

Strafrecht und Gesellschaft

Herausgegeben von
URS KINDHÄUSER,
CLAUS KREß,
MICHAEL PAWLIK und
CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG

Mohr Siebeck

Strafrecht und Gesellschaft



Strafrecht und Gesellschaft

Ein kritischer Kommentar zum Werk von
Günther Jakobs

Herausgegeben von
Urs Kindhäuser, Claus Kreß, Michael Pawlik und
Carl-Friedrich Stuckenberg

Mohr Siebeck

Urs Kindhäuser war Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Bonn, Emeritierung 2017.

Claus Kreß ist Professor für deutsches und internationales Strafrecht und Völkerrecht an der Universität zu Köln.

Michael Pawlik ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg i. Br.

Carl-Friedrich Stuckenberg ist Professor für deutsches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung sowie Strafrechtsgeschichte an der Universität Bonn.

ISBN 978-3-16-156680-6 / eISBN 978-3-16-156681-3
DOI 10.1628/978-3-16-156681-3

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|----------------------|---|
| <i>Claus Kreß</i> | |
| Einführung | 1 |

Teil I: Ideengeschichtliche Einordnung

| | |
|----------------------|----|
| <i>Rainer Zaczyk</i> | |
| Feuerbach | 65 |

| | |
|------------------------------------|----|
| <i>Kurt Seelmann</i> | |
| Günther Jakobs und Hegel | 85 |

| | |
|---|----|
| <i>Benno Zabel</i> | |
| Von Wert und Nutzen einer kritischen Strafrechtswissenschaft. Günther Jakobs über Ernst Beling, Franz v. Liszt und Gustav Radbruch | 99 |

| | |
|-----------------------------------|-----|
| <i>Carl-Friedrich Stuckenberg</i> | |
| Neukantianismus | 125 |

| | |
|--|-----|
| <i>Urs Kindhäuser</i> | |
| Günther Jakobs und Hans Welzel | 155 |

| | |
|--|-----|
| <i>Stephan Ast</i> | |
| Konvergenzen, Divergenzen und Diskussionen zwischen Günther Jakobs und Armin Kaufmann | 195 |

| | |
|--|-----|
| <i>Michael Pawlik</i> | |
| Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken | 217 |

Teil II: Dogmatische Durchführung

| | |
|--|-----|
| <i>Ulfrid Neumann</i> | |
| Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung | 257 |
| <i>Volker Haas</i> | |
| Der Verbrechensbegriff von Günther Jakobs | 277 |
| <i>Wolfgang Wohlers</i> | |
| Günther Jakobs und die Rechtsgutslehre | 307 |
| <i>Reinhard Merkel</i> | |
| Feindstrafrecht. Zur kritischen Rekonstruktion eines produktiven Störenfrieds in der Begriffswelt des Strafrechts | 327 |
| <i>Bernd Müssig</i> | |
| Objektive Zurechnung und Strafrechtstheorie | 357 |
| <i>Georg Freund</i> | |
| Jakobs und die Unterlassungsdelikte. Von der Verhaltensform zur Qualität der Verhaltensnorm | 379 |
| <i>Ingeborg Puppe</i> | |
| Vorsatz | 403 |
| <i>Hans-Ulrich Paeffgen</i> | |
| Irrtumslehre | 419 |
| <i>Björn Burkhardt</i> | |
| Fahrlässigkeit als individuelle Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung | 441 |
| <i>Javier Wilenmann</i> | |
| Rechtfertigung | 491 |
| <i>Helmut Frister</i> | |
| Schuld und Entschuldigungsgründe | 527 |
| <i>Walter Perron</i> | |
| Rechtsvergleichende Beobachtungen zur funktionalen Schuldfähigkeitslehre | 545 |

| | |
|--|-----|
| <i>Dennis Dold</i> | |
| Versuch und Rücktritt | 561 |
| <i>Hernán Darío Orozco López</i> | |
| Jakobs' Theorie der Beteiligung | 585 |
| <i>Juan Pablo Mañalich</i> | |
| Verallgemeinerung als Pathos. Zu Günther Jakobs' Beitrag zur Dogmatik des Besonderen Teils | 613 |
| Teil III: Wirkungsgeschichte und Ausblick | |
| <i>Wolfgang Frisch</i> | |
| Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs | 647 |
| <i>Manuel Cancio Meliá</i> | |
| Non licet? Überlegungen zum Status der Kriminalpolitik in der Strafrechtslehre Günther Jakobs' | 697 |
| <i>Klaus Ferdinand Gärditz</i> | |
| Das Strafrechtsdenken von Günther Jakobs aus der Sicht der Staats- und Verfassungstheorie | 709 |
| <i>Jesús-María Silva Sánchez</i> | |
| Der Einfluss von Günther Jakobs' Werk auf den spanischsprachigen Raum. Eine Beobachtung zweiter Ordnung | 737 |
| <i>Takaaki Matsumiya</i> | |
| Einfluss auf die ostasiatische Strafrechtsdogmatik | 751 |
| <i>Claes Lernestedt</i> | |
| The Sounds of Silence. A Few Reflections from Elsewhere | 763 |

Teil IV: Anhang

| | |
|---|-----|
| <i>Mathias Schmoeckel/David von Mayenburg</i> | |
| Ein Gespräch mit Herrn Professor Dr. Günther Jakobs | 791 |
| Verzeichnis der Schriften von Günther Jakobs | 809 |
| Danksagung | 833 |
| Autorenverzeichnis | 835 |

Einführung

Claus Kreß

Am 26. Juli 2017 wurde der Strafrechtswissenschaftler und Rechtsphilosoph Günther Jakobs 80 Jahre alt. Schon im Vorwort der Festschrift zu Jakobs' 70. Geburtstag schrieb Pawlik, dem Jubilar sei „ein Platz unter den Großen der deutschen Strafrechtswissenschaft gewiss“¹. In der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, dessen Herausgeberkreis Jakobs seit 1998 angehört, würdigt Hörnle diesen in ihrem Glückwunsch zu seinem 80. Geburtstag als „einen herausragenden Vertreter[.] der deutschen und internationalen Strafrechtswissenschaft, ein[en] Leuchtturm unserer Disziplin“². Pawlik und Hörnle durften und dürfen sich bei diesen Einschätzungen allgemeiner Zustimmung im Fachkollegium sicher sein. So hätte Jakobs es mehr als verdient gehabt, aus Anlass seines jüngsten runden Geburtstags eine zweite Festschrift dargebracht zu erhalten. Indessen erschien es den Herausgebern dieses Bands, als sie vor einigen Jahren in ihre diesbezüglichen konzeptionellen Überlegungen eintraten, noch reizvoller, Jakobs' herannahenden Ehrentag zum Anlass zu nehmen, sein Werk ganz ins Zentrum einer gemeinsamen gedanklichen Anstrengung zu rücken. Vorbereitend hierzu gab Pawlik 2017 – als Geburtstagsgeschenk für den Jubilar und zugleich zu Gunsten der Kollegenschaft – die imposante Sammlung „Günther Jakobs. Strafrechtswissenschaftliche Beiträge“ heraus.³ Dem folgt nun der hier vorliegende Band, dessen Ziel es ist, Jakobs' Werk zu rekonstruieren und zu reflektieren. Das Spektrum der Autoren reicht von Schülern, die mit ihrem Lehrer in einem engen gedanklichen Zusammenhang stehen, bis hin zu entschiedenen geistigen Widersachern. Gemeinsam ist allen Beitragenden das Wissen um die Bedeutung und das Gespür für die Faszination von Jakobs' Werk.

¹ In: FS Jakobs, 2007, S. VII. Dort finden sich auch die Stationen von Jakobs' wissenschaftlichem Werdegang aufgeführt: 1967 Promotion und 1972 Habilitation in Bonn bei Hans Welzel, nach einer kurzen Zwischenstation in Bochum 1972 Berufung nach Kiel, 1976 bis 1986 Regensburg und 1986 Rückkehr nach Bonn „auf den Lehrstuhl Hälschners, Graf zu Dohnas, Welzels und Armin Kaufmanns“ (ebda.).

² ZStW 129 (2017), 593.

³ Dieser Band enthält neben der Laudatio, die Pawlik bei der Übergabe der Festschrift auf Jakobs gehalten hatte, und einem kurzen Vorwort von Jakobs eine sehr beträchtliche Zahl von dessen Abhandlungen. Keinen Eingang gefunden haben die Beiträge zur Beteiligungslehre, zu der Jakobs 2014 die (nur dem Umfang nach) kleine Monographie „Theorie der Beteiligung“ vorgelegt hat. Im Folgenden werden Texte von Jakobs, soweit sie in den „Beiträgen“ zum Wiederabdruck gekommen sind, auch nach diesem Band zitiert.

A. Annäherung an Jakobs' Werk

I. „Allmähliche Verfertigung der Gedanken“

Am 4. März 2015 hielt Jakobs seinen bislang letzten Vortrag vor der Geisteswissenschaftlichen Klasse der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und Künste, der er seit 1991 als ordentliches Mitglied angehört.⁴ Der von ihm bei dieser Gelegenheit traktierten „Nötigung“ hatte Jakobs bereits zuvor wiederholt seine Aufmerksamkeit gewidmet.⁵ Vor diesem Hintergrund zitiert er eingangs seines Vortrags Kleists kleines Prosastück „Über die allmähliche Verfertigung der Gedanken beim Reden“, und er gibt der Hoffnung Ausdruck, seine Gedanken zum strafrechtlichen Begriff der Nötigung nun „allmählich verfertigt“ zu haben.⁶ Dieser bescheidene Hinweis auf bei früherer Gelegenheit (aus der eigenen retrospektiven Sicht) noch nicht ganz recht Entwickeltes sei hier ins Positive gewendet und zugleich auf Jakobs' Oeuvre insgesamt bezogen: Vielleicht abgesehen von seiner Dissertation⁷, die wie eine „vor dem Werk“ stehende „Fingerübung“⁸ erscheinen mag, entwickelt Jakobs sein Lehrgebäude über die Jahrzehnte mit einer Folgerichtigkeit, die staunen lässt und als ein Wesenszug seines Werks bezeichnet werden darf. Seit der aus seiner Kieler Antrittsvorlesung hervorgegangenen und 1976 publizierten Schrift „Schuld und Prävention“⁹ ist dies unübersehbar, und so misst Jakobs dieser nur dem Umfang nach kleinen Schrift selbst¹⁰ einen besonderen Stellenwert innerhalb seiner Veröffentlichungen zu. Mindestens ansatzweise gilt jene Feststellung aber bereits für die 1972 veröffentlichte Habilitationsschrift „Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt“. Denn zwar ging es Jakobs nach seinem eigenen Bekenntnis¹¹ lediglich darum, den „Finalismus mit der Fahrlässigkeit kompatibel“

⁴ Seit 1997 ist Jakobs überdies korrespondierendes Mitglied der Bayerischen Akademie der Wissenschaften.

⁵ S. etwa *Jakobs*, Nötigung durch Gewalt, GS H. Kaufmann, 1986, S. 318 ff. = Beiträge, S. 318 ff.; *ders.*, Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, FS Peters, 1974, S. 69 ff. = Beiträge, S. 300 ff.

⁶ *Jakobs*, Nötigung, 2015, S. 8.

⁷ *Jakobs*, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967.

⁸ Diese Bezeichnung hat Jakobs in einer Korrespondenz mit mir verwendet, und ich übernehme sie hier gern.

⁹ *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976 = Beiträge, S. 641 ff.

¹⁰ Es ist nicht leicht, Jakobs eine Aussage zu seiner Arbeit zu entlocken, die als Ausdruck von Zufriedenheit gedeutet werden kann. Im Hinblick auf „Schuld und Prävention“ ist mir dies indessen im Rahmen einer Korrespondenz gelungen.

¹¹ Formuliert in dem in diesem Band abgedruckten „Gespräch mit Herrn Professor Dr. Günther Jakobs“, geführt von Schmoeckel und von Mayenberg und ursprünglich publiziert im *forum historiae iuris*; <http://fhi.rg.mpg.de/es/2008-10-schmoeckel-von-mayenberg/?l=de> (zuletzt besucht am 9.4.2018). In seinem Beitrag „Welzels Bedeutung für die heutige Strafrechtswissenschaft“ in: Frisch u. a. (Hrsg.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015, S. 257, 262 berichtet *Jakobs*, sein Habilitationsthema sei ihm von Welzel vorgeschlagen worden.

zu machen. Doch eröffnete er sich, wie Ast in seinem Beitrag zu diesem Band¹² zeigt, bereits in den „Studien“ den Weg „über die finale Lehre hinaus und ermöglichte ein eigenständiges, originelles und ungemein produktives Werk“. Ob man hiernach bereits bei den „Studien“ oder doch erst bei „Schuld und Prävention“ ansetzen möchte, man wird Schönemann bei seiner Beobachtung, Jakobs habe sein „neues Bild des Strafrechtssystems in bewundernswürdiger Konsequenz entworfen“¹³, nicht widersprechen können.

II. Materialreicher Turm von unverwechselbarer Gestalt

Schönemanns Rede vom „neuen Bild“ trifft etwas Wesentliches. Sie bedarf aber zur Vermeidung eines ansonsten möglichen Missverständnisses einer Ergänzung. Grecos schöner Feststellung zufolge ist „die Vernunft, die sich in der wissenschaftlichen Tätigkeit äußert, (letztlich) eine kollektive, die sich im Zusammenspiel der Argumente über Generationen hin langsam entfaltet“¹⁴. Jakobs’ Werk reflektiert diese Einsicht zutiefst, so wie man es bei einem Theoretiker des *objektiven* Geistes auch erwarten durfte: In eine Position intellektueller „splendid isolation“ hat er sich zu keinem Zeitpunkt begeben. Ganz im Gegenteil: Jakobs hat sich bei seiner Arbeit ungewöhnlich vielseitig anregen lassen.¹⁵ Er fragt intensiver als die meisten anderen vor und neben ihm, ob sich Erkenntnisse anderer Disziplinen, darunter vornehmlich die Philosophie, die Soziologie und die Anthropologie, für die strafrechtswissenschaftliche Arbeit fruchtbar machen lassen. Und er schöpft umfangreich aus dem Fundus von Ideen, den die Geschichte des strafrechtswissenschaftlichen Gesprächs für eine Transposition in die Gegenwart bereithält. Die Stichworte „Handlungsbegriff“ und „dolus indirectus“ mögen an dieser Stelle genügen, um anzudeuten, dass Jakobs sich auch nicht scheut, in dem Sinn der von Wilenmann formulierten (und von diesem auf Jakobs’ Dogmatik der Rechtfertigungsgründe

¹² Soweit im Folgenden ohne weitere Angaben auf Autoren Bezug genommen wird, handelt es sich um Beiträge zu diesem Band.

¹³ ZStW 126 (2014), 1, 25, s. dort auch 3.

¹⁴ Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 201.

¹⁵ Zu ergänzen ist Jakobs’ intensive Durchdringung derjenigen Lehren, denen er widerstreitet. Im Vorwort zur ersten Auflage seines Lehrbuchs heißt es (wiederabgedruckt in *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage 1991, S. VIII): „Die vorhandenen Theorien werden hier allerdings nicht übergangen. Vielmehr ist der große Umfang des Buchs auch eine Folge des intensiven Bemühens, den Stand der Diskussion zu referieren und zu belegen. Das geschieht sowohl zur Information des Lesers als auch – mehr noch – deshalb, weil die eigenen Ansichten erst in der Auseinandersetzung mit den vorhandenen Lehren entstehen.“ Wer Jakobs’ Werk kennt, weiß, dass er diesen Anspruch eingelöst hat. Dies gilt unbeschadet des Umstands, dass Jakobs in der späteren Phase seiner Arbeit auch nach dem eigenen Bekenntnis den Akzent verstärkt darauf gesetzt hat, selbst einen „Turm zu errichten“ anstatt „andere Türme zu schleifen“ (*Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 9).

bezogenen) Überzeugung zu handeln, dass „Originalität [...] oftmals eher darin [liegt], im Rückgriff auf ältere Lösungen zur Beseitigung von zwischenzeitlich eingetretenen Fehlentwicklungen beizutragen.“

