Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

28

Kristian Kühl

Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht

Herausgeber: Horst Dreier • Dietmar Willoweit

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nomos Verlag

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber und Edgar Michael Wenz †

Heft 28

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kristian Kühl

Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht

Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vortrag gehalten am 17. Januar 2001

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist bei
Der Deutschen Bibliothek erhältlich. (http://www.ddb.de)

ISBN 3-7890-7267-2

K

PREUSSISCHER STAATS-BIBLIOTHEK ZU BERLIN KULTURBESITZ

1 A 469276

1. Auflage 2001

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung mit Themenabgrenzung 7

II. Zur aktuellen und praktischen Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht 11

III. Zur Beziehung von Rechtsphilosophie und Strafrechtswissenschaft 19

IV. Strafphilosophie 26

V. Strafrechtsphilosophie 33

VI. Freiheit und Solidarität in der Strafrechts-Dogmatik 45

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Einführung mit Themenabgrenzung

Wenn man als Strafrechtler Monate vor einem Vortrag nach einem möglichen Thema aus dem Bereich der Rechtsphilosophie gefragt wird, so ist man entweder versucht, sicherheitshalber ein bereits „beackertes" Thema vorzuschlagen, oder man gerät in momentane Panik, weil man sich auf etwas Neues einläßt, ohne zu wissen, ob man es einigermaßen bewältigen wird. Will man die Hörer nicht mit bereits Veröffentlichtem langweilen, sie aber auch nicht zu Zeugen eines Reinfalls werden lassen, so wählt man am besten ein Thema von der Art des heute von mir gewählten, das meint ein offenes Thema, bei dessen Behandlung man relativ – bezogen auf die Richtpunkte „Rechtsphilosophie" und „Strafrecht" – frei bleibt, was die inhaltliche Ausgestaltung anbetrifft. Man kann dann auf „Bewährtes" zurückgreifen,[1] aber auch noch „vor der Bewährung Stehendes" einfügen. Nach diesem Muster bin ich verfahren und hoffe dabei, daß die meisten Hörer das von mir sog. „Bewährte" noch nicht kennen und für das „Neue" ein wenig Neugierde mitbringen.

Mein Plan, angesichts eines Forschungssemesters endlich wieder einmal voll in Philosophie oder wenigstens Rechtsphilosophie einzusteigen, war von Anfang an nur eine Hoffnung und mußte sich in der Durchführung immer mehr Abstriche gefallen lassen. Zunächst wurde er von der „Notwendigkeit", eine Neuauflage des Strafrechtslehrbuches zum Allgemeinen Teil vorzulegen,[2] in den Hintergrund gedrängt.

1 Zurückgegriffen habe ich auf meine Beiträge: „Die Bedeutung der kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht", in: *H. Jung/H. Müller-Dietz/U. Neumann* (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, S. 139-176; „Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens", in: *O. Dann/D. Klippel* (Hrsg.), Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution, 1995, S. 182-202; „Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts", in: *K. Acham/K. W. Nörr/B. Schefold* (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, 1998, S. 605-658; „Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands", in: Festschrift für T. Lenckner, 1998, S. 143-158; „Freiheit und Solidarität bei den Notrechten", in: Festschrift für H. J. Hirsch, 1999, S. 259-276.

2 *K. Kühl,* Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Als der Plan kurz vor dem Jahreswechsel zur Verwirklichung anstand, lag auf ihm schon der Schatten des Abgabetermins für die Neuauflage des Strafgesetzbuch-Erläuterungswerks von *„Lackner"*, inzwischen *„Lackner/Kühl"*.[3] Beide Werke brauchen nicht nur fast alles von dem, was mir an Intellekt und Arbeitskraft zur Verfügung steht; – das wäre und ist als „normal" noch hinzunehmen, zumal man auch finanziell entschädigt wird. Schlimmer ist diese volle Beanspruchung durch das Strafrecht für jemanden, der ein Zweitstudium in Philosophie „durchgezogen" hat, damit er nicht in der Dogmatik aufgerieben wird, sondern ihr durch das Nebenfach ‚Rechtsphilosophie' wenigstens zeitweise entgehen kann. Dieses zeitweise „sich-mit-Rechtsphilosophie-Beschäftigen" ist zwar – wie der heutige Vortrag hoffentlich belegen wird – nicht ganz ausgeschlossen, doch belastet einen die dogmatische Arbeitsweise ständig beim Versuch, freier zu denken, zu (rechts-)philosophieren. Hinzu kommt das „portionsweise" Arbeiten als Lehrbuchautor und Kommentator, das man nicht so eben ablegen kann, nur weil man einen rechtsphilosophischen Vortrag halten soll und will.

Abgesehen von diesen persönlichen Schwierigkeiten (von denen ich vermute, daß sie nicht ganz so singulär sind, von denen ich vielmehr annehme, daß sie in ähnlicher Form bei manchem Zuhörer auftreten) will ich noch einmal auf die Schwierigkeit des Themas, nämlich seine Offenheit, zurückkommen, und ihr mit einer Begrenzung begegnen. Das weite Thema kann nicht in allen denkbaren Hinsichten und Aspekten behandelt werden, einige der von ihm aufgeworfenen zentralen Probleme sollen aber doch mit einer gewissen Vollständigkeit angesprochen werden.

Die wesentlichen Probleme, bei denen rechtsphilosophische Überlegungen für das Strafrecht von Bedeutung sind, sind zugleich die Grundprobleme des Strafrechts. Das Strafrecht ist zwar deshalb jedermann besonders vertraut, weil es die Frühstückslektüre der Tages-

3 Die 24. Auflage von *K. Lackner/K. Kühl,* Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, soll im Herbst 2001 erscheinen.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zeitung[4] und den Fernsehabend durch aktuelle Berichterstattungen in spektakulären Fällen von Sexual-, Gewalt- und Tötungsstraftaten sowie durch Krimi-Serien anreichert, doch ist diese Präsentation des Strafrechts meistens nicht einmal realitätsgetreu,[5] geschweige denn, erfaßt sie Wesentliches vom Strafrecht.

Das Wesen des Strafrechts erschließt sich am besten aus seinem ersten Wortteil, der Strafe. Die Strafe ist die einschneidendste Sanktion, die der Staat für seine Bürger bei Rechtsverletzungen bereithält und gegebenenfalls ihnen gegenüber auch einsetzt. Die besondere Schärfe ergibt sich bei der Strafe nicht nur aus ihrem Übelscharakter, dem Entzug von Geld und Fortbewegungsfreiheit, sondern vor allem aus der im Schuldspruch steckenden sog. sozialethischen Mißbilligung,[6] mit der dem überführten Straftäter „im Namen des Volkes" gesagt wird, daß er sich gegen elementare Regeln des menschlichen Zusammenlebens vergangen hat. Ein solches Rechtsinstitut wie die Strafe muß legitimiert werden, vor allem dem betroffenen Straftäter gegenüber. Zu dieser Legitimation kann und muß die Rechtsphilosophie einen grundlegenden Beitrag leisten (s.u. IV.).

Aus der Schärfe der Strafe ergeben sich verschiedene Folgerungen für das Strafrecht. Zum einen darf Strafe nur nach einem förmlichen Verfahren, das an der Unschuldsvermutung ausgerichtet und mit rechtsstaatlichen Garantien versehen ist, verhängt werden. Dieser prozessuale Teil des Strafrechts soll hier im weiteren ausgeklammert werden, obwohl die Rechtsphilosophie auch zum Strafverfahrensrecht grundlegende Beiträge geleistet hat und weiterhin leisten wird; – man denke nur an den erfolgreichen Kampf der Aufklärungsphilosophie gegen den absolutistischen Strafprozeß mit dem für ihn charakteristi-

4 Vgl. *D. Dölling/K. H. Gössel/S. Waltós* (Hrsg.), Kriminalberichterstattung in der Tagespresse, 1998, sowie: *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Kriminalität in den Medien – 5. Kölner Symposion, 2000.

5 *G. Kaiser,* Kriminologie – Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996, § 33 Rn. 21; *H.-D. Schwind,* Kriminologie, 9. Aufl. 1998, § 14 Rn. 2-5; *H. Jung,* Massenmedien und Kriminalität, in: *G. Kaiser/H. J. Kerner/F. Sack/H. Schellhoss* (Hrsg.), Kleines kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl. 1993, S. 345 ff.

6 Vgl. *W. Gallas,* Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 4 (7); *K. Kühl,* Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 1983, S. 14 f.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schen Strafverfahrensinstitut der Folter;[7] – weniger aussichtsreich erscheinen gegenwärtige Ansätze der Kommunikationstheorie oder der Systemtheorie, die an dem Recht des Beschuldigten zur Kommunikationsverweigerung[8] oder dem Vorwurf der „Übertölpelung"[9] des Angeklagten zu „knabbern" haben.

Zum anderen darf die Strafe nur dann als Reaktion eingesetzt werden, wenn es sich um gravierende Verstöße gegen elementare Regeln des menschlichen Zusammenlebens handelt. Man spricht dabei üblicherweise von Verbrechen, obwohl – zumindest nach dem geltenden deutschen Strafrecht – auch Vergehen wie Diebstahl und Betrug mitgemeint sind. Auf diesem materiell-rechtlichen und kriminalpolitischen Gebiet wird in der Strafrechtswissenschaft überwiegend mit dem strafrechtlichen Rechtsgutskonzept gearbeitet, nach dem nur Rechtsgutsverletzungen, nicht etwa bloße Moralwidrigkeiten, bei Androhung von Strafe verboten werden dürfen. Auch zu diesem Teil des Strafrechts hat die Rechtsphilosophie Grundlegendes beizusteuern, insbesondere zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral. Das wird der zweite Schwerpunkt nach der Legitimation der Strafe sein (s.u. V.).

Zum Schluß soll noch die Strafrechtsdogmatik in den Blick der Rechtsphilosophie genommen werden. Es geht dabei aber nicht – obwohl auch das möglich wäre und möglicherweise von den meisten Hörern erwartet wird – um grundlegende Begriffe des Straftatsystems wie Unrecht und Schuld, sondern um das Verhältnis von Freiheit und Solidarität, das sowohl bei den Notrechten als auch bei der unterlassenen Hilfeleistung von Bedeutung ist. Die Notrechte ‚Notwehr' und (mehr noch) ‚Notstand' sind seit langem schon auch ein rechtsphilosophisches Thema; das gleiche läßt sich von der Nächstenliebe oder

7 *C. Roxin,* Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 2 Rn. 2-4.

8 Vgl. *H. Rüping,* Das Strafverfahren, 3. Aufl. 1997, Rn. 20, 21 m.w.N.; beachte jedoch *H. H. Kühne,* Strafverfahrensrecht als Kommunikationsproblem, 1978, mit Besprechung *K.Kühl,* JZ 1982, 735.

9 Vgl. *M. Köhler,* Inquisitionsprinzip und autonome Beweisführung (§ 245 StPO), 1979, S. 42 Fn. 6.; vgl. jedoch neuerdings zum Strafverfahren und zur positiven Generalprävention auf der Grundlage der Systemtheorie *J. Hauschild,* Die positive Generalprävention und das Strafverfahren, 2000, S. 161.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zumindest von der allgemeinen, jedermann treffenden Hilfspflicht in Notfällen sagen. Duldungspflichten und Hilfspflichten in Notlagen rütteln am Freiheitsprinzip des Strafrechts und verlangen nach Integrierung von Solidarität in die Freiheitsordnung des Strafrechts (s.u. VI).
Vor diese drei Hauptthemen soll noch eine Bestandsaufnahme des gegenwärtigen Verhältnisses von Strafrechtswissenschaft und Rechtsphilosophie gestellt werden. Dabei wird der Blick vor allem – personenbezogen – auf Strafrechtler gelenkt, die – auf unterschiedliche Weise – rechtsphilosophisch arbeiten (s.u. III). Davor ist noch kurz auf die Aktualität des Themas einzugehen, wie sie sich wieder einmal bei der nahezu abgeschlossenen, strafrechtlichen Aufarbeitung des DDR-Unrechtsregimes gezeigt hat (s.u. II.).

II. Zur aktuellen und praktischen Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht

Die Aktualität des Themas spielt sich nicht im gewohnt engen Verhältnis von Rechtsphilosophie und Strafrechtswissenschaft ab, sondern sie liegt in der Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Strafrechtsprechung, und das ist untypisch. In einer Bestandsaufnahme zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Strafrecht hat *Winfried Hassemer* 1991 festgestellt, daß die Erträge der Rechtsphilosophie, besonders der Rechtstheorie und der Methodenlehre, in der Praxis der Strafrechtsprechung ärmlich sind; wie weit die Strafrechtsprechung grundlagentheoretische Direktiven auch bei der Herstellung ihrer Entscheidungen beachte, sei noch nicht ganz durchsichtig, Skepsis sei aber am Platze.[10]
Was Rechtstheorie und Methodenlehre nicht oder nur schwer zu gelingen scheint, ist der Rechtsphilosophie im engeren Sinne, dem Na-

10 *W. Hassemer*, in: *R. Alexy/R. Dreier/U. Neumann* (Hrsg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, ARSP-Beiheft Nr. 44 (1991), S. 130 (134 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

turrecht[11] oder doch einer naturrechtlichen Formel zum zweiten Mal in der deutschen Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts gelungen. Beginnen wir mit der gerade noch aktuellen Situation; sie ist fast schon bewältigt, wie man daran sieht, daß erste Rückblicke gewagt werden, so etwa vom Regensburger Strafrechtler *Friedrich-Christian Schroeder,* der in der Ausgabe der „Neuen Juristischen Wochenschrift" vom 9. Oktober 2000 über „Zehn Jahre strafrechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts" berichtet;[12] schon 1999 haben die Berliner Strafrechtler *Klaus Marxen* und *Gerhard Werle* „Eine Bilanz" unter dem ähnlichen Titel „Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht" vorgelegt. Eine solche Bilanz ist hier nicht möglich, auch soll die Frage, ob diese strafrechtliche Aufarbeitung gelungen ist, hier nicht beantwortet werden. Es soll vielmehr die erstaunliche Wirkungskraft des Naturrechts auf die Strafrechtsprechung geschildert und analysiert werden.

In den Blick genommen werden deshalb nur die Todesschüsse an der ehemaligen Grenze zwischen der Bundesrepublik und der untergegangenen Deutschen Demokratischen Republik. Diejenigen, die auf Befehl die tödlichen Schüsse abfeuerten – die sog. Mauerschützen –, wurden wegen der eigenhändig vollzogenen Todesschüsse wegen Totschlags zu angemessenen, geringen Freiheitsstrafen, meist auf Bewährung, verurteilt.[13] Längere Freiheitsstrafen (bis zu 7 ½ Jahren) wurden zu Recht gegen die mittelbaren Täter auf der Führungsebene – Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats und des Politbüros der SED – verhängt.[14] Zur Begründung des von den Mauerschützen begangenen Unrechts mußte deren Berufung auf die mögliche Rechtfertigung ihres Handelns durch § 27 des DDR-Grenzgesetzes abge-

11 Nach *W. Naucke,* Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, S. 26, ist die „Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität ein naturrechtliches Problem".

12 *F.-C. Schroeder,* NJW 2000, 3017 ff.; vgl. auch *H.-J. Papier/J. Möller,* NJW 1999, 3289 (3290 ff.); einen Zwischenbericht erstellte *K. Amelung,* GA 1996, 51 ff.

13 *F.-C. Schroeder,* NJW 2000, 3017 (3022).

14 Zur Begründung der mittelbaren Täterschaft durch die sog. Organisationsherrschaft vgl. *Kühl* (o. Fn. 2), § 20 Rn. 73a mit Nachweisen.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schnitten werden. Bereits am 20. Januar 1992 bezog sich das Landgericht Berlin auf die höchstrichterliche Rechtsprechung aus dem Jahre 1952, nach der anerkannt sei, „daß es einen Kernbereich des Rechts gibt, den nach dem Bewußtsein der Allgemeinheit kein Gesetz und kein obrigkeitlicher Akt antasten darf".[15] Aufgegriffen wird in dieser Entscheidung auch ein Hinweis des Bundesverfassungsgerichts auf die Radbruchsche Formel „als Kriterium für das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalles". Das Landgericht sieht zwar, daß dieses Naturrecht und die Radbruchsche Formel „aus Anlaß der Verbrechen des nationalsozialistischen Unrechtsregimes in Deutschland entwickelt worden" sind, „die in der Ungeheuerlichkeit ihres Ausmaßes mit dem hier in Rede stehenden Sachverhalt nicht vergleichbar sind"; doch hindere das nicht die Übernahme der damals von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, denn die Erlaubnis zur Erschießung von Menschen, die ihr Land verlassen wollen, sei „rechtlich unbeachtlich", weil der Anlaß für das Erschießen „in einem solch unerträglichen Mißverhältnis" zum Tod eines Menschen stehe, daß eine entsprechende Regelung keinen Respekt verdiene.[16]

Dieser Sicht hat sich der Bundesgerichtshof in Strafsachen in seinem ersten Mauerschützen-Urteil vom 3. November 1992 im wesentlichen angeschlossen. Aus der Begründung interessiert hier vor allem die Stellungnahme des Gerichts zum Einsatz von Naturrecht bei der Anwendung des (ehemals in der DDR geltenden) positiven Rechts. Der Einsatz von Naturrecht erfolgte – wie auch häufig in der Naturrechts-Rechtsprechung nach dem Zweiten Weltkrieg, auf die der BGH denn auch ausdrücklich Bezug nimmt – bei Rechtfertigungsgründen, die möglicherweise Unrecht in Gesetzesform darstellen: „Ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund kann … nur dann wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unbeachtet bleiben, wenn in ihm ein offensichtlich grober Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit zum Ausdruck kommt; der Verstoß muß so schwer wiegen, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und

15 LG Berlin JZ 1992, 691 (692).
16 LG Berlin JZ 1992, 691 (693).

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletzt (BGHSt 2, 234, 239). Der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit muß so unerträglich sein, daß das Gesetz als unrichtiges der Gerechtigkeit zu weichen hat (Radbruch SJZ 1946, 105, 107)".[17]
Wie schon das Landgericht Berlin sieht auch der BGH, daß eine Übertragung dieser Rechtsgrundsätze, die in Auseinandersetzung mit der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft entwickelt wurden, deshalb problematisch ist, „weil die Tötung von Menschen an der innerdeutschen Grenze nicht mit dem nationalsozialistischen Massenmord gleichgesetzt werden kann". Dennoch bleibe die „damals gewonnene Einsicht gültig, daß bei der Beurteilung von Taten, die im staatlichen Auftrag begangen worden sind, darauf zu achten ist, ob der Staat die äußerste Grenze überschritten hat, die ihm nach allgemeiner Überzeugung in jedem Land gesetzt ist".[18]
Ganz so sicher scheint sich der BGH bei der Berufung auf Naturrecht und die Radbruchsche Formel aber nicht gewesen zu sein, denn er fährt in der Begründung fort: „Heute sind konkretere Maßstäbe hinzugekommen: Die internationalen Menschenrechtspakte bieten Anhaltspunkte dafür, wann der Staat nach der Überzeugung der weltweiten Rechtsgemeinschaft Menschenrechte verletzt".[19] Gemeint sein könnte mit diesem zusätzlichen Argument: in Menschenrechtspakten „verpositiviertes" Naturrecht ist als Prüfungsmaßstab konkreter als Naturrecht und die Radbruchsche Formel, so daß es entscheidend auf die Menschenrechte ankommt;[20] gemeint sein könnte aber auch: die Menschenrechte in Menschenrechtspakten beziehen sich auf das Naturrecht und die in der Radbruchschen Formel angesprochene Gerechtigkeit, so daß das Naturrecht/die Gerechtigkeit entscheidend ist.

17 BGHSt 39, 1 (15 f.); zu Inhalt, Bedeutung und Rezeption der Radbruchschen Formel vgl. *H. Dreier,* JZ 1997, 421 (423 f.).
18 BGHSt 39, 1 (16).
19 BGHSt 39, 1 (16); *H. Dreier,* JZ 1997, 421 (423), spricht von „Menschenrechtsnaturrecht".
20 So versteht den BGH *W. Frisch,* in: Festschrift für G. Grünwald, 1999, S. 133 (137).

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In einer weiteren Entscheidung des BGH vom 20. März 1995 werden die davor ergangenen Entscheidungen noch einmal zusammengefaßt und in der Begründung präzisiert: „Ein Rechtfertigungsgrund, der einer Durchsetzung des Verbots, die DDR zu verlassen, Vorrang vor dem Lebensrecht von Menschen gab, indem er die vorsätzliche Tötung unbewaffneter Flüchtlinge gestattete, ist wegen offensichtlichen, unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte unwirksam. Der Verstoß wirkt hier so schwer, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde bezogenen Rechtsüberzeugungen verletzt; in einem solchen Fall muß das positive Recht der Gerechtigkeit weichen (sog. ‚Radbruchsche Formel'). Diese Grundsätze werden durch Dokumente des internationalen Menschenrechtsschutzes konkretisiert".[21] Wichtig ist an dieser Entscheidung außerdem die Präzisierung des Anwendungsbereiches der Radbruchschen Formel: „wegen des hohen Wertes der Rechtssicherheit" müßten „Fälle, in denen ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund als unbeachtlich angesehen wird … auf extreme Ausnahmen beschränkt bleiben". Das bedeute aber nicht, „daß eine Unverbindlichkeit extrem ungerechter Gesetze ausschließlich in Fällen des Völkermordes, der Friedens-, Kriegs- und Menschlichkeitsverbrechen" in Betracht komme. Daß es sich „bei den tödlichen Schüssen an der innerdeutschen Grenze" um einen extremen Ausnahmefall, der unter die Radbruchsche Formel fällt, handle, leitet der BGH „aus einer Gesamtbewertung des Grenzregimes" her. „Diese Bewertung bezieht sich sowohl auf die Hintanstellung des Lebensrechts der Flüchtlinge als auch auf die besonderen Motive, die Menschen für die Überquerung der innerdeutschen Grenze hatten; in die Bewertung sind auch die tatsächlichen Verhältnisse an der Grenze eingegangen, die durch Mauer, Stacheldraht, Todesstreifen und Schießbefehl gekennzeichnet waren".[22]

Auch wenn man diese Gesamtbewertung und deshalb auch die Heranziehung der Radbruchschen Formel für falsch hält – so etwa der *Rad-*

21 BGHSt 41, 101 (105 f.).
22 BGHSt 41, 101 (106 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bruch nahestehende Herausgeber der 20-bändigen Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe *Arthur Kaufmann*[23] –, so wird man dem Bundesgerichtshof doch zugestehen müssen, daß er es sich mit der Begründung nicht leicht gemacht hat.[24] Ob die Begründung oder auch nur das Ergebnis überzeugt, soll hier – wie gesagt – nicht entschieden werden. Ebensowenig kann hier die philosophische Richtigkeit der Radbruchschen Formel diskutiert werden. Zu überlegen ist im vorliegenden Zusammenhang aber, was diese Formel für die Strafrechtsprechung wiederholt so „anziehend" gemacht hat.

Vorab ist festzuhalten, daß die Formel 1946 in dem berühmten Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" in der Süddeutschen Juristenzeitung von *Gustav Radbruch* entwickelt wurde. Es handelt sich um eine rechtsphilosophische Formel, die ein Strafrechtler entwickelt hat und die von der Strafrechtsprechung aufgegriffen wurde. In ihrer „Unerträglichkeitsversion" lautet sie:

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat."[25]

Die Gründe, die diese Formel für die Strafrechtsprechung so „anziehend" machen, sind nicht leicht aufzudecken. Ein Grund liegt sicher darin, daß diese Formel die Geltung des positiven Rechts für den Normalfall festschreibt.[26] *Radbruch* hat sich ja auch selbst nie vom „Saulus des Gesetzespositivismus" zum „Paulus des Naturrechts"

23 *A. Kaufmann,* NJW 1995, 81; kritisch auch *H. Dreier,* JZ 1997, 421 (428-433); anders aber etwa *R. Alexy,* Mauerschützen, 1993, S. 22 ff.; – die Gründe für und gegen die Anwendung der Radbruchschen Formel auf § 27 DDR-Grenzgesetz listet *U. Ebert,* in: Festschrift für E.-W. Hanack, 1999, S. 501 (524), auf.

24 Nach *Frisch* (o. Fn. 20), S. 145, allerdings mutet die Problembehandlung durch BGHSt 39, 1 „wenig problembewußt und reichlich unbekümmert an".

25 *G. Radbruch,* SJZ 1946, 105 (107).

26 So auch *Frisch* (o. Fn. 20), S. 144.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gewandelt,[27] geschweige denn ein Naturrechtssystem wie etwa *Helmut Coing* 1947 mit seinem „Versuch zur Neubegründung des Naturrechts" in „Die obersten Grundsätze des Rechts" entwickelt. Er hat mit seiner Formel nicht das naturrechtlich richtige Recht, sondern nur das „schlechthin Ungerechte" zu bestimmen versucht.[28] Ein weiterer, mit dem erstgenannten Grund zusammenhängender Grund ist die zwanglose Möglichkeit, die in der Formel genannte „Gerechtigkeit" mit den weltweit verpositivierten Menschenrechten in Verbindung zu bringen: Gerechtigkeit kann mit Menschenrechten wie denen auf Ausreisefreiheit und Leben konkretisiert werden, ohne daß dagegen Widerspruch zu erwarten wäre.

PREUSSISCHER KULTURBESITZ BIBLIOTHEK ZU BERLIN

Schließlich handelt es sich bei der Radbruchschen Formel zwar nicht um einen zur einfachen Subsumtion geeigneten Obersatz,[29] aber doch um eine brauchbare Formel, die mit der „Unerträglichkeit"[30] dem Richter die Möglichkeit gibt, eine Gesamtbewertung des zu beurteilenden Geschehens vorzunehmen und dabei alle relevanten Umstände wie Motive und tatsächliche Verhältnisse zu berücksichtigen; – ein Verfahren, das zwar zu Konflikten mit dem Bestimmtheitsgrundsatz führt, aber Strafrichtern nicht unbekannt oder gar unwillkommen ist, wie etwa die differenzierte Strafrechtsprechung zur Verwerflichkeit von Sitzblockaden zeigt.[31]

Die These von der „ewigen Wiederkehr des Naturrechts" hat sich auch im 20. Jahrhundert bewahrheitet, und zwar immer dann, wenn ein Staat unterging, also nach dem Ersten und Zweiten Weltkrieg und nach dem Untergang der DDR. Heftiger waren die „Naturrechts-Renaissancen" dann, wenn anschließend ein Unrechtsregime zu bewältigen war. Die stärkste „Naturrechts-Renaissance" fand nach dem

27 Vgl. *W. Hassemer,* Einführung zu Gustav Radbruch, Gesamtausgabe Bd. 3 = Rechtsphilosophie III, 1990, S. 1 (8).

28 *W. Hassemer,* in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 439 (463).

29 *K. Rogall,* in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 383 (415).

30 Kritisch dazu *Naucke* (o. Fn. 11), S. 45.

31 Vgl. dazu *K. Lackner/K. Kühl,* Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Aufl. 1999, § 240 Fn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zweiten Weltkrieg statt; sie hatte auf extremes staatliches Unrecht zu reagieren und ein neues Rechtssystem für einen neuen Staat zu konstruieren. Eine vergleichbar starke Naturrechtsdiskussion gab es weder nach dem Ersten Weltkrieg, denn damals war zwar das Kaiserreich, aber kein Unrechtsregime untergegangen. Eine vergleichbar starke Naturrechtsdebatte gab es aber auch nach dem Untergang der DDR nicht; die Strafrechtsprechung ist hier eine Ausnahme. Die wissenschaftliche Diskussion beschränkte sich – anders als nach dem Zweiten Weltkrieg – auf die positive und negative Besprechung dieser Rechtsprechung. Der Grund dafür ist wohl weniger darin zu sehen, daß die sozialistische DDR kein so extremes Unrechtsregime war wie das nationalsozialistische Hitler-Regime, sondern eher darin, daß die ehemalige DDR in die rechtsstaatlich gefestigte Bundesrepublik mit Geltung von Grund- und Menschenrechten aufgenommen werden konnte, ohne daß ein nach Naturrecht rufendes Vakuum entstand.

In der Naturrechtsdebatte nach dem Zweiten Weltkrieg – und damit leite ich zu den personellen Verbindungen von Strafrecht und Rechtsphilosophie über – sind von Strafrechtlern beachtliche wissenschaftliche Beiträge geleistet worden. Erinnert sei hier nur an *Werner Maihofers* „Konkretes Naturrecht" der „Natur der Sache" (1957) und an seine Schrift „Naturrecht als Existenzrecht" aus dem Jahr 1963[32] sowie an *Arthur Kaufmanns* Abhandlung über „Naturrecht und Geschichtlichkeit" aus dem Jahr 1957.[33] Nicht zu vergessen schließlich *Hans Welzel,* der zwar ein scharfer Kritiker des Naturrechts war, aber doch mit seinen „sachlogischen Strukturen" Gegebenheiten aufzeigen wollte, an die jeder (positive) Gesetzgeber gebunden sein sollte.[34]

32 Vgl. dazu *K. Kühl,* in: *G. Köbler/M. Heinze/J. Schapp* (Hrsg.), Geschichtliche Rechtswissenschaft, 1990, S. 331 (348-352).

33 Vgl. dazu *Kühl* (o. Fn. 32), S. 346-348.

34 Vgl. dazu *Kühl* (o. Fn. 32), S. 352-355, sowie jüngst *O. Sticht,* Sachlogik als Naturrecht?, 2000.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Zur Beziehung von Rechtsphilosophie und Strafrechtswissenschaft

Auch hier kann mit der von *Winfried Hassemer* 1991 vorgelegten Bestandsaufnahme zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Strafrecht begonnen werden. Anders als für die Strafrechtsprechung heißt es dort zur Strafrechtswissenschaft: „Die Verbindungen zwischen Rechtsphilosophie und Strafrechtswissenschaft haben eine lange Tradition und sind eng".[35] Und anschaulich personenbezogen fährt er fort: „In unserem Jahrhundert stehen Namen wie *Radbruch, Welzel, Engisch* oder *Arthur Kaufmann* für eine geglückte, fruchtbare und kompetente Strafrechtsphilosophie".[36] Beiden Feststellungen wird man im wesentlichen zustimmen können, auch wenn dem einen noch einige Namen fehlen mögen, und dem anderen eine Aktualisierung in diesem Bereich erforderlich erscheinen mag; – beiden Wünschen soll hier in beschränktem Umfang nachgekommen werden.

Die bereits mehrfach angesprochene Bestandsaufnahme von *Hassemer* findet sich in dem 1991 von *Robert Alexy, Ralf Dreier* und (dem Strafrechtler) *Ulfrid Neumann* herausgegebenen Sammelband „Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute", der Beiträge zur Standortbestimmung enthalten soll. Auch wenn man an der Repräsentativität dieser Auswahl – wie bei jeder Auswahl – Zweifel hegen mag, so kann doch schon mit den ausgewählten Autoren das von *Hassemer* festgestellte enge Verhältnis von Rechtsphilosophie und Strafrechtswissenschaft belegt werden, denn von den 31 Autoren sind immerhin neun Strafrechtler,[37] d.h. im Vergleich mit den anderen, größeren rechtswissenschaftlichen Hauptfächern überproportional viele.

Dasselbe Ergebnis ergibt sich, wenn man auf den Anteil von Strafrechtlern an der rechtsphilosophischen *Lehrbuch*-Literatur abstellt. Auch gegen diesen Faktor kann man Bedenken haben, etwa weil man

35 *Hassemer* (o. Fn. 10), S. 131.

36 *Hassemer*, ebenda.

37 Es sind dies *Monika Frommel, Winfried Hassemer, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Kristian Kühl, Ernst-Joachim Lampe, Ulfried Neumann, Lothar Philipps, Wolfgang Schild.*

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19;16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lehrbücher nicht für die adäquate oder gar repräsentative Darstellungsform von rechtsphilosophischen Überlegungen hält; – daß es sie überhaupt gibt, liegt wohl maßgeblich daran, daß Rechtsphilosophie heute meistens von Rechtswissenschaftlern betrieben wird und die Rechtswissenschaft im Gegensatz etwa zur Ethik[38] oder Philosophie auch eine Lehrbuch-Wissenschaft ist.

Betrachtet man das Lehrbuch-Angebot im (Grundlagen-)Fach Rechtsphilosophie, so dominiert im 20. Jahrhundert unangefochten *Gustav Radbruch,* der erstmals 1914 „Grundzüge der Rechtsphilosophie" vorgelegt hat, aus denen dann nach erheblicher Umarbeitung als dritte Auflage 1932 die „Rechtsphilosophie" hervorging, die von 1950 bis 1983 noch sechs weitere postume Auflagen erlebte. Kein Wunder, daß man *Radbruch* im allgemeinen Bewußtsein mehr als Rechtsphilosophen denn als Strafrechtler registriert. Dennoch war *Radbruch* durch seine Dissertation von 1902 („Die Lehre von der adäquaten Verursachung") und seine Habilitation von 1903 („Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem") – beide bei *Franz von Liszt* und *Karl von Lilienthal* in Berlin entstanden – in zentralen strafrechtsdogmatischen Bereichen bestens ausgewiesen. Dennoch war das Strafrecht – und vor allem dessen Dogmatik – nicht das bevorzugte Thema von *Radbruch*; in seiner Rechtsphilosophie beansprucht es keine zehn Prozent.

Geht man den Markt an Rechtsphilosophie-Lehrbüchern für die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts genauer durch, so stößt man auf mindestens sechs weitere, von Strafrechtlern verfaßte Lehrbücher. Als großes Lehrbuch begegnet einem das von *Heinrich Henkel,* der es aber selbst nur „Einführung in die Rechtsphilosophie" genannt hat. In der Einleitung der ersten Auflage von 1964 ordnet er die Rechtsphilosophie nicht nur als Zweig der Philosophie, sondern auch als Zweig der Rechtswissenschaft ein.[39] Das führte zu einem gewissen Widerspruch durch *Karl Engisch,* einem weiteren rechtsphilosophischen Straf-

38 Vgl. *W. Becker,* Ethik als Ideologie der Demokratie, in: *K. Salamun* (Hrsg.), Ideologien und Ideologiekritik, 1992, S. 149.

39 *H. Henkel,* Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, S. 5.; ähnlich in der 2. Aufl. 1977, S. 7-9.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtler, in seinem 1971 erschienenen Lehrbuch mit dem Titel „Auf der Suche nach der Gerechtigkeit“: man könne Rechtsphilosophie nur philosophisch, nicht juristisch betreiben; richtig sei aber, vom rechtlichen Sachproblem her zu philosophieren und nicht von einem philosophischen System herkommend an das Recht heranzutreten.[40]
Gleich zweimal ist *Arthur Kaufmann* als Rechtsphilosophie in Lehrbuchform vermittelnder Strafrechtler hervorgetreten. Zunächst als Mitherausgeber (mit *Winfried Hassemer*) der „Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“, die 1994 ihre sechste aktuelle Auflage erlebte. Dann als Autor einer „Rechtsphilosophie“ von 1997, die in der ersten Auflage noch „Grundprobleme der Rechtsphilosophie – Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken“ hieß. Die Titeländerung fand statt, obwohl nach *Kaufmann* die Zeit der vollständigen und geschlossenen Darstellungen der Rechtsphilosophie seit der dritten Auflage von *Radbruchs* Rechtsphilosophie vorbei ist; er selbst biete zwar keine „ganze Rechtsphilosophie“, dennoch sei der Titel ‚Rechtsphilosophie‘ nicht übertrieben, da auch andere Lehrbücher zur Rechtsphilosophie nicht vollständiger seien.[41]
Vollständigkeit streben schon vom Umfang her nicht an *Wolfgang Nauckes* „Rechtsphilosophische Grundbegriffe“, die – in vierter Auflage 2000 erschienen – dazu anregen sollen, sich die Hauptdaten der Rechtsphilosophie-Geschichte zu vergegenwärtigen und anzueignen;[42] ebensowenig der Grundriß von *Kurt Seelmann* unter dem Titel „Rechtsphilosophie“ aus dem Jahre 1994, der eine Grundsatzdebatte über das Phänomen Recht und die Begründbarkeit nichtpositiver Richtigkeitskriterien anstoßen will.[43] Schließlich ist noch der spätestens durch sein großes Lehrbuch zum Strafrecht Allgemeiner Teil in Strafrechtskreisen berühmt gewordene *Günther Jakobs* zu nennen,[44] der 1997 „Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie“ unter dem

40 *K. Engisch,* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 1.
41 *A. Kaufmann,* Rechtsphilosophie, 1997, Vorwort S. VIII.
42 *W. Naucke,* Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 4. Aufl. 2000, Vorwort S. V.
43 *K. Seelmann,* Rechtsphilosophie, 1994, S. 1 f.
44 *G. Jakobs,* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1983, 2. Aufl. 1991.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Titel „Norm, Person, Gesellschaft“ vorgelegt hat, die schon nach zwei Jahren eine zweite Auflage herausforderten.

Auch als rechtsphilosophisches Lehrbuch könnte man *Hans Welzels* „Naturrecht und materiale Gerechtigkeit“ – zuletzt in fünfter Auflage 1982 erschienen – bezeichnen, denn hier wird eine quellenreiche Geschichte des Naturrechts vom antiken über das christlich mittelalterliche bis zum neuzeitlichen Naturrecht vorgelegt, die den deutschen Idealismus besonders hervorhebt und auch „Die Gegenwart“ nicht ausschließt. – So gut wie vergessen ist das „System der Rechts- und Staatsphilosophie“ von *Wilhelm Sauer,* das 1949 letztmals in zweiter Auflage erschien. Immerhin repräsentiert es noch 1989 in der achten Auflage von *Jürgen Baumanns* „Einführung in die Rechtswissenschaft“ die Rechtsphilosophie.[45]

Auch wenn ich die Zahl der von Strafrechtlern verfaßten Rechtsphilosophie-Lehrbücher nicht in ein Verhältnis zu den von Zivil- und Öffentlichrechtlern geschriebenen gesetzt habe, erscheinen doch Strafrechtler überproportional vertreten, was bei den Vertretern der größeren Fächer voraussichtlich zur Bestätigung ihres Vorurteils, daß es im Strafrecht nicht viel zu tun gebe, führen wird. Dennoch sollen die Indikatoren, aus denen sich die enge und intensive Verbindung von Strafrechtswissenschaftlern und Rechtsphilosophie ergibt, noch ein wenig vermehrt werden.

Dabei ist zunächst auf das Phänomen strafrechtlich-rechtsphilosophischer *Schulen* hinzuweisen. Auch dagegen wird sich sofort Widerspruch erheben, dem man aber durch ein weites Verständnis von „Schulen“, das auch lockere Verbindungen und Arbeitszusammenhänge erfaßt, begegnen kann. Eine sehr offene Schule hat sich um *Arthur Kaufmann* gebildet; sie bearbeitet nicht nur die eigentliche normative Rechtsphilosophie als Lehre vom richtigen Recht, sondern auch Themen der Rechtstheorie. Die Mitglieder der Schule sind leicht der „Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ zu entnehmen, sie verbindet eine zeitweise Zugehörigkeit zum (Kaufmannschen) Münchener Institut für Rechtsphilosophie und

45 *J. Baumann,* Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. Aufl. 1989, S. 3 f.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsinformatik; als Strafrechtler hervorgetreten sind vor allem *Winfried Hassemer, Fritjof Haft, Ulfrid Neumann* und *Ulrich Schroth.* Ein geschlosseneres Bild bietet die „Schule", die sich um *Ernst Amadeus Wolff* in Heidelberg und Frankfurt gebildet hat, denn in diesem „Arbeitszusammenhang" geht es um die Bedeutung einer ganz bestimmten Rechtsphilosophie für das Strafrecht, nämlich um die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus, verkörpert durch *Kant, Fichte* und *Hegel.* Während man *Wolffs* Arbeiten suchen muß, begegnet jedem Strafrechtsstudenten das Lehrbuch von *Michael Köhler* zum Strafrecht Allgemeiner Teil von 1997. *Köhler* hatte bereits – was auch schon *Hassemer* in seiner mehrfach zitierten Bestandsaufnahme von 1991 aufgefallen war[46] – in seiner Habilitationsschrift zur bewußten Fahrlässigkeit aus dem Jahr 1982 ein strafrechtliches Thema auf breiter philosophischer Basis diskutiert; dasselbe konnte *Hassemer* zur Habilitationsschrift „Das Unrecht der versuchten Tat" von *Rainer Zaczyk* (1989) sagen, der bereits in seiner Dissertation aus dem Jahr 1981 „Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes" behandelt hatte. In den neunziger Jahren hat sich *Diethelm Klesczewski* „Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft" vorgenommen und *Michael Kahlo* zwei strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchungen zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt (1990)[47] und zur Theorie personalen Handelns im Hinblick auf deren Bedeutung für die Begründung und Begrenzung der Unterlassungstäterschaft (2001) vorgelegt, worin der personal-autonome Handlungsbegriff aus dem „schöpferischen Nachvollzug" der Denkbewegung von *Hobbes* über *Rousseau* zu *Kant* gewonnen wird.[48] Herausragend freilich bleibt das AT-Lehrbuch *Köhlers,* das noch weiter in die Antike (z.B. zu *Aristoteles*) und ins Mittelalter (z.B. zu *Thomas von Aquin*) zurückgeht, aber doch bei *Kant* den Ausgangspunkt für das heutige Strafrecht findet. Daß dies keineswegs überholt und weltfremd ist, bestätigt der schon mehrfach zitierte, unverfängli-

46 *Hassemer* (o. Fn. 10), S. 132.

47 *M. Kahlo,* Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990.

