechtswissenschaftliche Begründung „mehr Gewissheiten voraus, als sie ihrerseits methodisch einlösen kann“[347]. Vor allem aber kommt sie nicht umhin, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in eine vorhandene Rechtsordnung „nicht irgendwelche Änderungen hineingesetzt werden [können], sondern nur solche, die für vorhandene Problemlösungen – realer oder auch rein dogmatischer Art – funktionale Äquivalente bieten“[348] und das vorliegende Rechtsmaterial im Großen und Ganzen zu erfassen und zu rechtfertigen vermögen. Indem er sich, wie oberflächlich auch immer, an den Autoritätsquellen und Begründungsstandards des Systems orientiert, bestätigt jeder Änderungsvorschlag aber zugleich die Maßgeblichkeit dieses Systems[349]; in dieser Abhängigkeit der Kritik vom Kritisierten liegt die – wenn man das Wort liebt – Dialektik jeder Kri-

342 *Kersting*, Macht und Moral, 2010, S. 190.
343 *Toulmin*, Kritik der kollektiven Vernunft, 1983, S. 319.
344 Dazu eindringlich *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 94.
345 *Kopperschmidt* (Fn. 341), S. 66.
346 Allgemein dazu *Bourdieu* (Fn. 17), S. 56 f.; *Kopperschmidt* (Fn. 341), S. 81 f.; *Tetens*, Philosophisches Argumentieren, 2. Aufl. 2006, S. 61, 187; speziell für den Bereich des Rechts *Christensen* (Fn. 311), S. 281 ff.; *Rübben*, Bedeutungskampf, 2015, S. 133.
347 *Kopperschmidt* (Fn. 341), S. 80 (dort findet sich auch das obige Zitat); *Spaemann*, Philosophische Essays, 1994, S. 114 f.; aus rechtstheoretischer Perspektive *Somek* (Fn. 299), S. 331 f.
348 *Luhmann* (Fn. 280), S. 349.
349 *Menke* (Fn. 186), S. 311 f.; *Bourdieu* (Fn. 17), S. 35 f.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tik[350]. In besonderer Weise trifft dieser Doppeleffekt von Veränderung und Stabilisierung auf gerichtliche Entscheidungen zu, weil die Gerichte zwar gleichsam von Haus aus ein Stück der Rechtswirklichkeit umgestalten, dabei aber am stärksten von allen Akteuren des Rechtssystems auf die Semantik der Kontinuitätswahrung festgelegt sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die gerichtlichen Urteile im Einzelfall die Strafbarkeit des Angeklagten bejahen oder ob sie diese verneinen. In beiden Fällen tragen sie gleichermaßen dazu bei, die Geltung der legitimatorischen Standards zu reproduzieren, welche in dieser konkreten Rechtsgemeinschaft die professionelle Beurteilung der Frage regulieren, ob ein bestimmtes Handeln als strafwürdige Absage an die bürgerliche Mitwirkungspflicht zu bewerten ist.

3. Strafrecht als Manifestation kollektiver Vernunft

Dieser Befund hat eine legitimationstheoretisch bedeutsame Kehrseite. So wie das Strafrecht nicht das Produkt einer benennbaren Zahl von Einzelpersonen, sondern dasjenige einer kollektiven Praxis ist, stellt umgekehrt ein jeder die Maßgeblichkeit dieser Praxis bestätigende Einzelakt in gewisser Weise den Endpunkt einer kollektiven Leistung dar, weil sie es ist, welcher er seinen spezifischen Bedeutungsgehalt verdankt und welche den Möglichkeitsraum für individuelle Stellungnahmen absteckt. Jean Paul legt den Juristen zwar die antipaulinische Lebensmaxime in den Mund: „prüfet alles und das Schlimmste behaltet“[351], aber sowohl aus der juristischen Binnenperspektive als auch aus der Sicht einer praxeologisch orientierten Philosophie stellen sich die Dinge umgekehrt dar. In dem Zusammenspiel von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, die einander beobachten, aufeinander Bezug nehmen und einander gegebenenfalls korrigieren, äußert sich danach das höchstmögliche Maß an Rechtsvernunft, welches unter den Bedingungen eines, wie Hegel sagt, „von allen Sei-

350 *Stekeler-Weithofer* (Fn. 22), S. 366.
351 *Jean Paul*, Ideengewimmel, 1997, S. 157.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten her in Endlichkeit verstrickte[n]“ Daseins[352] (Stichworte: kognitive Beschränkungen, normativer Pluralismus und Zeitknappheit) überhaupt erreichbar ist. Letztlich ist es somit das Wirken dieser gemeinschaftlichen Vernunft, das den mit Strafe bedrohten Mitwirkungspflichten ihre inhaltliche Konturierung und das der Praxis der Normbestätigung per Strafe ihre spezifische Dignität verleiht. Diesem Wirken den erforderlichen Raum zu gewähren ist buchstäblich das Beste, das die Rechtsgemeinschaft dem einzelnen Straftäter zu geben vermag; mehr kann und darf er als Bürger nicht verlangen.

352 *Hegel* (Fn. 165), S. 137.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-59 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY