

**Wolfgang Wohlers**  
**Gerhard Fezer als Mittler zwischen**  
**Strafrechtswissenschaft und justizieller**  
**Praxis**

aus:

**Zum Gedenken an Gerhard Fezer (1938–2014)**

Reden der Akademischen Gedenkfeier der Fakultät für Rechtswissenschaft am 30. Oktober 2015

(Hamburger Universitätsreden Neue Folge 23.

Herausgeber: Der Präsident der Universität Hamburg)

S. 43–52

Hamburg University Press

Verlag der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg

Carl von Ossietzky

## IMPRESSUM

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de/> abrufbar.

Die Online-Version dieser Publikation ist auf den Verlagswebseiten frei verfügbar (*open access*):

[http://hup.sub.uni-hamburg.de/purl/HamburgUP\\_HUR23\\_Fezer](http://hup.sub.uni-hamburg.de/purl/HamburgUP_HUR23_Fezer)

**DOI** 10.15460/HURNF.23.169

**ISBN** 978-3-943423-37-2 (gedruckte Ausgabe)

**ISSN** 0438-4822 (gedruckte Ausgabe)

Gestaltung: Olga Sukhina, Johannes Kranz, UHH Abt. 2

Produktion der gedruckten Ausgabe:

Elbepartner, BuK! Breitschuh & Kock GmbH, Hamburg

© 2016 Hamburg University Press, Verlag der Staats- und

Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky, Deutschland

<http://hup.sub.uni-hamburg.de>

# INHALT

7 VORWORT

15 BEGRÜSSUNG

durch den Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft  
Tilman Reppen

## REDEN

21 Michael Köhler:

Erinnerung an Gerhard Fezer

27 Wilhelm Degener:

Gerhard Fezer als Verfechter des systematischen und  
liberal-rechtsstaatlichen Strafprozessrechts

43 **Wolfgang Wohlers:**

**Gerhard Fezer als Mittler zwischen Strafrechtswissenschaft  
und justizieller Praxis**

53 Frank Meyer:

Gerhard Fezer als akademischer Lehrer

63 Michael Labe:

Gerhard Fezer als Richter eines Strafsenats und als  
Vorsitzender im Justizprüfungsamt am Hanseatischen  
Oberlandesgericht Hamburg

- 73 ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS
- 75 REDNERINNEN UND REDNER
- 77 GESAMTVERZEICHNIS DER BISHERIGEN HAMBURGER  
UNIVERSITÄTSREDEN
- 87 IMPRESSUM

GERHARD FEZER ALS MITTLER ZWISCHEN STRAF-  
RECHTSWISSENSCHAFT UND JUSTIZIELLER PRAXIS

Max Weber hat in seinem Vortrag über „Wissenschaft als Beruf“ darauf hingewiesen, dass Wissenschaftler nur durch strenge Spezialisierung das Ziel erreichen können, etwas zu leisten, „was dauern wird“.<sup>1</sup> Und er hat des Weiteren darauf verwiesen, dass Persönlichkeit auf wissenschaftlichem Gebiet nur derjenige haben kann, „der rein der Sache dient“.<sup>2</sup> Ich weiß, ehrlich gesagt, nicht, ob Gerhard Fezer diesen Vortrag gekannt hat. Als jemand, der Gerhard Fezer über mehr als 25 Jahre hinweg als akademischen Lehrer, als wissenschaftliches Vorbild und als Gesprächspartner erlebt hat, drängt sich einem beim Lesen dieses Vortrags aber ganz unwillkürlich der Gedanke auf, dass Gerhard Fezer das von Max Weber entworfene Idealbild des Wissenschaftlers bewusst oder unbewusst gelebt hat.

Gerhard Fezer hat sich nicht als Dozent, wohl aber als Wissenschaftler in einer Weise spezialisiert, die auch für die moderne Strafrechtswissenschaft eher ungewöhnlich ist. Nach einigen wenigen, von ihm selbst im Gespräch als „Jugendsünden“ eingestuften kleineren Arbeiten zum materiellen Strafrecht<sup>3</sup> hat sich Gerhard Fezer wissenschaftlich allein und ausschließlich dem Strafprozessrecht gewidmet. Und auch dies nicht – wie es heute vielfach geschieht – in rechtsvergleichender Absicht, un-

ter transnationalen, systemtheoretischen oder psychologischen Blickwinkeln, sondern allein bezogen auf die Dogmatik des deutschen Strafprozessrechts, das er als ein Regelungssystem verstanden hat, das zutreffend nur unter Berücksichtigung der historisch gewachsenen Prozessstruktur als Ganzes verstanden werden kann.

Rückblickend betrachtet meine ich, dass man die Entwicklung des Strafprozessrechtsdogmatikers Gerhard Fezer in zwei Phasen einteilen kann: eine erste kurze Phase, für die stellvertretend die Tübinger Dissertationsschrift aus dem Jahre 1970 über „Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und im Strafprozess“ steht, die noch dem Bemühen gewidmet ist, allgemeine Grundsätze und Prinzipien zu entwickeln, die nicht nur für den Strafprozess, sondern für alle Verfahrensarten – insbesondere auch den Zivilprozess – verbindlich sein sollen. Diese Bemühungen um eine allgemeine Prozessrechtslehre sind heute kein Thema mehr; auch Gerhard Fezer selbst hat sie rückblickend als Sackgasse eingestuft, die der Vielgestaltigkeit der gelebten Prozessrechtskulturen nicht gerecht zu werden vermag und sich deshalb in nichtssagenden Gemeinplätzen oder aber darin erschöpfen muss, die Differenzen zu sammeln und zu systematisieren.

Die zweite Phase des wissenschaftlichen Schaffens Gerhard Fezers beginnt mit seinem Habilitationsprojekt – und sie umfasst sein gesamtes Schaffen seither. Ausgehend von der Erkenntnis, dass das Strafprozessrecht erst durch die praktische Anwendung

zu leben beginnt, hat sich Gerhard Fezer nie damit begnügt, nur das *Law in the Books* zu behandeln, sondern er war stets am *Law in Action* interessiert – und damit dann notwendigerweise an dem – um es mit den Worten des US-amerikanischen Supreme Court Judges Oliver Wendell Holmes Jr. auszudrücken –, was die Gerichte tun. Es ging Gerhard Fezer darum, anhand einer umfangreichen Aktenanalyse zu ermitteln, wie die Praxis der Revisionsgerichte wirklich aussah. Mit der im Jahre 1974 publizierten Abhandlung „Die erweiterte Revision – Legitimation der Rechtswirklichkeit?“ sind die Grundstrukturen der tatsächlich gelebten Praxis der Revisionsgerichte offen gelegt worden, einer Praxis, die nur bedingt etwas mit dem zu tun hat, was sich der Gesetzgeber im Jahre 1877 wohl vorgestellt hatte und was man auch aus der bloßen Lektüre des Gesetzes so nicht erkennen kann. Bei diesem Werk handelt es sich um einen Meilenstein der Prozessrechtsdogmatik, dessen fortdauernde Bedeutung auch heute, mehrere Jahrzehnte nach der Publikation, von niemandem in Frage gestellt wird. Gerhard Fezer kann für sich in Anspruch nehmen, uns den Blick auf die tatsächlich gelebte Praxis des Revisionsrechts geöffnet zu haben.

Die Funktion der Strafprozessrechtswissenschaft erschöpft sich nach Gerhard Fezer aber nicht in einer begleitenden Beobachtung der Strafrechtspraxis. Er verstand sich vielmehr als kritischer Begleiter dieser Praxis. Er sah seine Aufgabe als Strafprozessrechtswissenschaftler darin, die Praxis mit den Vorgaben und Grenzen zu konfrontieren, die sich aus der historisch gewachsenen und als systematische Einheit zu verstehenden Kodifikation

als Ganzes ergeben – wobei er die Vorgaben der Verfassung und auch der EMRK als ganz selbstverständliche Bestandteile dieses Systems verstanden hat, auch wenn er sich mit dem seinem Bedürfnis an stringenter Argumentation nicht entsprechenden, eher erratischen Begründungsstil des EGMR ebenso wenig anfreunden konnte wie mit den – aus seiner Sicht – von zu wenig Sachkenntnis geprägten jüngeren Entscheidungen des BVerfG, dem er in seiner Besprechung des Urteils zur Verständigungsproblematik „ein leichtes ‚Fremdeln‘ in der Welt des Strafverfahrens“ attestiert hat<sup>4</sup> – eine Bemerkung, die für den, der Gerhard Fezer und seinen filigranen Umgang mit der Sprache kennt, eine andere Bedeutung hat als für diejenigen, die an die mehr oder weniger brachiale Wortwahl gewöhnt sind, derer sich andere Kollegen bedienen.

Im Gegensatz zu einigen anderen Kollegen hat sich Gerhard Fezer auch nie als Vertreter einer der Praxis übergeordneten Instanz verstanden, sondern er ist davon ausgegangen, dass die Strafrechtspraxis und die Prozessrechtswissenschaft das gleiche Terrain bearbeiten – und dies auch mit den im Grundsatz gleichen Werkzeugen und vor dem Hintergrund prinzipiell übereinstimmender Grundannahmen und Zielsetzungen. Das Instrument, mit dem sich seiner Auffassung nach die Wissenschaft in dieses Gespräch mit der Praxis am besten und am effektivsten einbringen kann, ist die Anmerkung – eine von vielen Kolleginnen und Kollegen zu Unrecht als eher minderwertiges wissenschaftliches Fast Food eingestufte Form des wissenschaftlichen Statements. Gerhard Fezer hat mit den von ihm verfassten An-



merkungen<sup>5</sup> gezeigt, dass man dieses Instrument ohne jeden Abstrich am wissenschaftlichen Gehalt nutzen kann, um direkt und unmittelbar das Gespräch mit der Praxis zu suchen. Mit seinen Anmerkungen hat er immer wieder die in und hinter den Entscheidungen stehenden eigentlichen Problemzonen herausgearbeitet und den Begründungen – soweit er sie nicht teilen konnte – Argumente entgegengesetzt, die auch und vor allem darauf ausgerichtet waren, den – von ihm gar nicht bestrittenen – Bedürfnissen der Praxis nach einem effizienten Verfahren die sich aus einer Gesamtsicht auf das Prozessrecht ergebenden Gegenargumente entgegenzuhalten. Dieser dem Glauben an die Macht des besseren Arguments verpflichtete Dialog hat über Jahrzehnte hinweg funktioniert, wobei als Beispiel für das Idealbild des an einem solchen Dialog interessierten Strafrechtspraktikers wohl der ehemalige Vorsitzende des 2. Strafsenats, Gerhard Herdegen, zu nennen ist.

In den 1990er Jahren ist es dann aber zu Entwicklungen gekommen, die dazu geführt haben, dass die Basis für das gemeinsame Projekt von Strafrechtspraxis und Strafrechtswissenschaft in Frage gestellt wurde. Dass sich zunächst einmal die Tatgerichte von der Bindung an die als lästig empfundenen gesetzlichen Bindungen gelöst und ihr Heil in Verständigungen gesucht haben, hat Gerhard Fezer als Fehlentwicklung eingestuft, er hatte aber – jedenfalls anfänglich noch – die Vorstellung, es handele sich hier um eine Verirrung der Tatgerichte, die von den Revisionsgerichten – insbesondere dem BGH – mit Unterstützung der Strafrechtswissenschaft korrigiert werden würde. Diese Über-

zeugung ist dann allerdings zerbrochen, als im weiteren Verlauf auch die Revisionsgerichte in zunehmendem Maße ihre Rolle als gesetzgebundene Rechtsanwendungsorgane aufgegeben haben und in die Rolle des (Ersatz-)Gesetzgebers geschlüpft sind, der die unter dem Gesichtspunkt der Effizienz notwendigen Reformen selbst in die Hand nimmt – teilweise ganz offen und teilweise auch unter dem Deckmantel bloßer Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung. Zu konstatieren ist, dass der BGH seine Entscheidungen in zunehmendem Maße mit bloßen Floskeln begründet oder sich gar auf die Behauptung zurückzieht, dass das gefundene Ergebnis „sachgerecht“ sei. Hierbei handelt es sich ersichtlich um nichts anderes als eine Leerformel, die Gerhard Fezer zunächst in persönlichen Gesprächen an die Decke getrieben hat und die ihn dann auch noch zu einer Anmerkung veranlasst hat, die – jedenfalls für seine Verhältnisse – sehr bisig ausgefallen ist.<sup>6</sup>

Dies alles deutet darauf hin, dass ein Bedarf an einem kritischen Dialog auf Seiten der Gerichte derzeit offenbar gar nicht mehr vorhanden ist. Dass es sich tatsächlich so verhält, ist zwischenzeitlich nun auch durch den jetzigen Vorsitzenden des 2. Strafsenats, Thomas Fischer, bestätigt worden, der in seinem Beitrag in der Festschrift für Ruth Rissing-van-Saan nicht nur die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft bezweifelt und die Rechtsdogmatik als Rechtskunde und Rechtsanwendungstechnik einstuft, während er die Aufgabe der Rechtsprechung darin sieht, Recht herzustellen. Dies mag man so sehen und mit diesen Behauptungen steht Fischer ja auch wahrlich nicht allein. Wichti-

ger ist dann aber, dass die Rechtsprechung nach Fischer nicht die Praxis der Strafrechtsdogmatik ist, sondern die Dogmatik nur dann nutzt, „wenn und soweit sie den konkreten Bedürfnissen entgegen komm[t]“.<sup>7</sup> Die Rolle der Strafrechtswissenschaft wird damit – nicht nur bei Fischer, sondern auch bei anderen namhaften Vertretern der Rechtsprechung<sup>8</sup> – nicht mehr in der Rolle des kritischen Begleiters gesehen, sondern in der des Gehilfen, der umgehend und beflissen die Argumentationen zur Verfügung zu stellen hat, mit denen die als justizpolitisch notwendig (und deshalb?) sachgerecht angesehene Uminterpretation des geltenden Rechts argumentativ unterfüttert werden kann.

Bei Lichte betrachtet, ist das auf die Macht des besseren Arguments setzende Projekt eines kritischen Dialogs aber nicht nur in Frage gestellt, sondern es ist gescheitert, wenn eine Seite an einem wirklichen Dialog gar nicht (mehr) interessiert ist – und schon gar nicht an einem kritischen. Was mich in den Gesprächen, die ich in den letzten Jahren mit Gerhard Fezer geführt habe, tief beeindruckt hat, war das Ausbleiben von Zynismus. Er hat darunter gelitten, dass die Strafprozesskultur Schaden nimmt, wenn die begründete Entscheidung von Rechtsfragen durch Machtsprüche ersetzt wird. Und es hat ihn geschmerzt, wenn er zur Kenntnis nehmen musste, dass die dem Bemühen um eine den Interessen aller Betroffenen soweit wie möglich Rechnung tragende, gesetzgebundene Förmlichkeit des Verfahrens nur noch als Hindernis für eine effiziente Erledigung von Verfahren gesehen wurde. Er hat aber nie akzeptiert, dass dieser Prozess irreversibel sein könnte. Ich hoffe, dass mein verehrter

Lehrer auch in diesem Punkt letztlich – wie so oft – Recht behalten wird. Ich hoffe sehr, dass sich die Strafrechtspraxis wieder darauf besinnen wird, dass sie letztlich – jedenfalls auf lange Sicht – von einem kritischen Dialog sehr viel mehr zu gewinnen hat, als wenn sie die Strafrechtswissenschaft auf die Rolle eines ergebnisgebundenen Ghostwriters reduziert.

Gerhard Fezer war ein unnachgiebiger Verfechter eines gesetzgebunden ablaufenden und die Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten – insbesondere des Beschuldigten – ernstnehmenden Strafprozesses. Dass einen dies in der heutigen Zeit in den Augen einiger oder vielleicht auch vieler als altbacken erscheinen lässt, war ihm durchaus bewusst. Es war für ihn aber kein Grund, seine Überzeugungen aufzugeben oder von der Forderung abzuweichen, dass auch Gerichte – und damit auch und vielleicht sogar vor allem die Revisionsgerichte – ihre Entscheidungen mit Sachargumenten zu belegen und sich einer Auseinandersetzung mit Gegenargumenten zu stellen haben. Diejenigen, die weiter am Projekt des kritischen Dialogs mit der Strafrechtspraxis festhalten, können sich sicher sein, dass Gerhard Fezer dies auch getan hätte.

Die deutsche Strafprozessrechtswissenschaft hat im Jahre 2014 in kurzer Zeit mit Gerhard Fezer und mit seiner talentiertesten Schülerin, Edda Weßlau, zwei ganz wichtige Stimmen verloren. Dies kann und darf uns, die wir die beiden gekannt haben, traurig stimmen. Es darf uns aber nicht entmutigen, sondern es sollte uns Ansporn sein, den Weg weiter zu gehen, den Gerhard

Fezer uns als Mittler zwischen Strafrechtswissenschaft und justizieller Praxis gewiesen hat.

## Anmerkungen

- 1 Max Weber: *Wissenschaft als Beruf*. 7. Aufl. Berlin 1984 [zuerst 1919], S. 11.
- 2 Ebd., S. 14.
- 3 Vgl. Gerhard Fezer: Die persönliche Freiheit im System des Rechtsgüterschutzes. Zur Problematik eines allgemeinen Nötigungstatbestandes. In: *JZ* 1974, S. 599–606; ders.: Zum gegenwärtigen Stand der Reform des § 218 StGB. In: *GA* 1975, S. 353–362; ders.: Zur Rechtsgutsverletzung bei Drohungen – Neue Tatbestände zum Schutz der persönlichen Freiheit?. In: *JR* 1976, S. 95–100.
- 4 Gerhard Fezer: Vom (noch) verfassungsgemäßen Gesetz über den defizitären Vollzug zum verfassungswidrigen Zustand. In: *HRRS* 4/2013, S. 117–119.
- 5 Vgl. die Zusammenstellung in: *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*. Hg. von Edda Weßlau und Wolfgang Wohlers. Berlin 2008, S. 610–612.
- 6 Fezer, *NStZ* 2011, S. 49, 50.
- 7 Thomas Fischer: Spuren der Strafrechtswissenschaft. Eine Leseempfehlung. In: Klaus Bernsmann/Thomas Fischer (Hg.): *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011*. Berlin 2011, S. 143–179, hier S. 176.
- 8 Vgl. beispielhaft Armin Nack: Den Dialog zwischen Strafprozessrechtspraxis und Rechtswissenschaft verbessern [= Begrüßung]. In: Matthias Jahn/Armin Nack (Hg.): *Strafprozessrechtspraxis und Rechtswissenschaft – getrennte Welten? Referate und Diskussionen auf dem 1. Karlsruher Strafrechtsdialog am 15. Juni 2007*. Köln/München 2008, S. 3 f.