Gewiss ist Hegel, wie vor allem Seelmann und daneben Pawlik im Einzelnen erläutern und belegen, Jakobs' zentraler philosophischer Bezugspunkt. Das gilt von wichtigen Hintergrundannahmen wie der gesellschaftlichen Einbettung des Subjekts über die Strafrechtstheorie und den hieraus entwickelten Begriff der Handlung im Strafrechtssinn bis hin zu einzelnen Bausteinen der allgemeinen Verbrechenslehre. Dabei geht es, wie sogleich in Übereinstimmung mit Seelmanns Darlegungen (und dies mit einer Bedeutung über Hegel hinaus) zu präzisieren ist, durchgängig nicht um eine „Rückkehr“ zu, sondern um eine „Transposition“ von Hegels Gedanken in die heutige Zeit. Seinen Beitrag zu der Frage, wie sich aus der Philosophie Hegels Anregungen für die heutige Strafrechtswissenschaft gewinnen lassen, bilanziert Pawlik in einer Weise, die Jakobs' Arbeit gut trifft:

„Ein heutiger Strafrechtswissenschaftler, der sich nicht von vornherein der Chance begeben will, aus der Theoriegeschichte seines Fachs zu lernen, sollte sich [...] im Klaren darüber sein, wie sehr sich das Milieu, aus dem heraus ein vergangener Denker zu uns spricht, von dem Milieu unterscheidet, aus dem heraus wir ihn zu verstehen versuchen, und er sollte sich aus diesem Grund vor der ‚Illusion des schlichten Hinüberwanderns in die Vergangenheit‘ hüten. Renaissancen vergangener Denksysteme wird ein dergestalt belehrter Strafrechtswissenschaftler weder erhoffen noch befürchten. Ihm genügt die Erwartung, dass noch die Transposition dieser Denksysteme, wie reduktionistisch sie auch ausfallen mag, dazu beitragen kann, dem Theoriegestammel unserer Zeit ein wenig mehr Klarheit und Ordnung zu verleihen [Wiedergabe ohne Fußnoten].“¹⁶

Insbesondere in „Norm, Person, Gesellschaft“ zeigen sich über Hegel hinaus (und insbesondere bei der Frage der Begründung von Gesellschaft) die Spuren einer intensiven Auseinandersetzung mit Gedanken von Hobbes, Spinoza und Rousseau.¹⁷ Im Hinblick auf die Philosophie der Aufklärung gerät zwar zunächst Jakobs' (von Seelmann näher und mit Zustimmung behandelte) Zurückweisung des Kontraktualismus¹⁸ als „Ausdruck einer Überhebung des Vernunftsubjekts zur letztgültigen Instanz des Sinnhaften“ (Pawlik) in den Blick. Doch arbeitet Jakobs dort, wo er seine Vorstellung eines legitimen Strafrechts in der Auseinandersetzung mit der Rechtsgutslehre entwickelt, nicht nur am Rande mit dem (jedenfalls auch) aufklärerischen¹⁹ Begriff des Sozialschadens.²⁰ In dieser Begriffswahl mag

¹⁶ Pawlik, Rückkehr zu Hegel in der neuen Verbrechenslehre, in: Kubiciel u. a. (Hrsg.), Hegels Erben, 2017, S. 275.

¹⁷ Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Auflage 2011, vor allem S. 9–41.

¹⁸ S. vor allem Jakobs, FS Amelung, 2009, S. 37, 41 ff., und ders., Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 9 = Beiträge, S. 65, 68.

¹⁹ Hierzu näher Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 19 f.

²⁰ Jakobs, FS Amelung (Fn. 18), S. 44 ff., und ders., Rechtsgüterschutz (Fn. 18), S. 28 ff. = Beiträge, S. 92 ff.

man daher den Ausdruck des Bestrebens erkennen, „die Aufklärung fortzuführen“²¹. Berührungspunkte weist Jakobs' Werk ferner mit dem Neukantianismus auf. Stuckenberg kleidet das zusammenfassend in ein schönes Bild:

„So wie Midas' Hand alles von ihr Berührte in Gold verwandelt, so verwandelt der juristische Zugriff alles in Rechtsbegriffe, die vom Normzweck geformt werden – sieht man hierin das Vermächtnis der Neukantianer, vor allem Lasks, an die Rechtswissenschaft, so steht auch Jakobs in dieser Nachfolge“ [Wiedergabe ohne Fußnoten].²²

Wie Stuckenberg ebenfalls beleuchtet, ist Jakobs' Verhältnis zu den Arbeiten Kelsens vielschichtig.²³ Eine größere Nähe besteht hier vor allem im Hinblick auf Jakobs' Begriff der Person – einer Person, die für Jakobs ebenso wie für Kelsen auch dann, wenn es sich um eine „natürliche“ handelt, „eine juristische, durch Zuschreibung entstehende“ ist.²⁴ Stuckenberg macht im Übrigen auf den nach meinem Eindruck bislang wenig beachteten Umstand aufmerksam, dass der gemeinsam mit Kelsen dem Wiener rechtstheoretischen Kreis zugehörige Felix Kaufmann eine strafrechtliche Schuldlehre entwickelt hatte, an die Jakobs anknüpfen konnte und angeknüpft hat.²⁵

Jakobs' Aufgeschlossenheit für soziologische Gedankengänge Luhmanns bei der Entwicklung seines strafrechtlichen Funktionalismus²⁶ hat Aufmerksamkeit sogar in Form einer monographischen Auseinandersetzung²⁷ gefunden. Indessen dürfte die Bedeutung der Systemtheorie für Jakobs' Werk mitunter auch überschätzt worden sein. Jakobs selbst hat hierzu in seinem viel zitierten Referat auf der Rostocker Strafrechtslehrrtagung von 1995 das Folgende zu Protokoll gegeben:

„Die klarste Darstellung der Unterscheidung sozialer und psychischer Systeme mit Folgerungen für das Rechtssystem, freilich regelmäßig sehr weitem Abstand zum Strafrecht, findet sich gegenwärtig in der Systemtheorie Luhmanns. Selbst der flüchtige Kenner dieser Theorie wird je-

²¹ In *Jakobs*, HRRS 2006, 289, 290 steht das im Text aufgegriffene Zitat in einem anderen thematischen Zusammenhang. Zu der nicht nur äußerlichen Nähe dieser Formulierung zu dem Wort Spaemanns, die Aufklärung sei erst dann vollendet, wenn sie sich auch über sich selbst aufklärt, instruktiv (und m. Nachw.) *Pawlik*, FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 363, 365 f.

²² Übereinstimmend *Pawlik* (Fn. 16), S. 250.

²³ Entsprechendes gilt für Kelsens Verhältnis zum Neukantianismus, wie *Stuckenberg* ebenfalls darlegt.

²⁴ S. etwa *Jakobs*, in: Koriath u. a. (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung (Loos-Kolloquium), 2010, S. 69, 76 = Beiträge, S. 250, 257 f.; *ders.*, FS Lüderssen, 2002, S. 559, 561.

²⁵ An dieser Stelle genüge der Hinweis auf *Jakobs*, Schuld und Prävention (Fn. 9), S. 14 (dort insbesondere Fn. 37) = Beiträge, S. 650.

²⁶ So bereits in *Jakobs*, ebda., S. 8 ff. = Beiträge, S. 646 ff. Zu Inbezugnahmen älterer soziologischer Literatur durch Jakobs s. *Pawlik*, FS von Heintschel-Heinegg (Fn. 21), S. 364 und *ders.* in diesem Band.

²⁷ *Sacher*, Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand, 2006, durchgängig; knapper *dies.*, Systemtheorie und Strafrecht. Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre, ZStW 118 (2006), 575 ff.

doch schnell merken, daß die hiesigen Ausführungen ihr keineswegs konsequent, ja nicht einmal in allen Hauptsachen folgen [Wiedergabe ohne Fußnoten und ohne kursive Hervorhebung].²⁸

Wiederholt greift Jakobs im Übrigen Webers Bild von der „Entzauberung der Welt“ auf – als Hintergrund sowohl für die Entfaltung seiner kommunikativen Straftheorie als auch für die Erklärung des Aufstiegs der Idee der gleichen Freiheit der Subjekte zu einem, wenn nicht vielleicht *dem* Leitstern der Moderne.²⁹ Durkheims Werk „De la division du travail social“ entnimmt Jakobs schließlich Einsichten zu den gesellschaftlichen Voraussetzungen der Vertragsidee³⁰ sowie die Idee des gesellschaftlichen Bestandserfordernisses eines „Minimums von Ähnlichkeiten“³¹.

Nur bei einem durch das Stichwort „Normativismus“ verengten Blick auf Jakobs' Werk mag es überraschend erscheinen, dass dieses auch anthropologische Erkenntnisse verarbeitet. So sieht Jakobs in dem Programm Gehlens zwar einerseits „das anthropologische Pendant zum Finalismus“.³² Andererseits vermag Jakobs die von Gehlen vorgeschlagene Deutung des Menschen als „stellungnehmendes Wesen“ zugleich für die Überwindung des instrumentellen finalen Handlungsbegriffs fruchtbar zu machen.³³

Wendet man den Blick zur speziell *strafrechtswissenschaftlichen* Theoriegeschichte, so müsste es in Anbetracht von Jakobs' Aufgeschlossenheit für Hegels Philosophie verwundern, hätte Jakobs seine Lehre an den strafrechtlichen Hegelianern des 19. Jhdts.³⁴ vorbei entwickelt. Tatsächlich knüpft Jakobs insbesondere bei seinem strafrechtlichen Handlungsbegriff an die strafrechtliche Hegel-Schule an.³⁵ Jedenfalls aus der Warte der Straftheorie betrachtet dürfte Köstlin im Übrigen derjenige Vertreter dieses Gelehrtenkreises sein, dem Jakobs die meisten Anregungen verdankt.³⁶

²⁸ Jakobs, ZStW 107 (1995), 843 = Beiträge, S. 133.

²⁹ Prominent in Jakobs, System (Fn. 15), S. 20f.; s. auch *ders.*, FS Kühl, 2014, S. 281, 285.

³⁰ Jakobs, FS Amelung (Fn. 18), S. 43.

³¹ Jakobs, in: Freund/Murmann (Hrsg.), Siebzig Jahre Wolfgang Frisch. Reden und Vorträge anlässlich der Übergabe der Festschrift zum 70. Geburtstag von Wolfgang Frisch, 2014, S. 7.

³² Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 23 = Beiträge, S. 581, 590.

³³ Jakobs, System (Fn. 15), S. 20.

³⁴ Zu ihnen zuletzt Kubiciel u. a. (Hrsg.), Hegels Erben (Fn. 16), durchgängig; monographisch Ramb, Straf begründung in den Systemen der Hegelianer, 2005.

³⁵ Jakobs, Handlungsbegriff (Fn. 32), S. 12 = Beiträge S. 581, 582. S. auch Seelmann in diesem Band. Zu dem Handlungsbegriff der strafrechtlichen Hegelianer eingehend v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis v. Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1996, S. 36 ff., 52 ff.

³⁶ Jedenfalls greift Jakobs ihn in: Engels u. a. (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 103, 115 ff. = Beiträge, S. 180, 192 f. insoweit heraus. Übereinstimmend Kubiciel, in: Hegels Erben (Fn. 16), S. 121, 135. Zu Jakobs' Sicht auf Aspekte des Strafrechtsdenkens von Hälschner *ders.*, ebda., S. 163 ff. und Seelmann in diesem Band.

Zaczyk lässt keinen Zweifel an der ganz erheblichen Distanz zwischen Jakobs und Feuerbach aufkommen.³⁷ Zu klären, ob Jakobs damit Recht hat, sich aber immerhin beim Begreifen des Rechtszwangs als „Depersonalisierung“ auf Feuerbach zu berufen, ist Zaczyk ein wesentliches Anliegen.³⁸ Jedenfalls scheint mir eine Übereinstimmung zwischen Jakobs und Feuerbach in ihrem grundsätzlichen Anspruch zu bestehen, Strafrechtswissenschaft in einem anspruchsvollen Sinn systematisch und mit einem kritischen Abstand zum Wortlaut des jeweils geltenden Gesetzes zu betreiben.³⁹ (Auch) hinter diesem Anspruch steht bei Feuerbach natürlich Kant, was dazu Anlass gibt, die Feststellung nachzuholen, dass Jakobs auf einer sehr allgemeinen Ebene, die Pawlik in seinem Beitrag für die Jakobs-Festschrift als „Strafwissenschaftstheorie“ begriffen hat, auch mit Kants Denken verbunden ist.⁴⁰

Bindings Arbeiten finden in Jakobs' Werk immer wieder Beachtung.⁴¹ Besonders erwähnenswert erscheint mir an dieser Stelle, dass Jakobs seine – ihm wichtige – Unterscheidung zwischen *Gesetzes-* und *Rechtspositivismus* angeregt von Binding entwickelt.⁴² Dies kommt etwa in der folgenden Passage gut zum Ausdruck:

„Binding hat diese Variante einer – wie man es heute wohl nennen würde – teleologischen, mehr noch, gesellschaftsfunktionalen, Interpretation der Rechtssätze sehr ernst genommen; die isolierte Interpretation eines Rechtsbegriffs hält er für unmöglich, und er erklärt ‚der häßlichen, durch einen Teil der Kommentar-Literatur gepflegten Unsitte, die ganze Strafrechtswissenschaft aufzulösen in endlose, eintönige, ermüdende Auslegung der einzelnen Gesetzesworte‘ den Krieg, und zwar ‚energisch‘. [Wiedergabe ohne kursive Hervorhebung und ohne Fußnoten].“⁴³

Jakobs' Werk steht nicht in dem Ruf, eine größere Nähe zu den „kausalen“ Verbrechenlehren Belings, v. Liszts und Radbruchs aufzuweisen, und ich verstehe Zabels Beitrag nicht als Aufruf dazu, diese Vorstellung zu korrigieren – obgleich Zabel

³⁷ Zu Jakobs' Kritik an Feuerbachs Straftheorie s. etwa *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 18 ff. = Beiträge, S. 3, 15 ff.

³⁸ An dieser Stelle genüge der Hinweis auf die einschlägige Passage bei *Jakobs*, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 12 = Beiträge, S. 215, 218 f. Das Thema „Rechtszwang und Personalität“ bei Jakobs und Feuerbach wird auch in *Kindhäusers* Beitrag in diesem Band angesprochen.

³⁹ Aufschlussreich insoweit die Passage bei *Jakobs*, in: Engels u. a. (Hrsg.), Rechtswissenschaft (Fn. 36), S. 110 ff. = Beiträge, S. 187 ff. Seinen Beitrag zu Feuerbach in dem Band Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik (Hrsg.), Feuerbachs Bayrisches Strafgesetzbuch, 2014, S. 209 ff. beschließt *Jakobs* (ebda., S. 224) mit den Worten: „In Feuerbachs Zeit war das Unternehmen, Philosophie und Strafrecht zu verbinden, eine geradezu unerhörte Leistung, und wenn in der Gegenwart diese Verbindung, insbesondere aufgrund der Europäisierung verloren zu gehen droht, bleibt es, auf ein neues Genie vom Format eines Feuerbach zu hoffen“.

⁴⁰ *Pawlik*, FS Jakobs (Fn. 1), S. 469 ff.

⁴¹ Nur beispielhaft sei auf die Auseinandersetzung mit Bindings Rechtsgutslehre in *Jakobs*, Rechtsgüterschutz? (Fn. 18), S. 13 ff. = Beiträge, S. 75 verwiesen.

⁴² *Jakobs*, Bindings Normen und die Gesellschaft, FS de Figueiredo Dias, 2009, S. 395.

⁴³ *Jakobs*, in: Engels u. a. (Hrsg.), Rechtswissenschaft (Fn. 36), S. 119 = Beiträge, S. 196.

neben allen Unterschieden auch mögliche Berührungspunkte erörtert. Bemerkenswert ist daneben aber auch die von Kindhäuser im Einzelnen begründete These, Jakobs' Gesamtkonzeption zeige – bei aller Unterschiedlichkeit in den jeweiligen Anlagen – ein beachtliches Maß an Vereinbarkeit mit dem „kausalen“ Vermächtnis, während die Kluft zum Finalismus in zentralen Punkten unüberbrückbar sei.

Das Thema „Günther Jakobs und Hans Welzel“ findet in diesem Band, wie könnte es anders sein, einen prominenten Platz, und zwar in Gestalt des eindringlichen Beitrags von Kindhäuser (unter der vorstehenden Überschrift). Die verbreitete Feststellung, Jakobs habe maßgeblich dazu beigetragen, über Welzels finale Strafrechtslehre hinauszugelangen, ist ebenso zutreffend wie unvollständig. Denn bei allen tiefgreifenden Differenzen hat Jakobs an die Überzeugung Welzels, der Umfang des strafbaren Verhaltens sei über den Gesichtspunkt der „sozialen Adäquanz“ zu begrenzen, in bedeutsamem Umfang angeknüpft.⁴⁴ Dass der „sozialen Adäquanz“ bei Welzel „nur der bescheidene Ofenplatz einer heuristischen Hilfe bei der Auslegung von Tatbestandsmerkmalen“ (Kindhäuser) zukam, während Jakobs den entsprechenden Grundgedanken zu einer ausgereiften Dogmatik allgemeiner Grenzen des unerlaubten Verhaltens entwickelt hat, verschlägt im Hinblick auf die hier vermerkte Grundübereinstimmung nichts.⁴⁵ Kindhäusers Verallgemeinerung dieses Einzelbefunds, eine Verallgemeinerung, die sich nicht zuletzt auch auf den Vergleich der straftheoretischen Konzepte Welzels und Jakobs stützt, lautet:

„Wer sich auf die Suche nach Gemeinsamem wie auch Trennendem in den Strafrechtstheorien Hans Welzels und seines ‚Schülers‘ Günther Jakobs begibt, wird sehr schnell auf eine Paradoxie stoßen. Auf der einen Seite vermittelt Jakobs' Lehre den Eindruck weitgehender Selbstständigkeit, ja sogar kritischer Distanz zu Welzels Ansatz. Auf der anderen Seite stößt man vor allem in Grundfragen auf gleichlautende Thesen, die über die Ähnlichkeit des Vokabulars hinaus eine Gemeinsamkeit im theoretischen Fundament nahelegen. [Wiedergabe ohne Fußnote]“

Jakobs' Auseinandersetzung mit dem Finalismus möchte ich gleich noch eine kleine Reminiszenz widmen. Für den Augenblick sei nur auf die Aufmerksamkeit hingewiesen, die Jakobs den Arbeiten Hardwigs gewidmet hat. Diese stammen zwar aus der „finalistischen Epoche“ des strafrechtswissenschaftlichen Diskurses in Deutschland, fügen dieser Epoche aber einen stark belebenden Farbtupfer bei. Jakobs' wohlwollende Berücksichtigung dieser Schriften⁴⁶ scheint mir deshalb bemerkenswert, weil diese im Übrigen – durchaus betrüblicherweise – wenig beachtet worden sind.

⁴⁴ Etwa *Jakobs*, ebda., S. 126 = Beiträge, S. 203 f.

⁴⁵ *Jakobs* selbst sagt es deutlich in „Welzels Bedeutung“ (Fn. 11), S. 264: „Damit gehört Welzel mit zu den Begründern der Lehre von der objektiven Zurechnung“.

⁴⁶ In *Jakobs*, System (Fn. 15), S. 15 (dort in Fn. 11) wird Hardwigs 1957 erschienenes Werk „Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts“ bei der „grundlegenden Literatur“ vermerkt, und in seiner „Theorie der Beteiligung“ (s. oben Fn. 3) greift *Jakobs* zustimmend auf eine Vorarbeit von Hardwig zurück (ebda., S. 21 [dort in Fn. 24]).

Aus dem deutschen strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum der jüngsten Vergangenheit verdient zunächst Amelungs Zurückweisung des Rechtsgüterschutzkonzepts zugunsten eines gesellschaftstheoretischen Zugangs zum Problem Beachtung. Jakobs hat seinen Beitrag zur Festschrift für Amelung gleich eingangs dazu genutzt, deutlich zu machen, dass er bei seinen eigenen Überlegungen zum Thema auf dem von Amelung gelegten Grund aufbaut.⁴⁷ Bei der Errichtung eines die unterschiedlichen Naturalismen umfängenden normativen Fundaments von Tun und Unterlassen konnte Jakobs die frühe Problemanalyse Herzbergs fruchtbar machen.⁴⁸ Jakobs Lehre vom unerlaubten Verhalten verdankt der „grundlegenden“ Arbeit Frischs wichtige Anregungen.⁴⁹ Zur Kausalität, die allerdings keinen Schwerpunkt seines Werks bildet, greift Jakobs, der im Ausgangspunkt Engischs Kritik der Lehre von der notwendigen Bedingung folgt,⁵⁰ in beachtlichem Umfang Überlegungen von Puppe auf, jedenfalls soweit es um Fragen geht, die zumeist unter dem Stichwort „Risikoverwirklichung“ verhandelt werden.⁵¹ Hruschkas Schriften zur Zurechnungslehre zählt Jakobs zu den grundlegenden⁵², und Wilenmann zeichnet die von Hruschka zu Jakobs führende Linie auf dem Feld der Dogmatik der Rechtfertigungsgründe nach. In der Lehre vom Pflichtdelikt stützt Jakobs sich auf die Vorarbeiten Roxins, auch wenn er zwischenzeitlich weit über Roxins Position hinausgegangen ist.⁵³ Schließlich hat Jakobs Pawliks Deutung des Offensivnotstands übernommen.⁵⁴

Ich breche hier in der Gewissheit ab, dass die vorstehenden Hinweise dazu, dass und wie Ideen anderer Autoren Jakobs' Arbeit an seinem Lehrgebäude befruchtet haben, unvollständig geblieben sind. Doch mag die vorstehende Skizze geeignet sein, dem Missverständnis zu begegnen, Jakobs' habe sein „neues Bild“ des Strafrechtssystems abgeschieden von dem breiten Strom der übrigen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion gemalt. Auch wird hiermit Schönemanns weitere Feststellung zurechtgerückt, das Werk Jakobs' sei dasjenige eines „Alleszertrümmerers“.⁵⁵ Gewiss wird man diese Wendung wegen ihrer Anlehnung an Mendelssohns Wort von dem „alles zermalmenden Kant“⁵⁶ als ein Kompliment verstehen dürfen. Dennoch erscheint sie mir nach der vorstehenden Skizze bestenfalls die halbe Wahrheit zum Ausdruck zu bringen. Gewiss hat Jakobs – um ein Bild aus dem Vorwort

⁴⁷ *Jakobs*, FS Amelung (Fn. 18), S. 37.

⁴⁸ *Jakobs*, AT (Fn. 15), 6/33 (dort in Fn. 78).

⁴⁹ S. nur *Jakobs*, System (Fn. 15), S. 30 (dort in Fn. 50).

⁵⁰ *Jakobs*, AT (Fn. 15), 7/8 ff.

⁵¹ *Jakobs*, ebda., 7/78 (dort in Fn. 131).

⁵² S. nur *Jakobs*, System (Fn. 15), S. 15 (dort Fn. 11).

⁵³ S. aus *Jakobs'* jüngeren Schriften insbesondere „Theorie der Beteiligung“ (Fn. 3), S. 61 ff. (und dort etwa 63 mit Fn. 6).

⁵⁴ S. nur *Jakobs*, System (Fn. 15), S. 48.

⁵⁵ *Schönemann*, ZStW 126 (2014), 1, 5.

⁵⁶ *Mendelssohn*, Morgenstunden oder Vorlesungen über das Dasein Gottes, Stuttgart 1979, S. 5.

seines „Systems der Zurechnung“⁵⁷ aufzugreifen, das sich auch in der Laudatio aus Anlass der Auszeichnung dieser Schrift zu einem der Juristischen Bücher des Jahres 2012 findet⁵⁸ – manch’ anderen „Turm geschliffen“. Doch vor allem hat Jakobs frühzeitig damit begonnen, seinen eigenen Turm zu bauen. Dessen Gestalt ist, um ein von Neumann auf die Straftheorie bezogenes Wort zu verallgemeinern, zwar „unverwechselbar“. Doch die hierbei verwandten überaus zahlreichen Materialien entstammen keineswegs durchgängig dem eigenen Bestand.

Jakobs’ Turm zu besteigen, ist fordernd. Es erfordert, um nochmals aus der Laudatio auf das „System“ zu zitieren, „Schwindelfreiheit und gute Ausrüstung“⁵⁹. Doch zugleich bietet der Aufstieg neben allem intellektuellen Gewinn sehr beträchtlichen ästhetischen Genuss. Denn entgegen Schönemanns Eindruck einer bei Jakobs häufig anzutreffenden „esoterischen Terminologie für den Enthusiasten“⁶⁰ tritt einem in Jakobs’ Werk gerade keine „Privatarmee von Wortungeheuern“ entgegen,⁶¹ sondern eine anschauliche, dabei bisweilen geradezu packende Sprache, die immer wieder durch schöne Metaphern belebt wird, und gelegentlich (auch durchaus wichtige) Botschaften so lapidar überbringt, dass man sie nicht anders als schmunzelnd entgegenzunehmen vermag. Ein Beispiel für die Anschaulichkeit:

„Die Strafe für eine Fahrlässigkeitstat liegt, wie schon ausgeführt wurde, in aller Regel drastisch unter derjenigen für eine Vorsatztat: die Strafe für einen Versuch hingegen liegt nahe bei derjenigen für vorsätzliche Vollendung. Woher kommt diese Differenz, wo doch Fahrlässigkeit und Versuch beide Irrtumsfälle sind? Nun, Fahrlässigkeitstäter wie Versuchstäter liefern nur unvollkommene Weltentwürfe; insoweit verhalten sich beide unmaßgeblich; aber die aus dem Verhalten zu ziehenden Lehren unterscheiden sich trotzdem; denn der Fahrlässigkeitstäter demonstriert, daß man andere und auch sich selbst schädigt, wenn man nicht besser aufpaßt, der Versuchstäter hingegen, daß man besser aufpassen muß, wenn man erfolgreich delinquirieren will.“⁶²

In der Sache mag man über die Tragweite der hier ausgedrückten Unterscheidung zwischen Wissens- und Wollensfehlern im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Fahrlässigkeit und Vorsatz streiten – und so reflektieren sowohl Paeffgen als auch Puppe den Punkt kritisch. Aber man muss kein Esoteriker sein, um sich an der temperamentvollen sprachlichen Form von Jakobs’ Ausdruck zu erfreuen. Ebenso wie Seelmann empfinde ich es als eine zugleich schöne und aussagekräftige Metapher, wenn Jakobs seine These, dass mit Intersubjektivität allein keine normative Ebene erreicht werden kann, in die Worte kleidet: „Zwei Schiffe können nicht aneinander ankern“.⁶³ Schließlich lässt es (jedenfalls mich) schmunzeln, wie es Jakobs

⁵⁷ *Jakobs*, System (Fn. 15), S. 9.

⁵⁸ *Zimmermann*, NJW 2012, 3558, 3561.

⁵⁹ *Ebda*.

⁶⁰ *Schönemann*, FS Roxin, 2001, S. 1, 16.

⁶¹ Nach dem schönen Wort von *Kantorowicz*, Tat und Schuld, 1933, S. 3.

⁶² *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993, S. 23 = Beiträge, S. 666, 681.

⁶³ *Jakobs*, Norm (Fn. 17), S. 36.