48 *M. Kahlo,* Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001, S. 205.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

che, weil allem Modernen gegenüber aufgeschlossene, Zeuge *Winfried Hassemer,* nach dem die strafrechtlichen Fundamentalprobleme in ihrer gültigen Formulierung aus dem deutschen Idealismus und der europäischen Aufklärung stammen.[49]

Als letzte und zugleich jüngste strafrechts-rechtsphilosophische Schule ist die Bonner Schule von *Günther Jakobs* zu erwähnen. Auch wenn man zunächst nicht sicher ist, ob es sich bei seinen Vorüberlegungen zur Rechtsphilosophie nicht eher um eine an *Niklas Luhmann* orientierte soziologische Theorie handelt,[50] so zeigt doch die häufig festzustellende Nähe zu *Hegel* und die kritische Auseinandersetzung mit *Hobbes* und *Kant,* daß hier zumindest auch rechtsphilosophisch gearbeitet wird. Auf diesen Spuren bewegt sich die in Auseinandersetzung mit *Hegel* entstandene Habilitationsschrift von *Heiko Lesch* „Der Verbrechensbegriff – Grundlagen einer funktionalen Revision" aus dem Jahr 1999. *Michael Pawlik* leitet die polizeirechtliche Eingriffspflicht zur Verhinderung von Straftaten und die entsprechende Garantenstellung des Polizeibeamten zum Schutze der bedrohten Bürger aus der Rechtsphilosophie von *Hobbes* ab[51] und – was vom Thema her noch überraschender ist – arbeitet in seiner Habilitationsschrift „Das unerlaubte Verhalten beim Betrug" aus dem Jahr 1999 auf einer eingehenden rechtsphilosophischen Grundlegung, die ihr Argumentationspotential in Auseinandersetzung mit *Kant* und *Fichte* bezieht.

Daß rechtsphilosophische Überlegungen zu Fragen des Betrugs eingesetzt werden, ist zwar überraschend, doch keinesfalls mehr etwas Besonderes, nachdem auch *Joachim Vogel* – nicht der *Jakobs*-Schule angehörend – in seiner bei dem führenden deutschen Wirtschaftsstrafrechtler *Klaus Tiedemann* in Freiburg entstandenen, noch unveröffentlichten Habilitationsschrift eine diskurstheoretische Legitimation des Betrugsstrafrechts im Gefolge von *Jürgen Habermas* unternommen hat.

49 *Hassemer* (o. Fn. 10), S. 136.

50 Vgl. die Rezension von *W. Kargl,* GA 1999, 53 (62 f.); scharfe Kritik von *N. Hoerster,* ZRP 1999, 215.

51 *M. Pawlik,* ZStW 111 (1999), 335 (345).

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aktivitäten von Strafrechtlern auf dem Gebiete der Rechtsphilosophie sind außerdem bei zwei erfolgreichen *Schriftenreihen* festzuhalten. So bei den von *Kurt Seelmann* mitherausgegebenen „Rechtsphilosophischen Schriften", die es seit 1993 auf neun Bände u.a. zu Recht und Moral, Gerechtigkeit und Solidarität gebracht haben. Dann bei dem von *Joachim Hruschka* und *Jan C. Joerden* mitherausgegebenen „Jahrbuch für Recht und Ethik", von dem ebenfalls seit 1993 sieben Bände erschienen sind, u.a. zu Zurechnung und Verhalten, Bioethik und Medizinrecht sowie 200 Jahre *Kants* Metaphysik der Sitten; hervorzuheben ist bei diesem Jahrbuch, daß viele Artikel in englischer Sprache veröffentlicht werden, deren Benutzung im Kontakt zwischen Rechtsphilosophen gebräuchlicher und selbstverständlicher erscheint als zwischen Strafrechtlern. Nicht zu vergessen sind die „Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie", mitbegründet von dem Strafrechtler *Ulrich Weber*; – von 24 Vorträgen bisher wurden immerhin vier (mehr oder weniger) rechtsphilosophische Vorträge von Strafrechtlern gehalten,[52] was mir dennoch nicht wenig erscheint, weil auch Fach-Philosophen vortrugen sowie Vorträge zur Rechtstheorie und Rechtssoziologie stattfanden.

Strafrechtler gehören auch zu den Verantwortlichen für die zwei wichtigsten rechtsphilosophischen/rechtstheoretischen deutschen *Zeitschriften.* „Federführender Redaktor" des „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" ist *Werner Maihofer*; die Zeitschrift „Rechtstheorie" wurde von *Karl Engisch* und *Ulrich Klug* mitbegründet (leider ist kein Strafrechtler mehr unter den gegenwärtigen Herausgebern).

Auf die Nennung von weiteren, strafrechtlich-rechtsphilosophisch arbeitenden „Einzelkämpfern" möchte ich verzichten, nicht zuletzt, weil mir die Gefahr, den einen oder anderen zu vergessen, zu groß erscheint. Kurz erwähnen möchte ich aber noch meinen „strafrechtlichen Doktorvater" *Wilhelm Gallas,* der zwar nur wenige rein rechtsphilosophische Veröffentlichungen vorgelegt hat,[53] der aber beein-

52 Es waren dies *Arthur Kaufmann, Klaus Lüderssen, Wolfgang Schild, Kurt Seelmann.*

53 Zu beachten ist aber: *W. Gallas,* P. J. A. Feuerbachs „Kritik des natürlichen Rechts", 1964, sowie *ders.,* Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, in: Heidelberger Jahrbücher Bd. IX (1965), S. 1-16 (wieder abgedruckt in: *ders.,* Beiträge zur Ver-

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

druckende Vorlesungen über die Geschichte der Rechtsphilosophie hielt und dessen strafrechtsdogmatisches Denken so tief schürfte, daß es immer wieder an die dann auch rechtsphilosophischen Grundlagen ging.[54] Insgesamt dürfte sich aus den hier beigebrachten Belegen ergeben, daß die Beziehungen zwischen Strafrechtswissenschaft und Rechtsphilosophie auch noch am Ende des 20. Jahrhunderts intensiv sind. Und sicher erscheint mir auch, daß davon vor allem das Strafrecht Gewinn zieht, was die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht unterstreicht.

IV. Strafphilosophie

Der Begriff ‚Strafphilosophie' ist dem gleichnamigen Buch von *Ernst-Joachim Lampe* aus dem Jahr 1999 entnommen. Der Begriff ist zwar nicht gerade gebräuchlich, doch bezeichnet er im Gegensatz zu einer weiten Strafrechtsphilosophie, daß es enger um die Legitimation der Strafe geht. *Lampe* stellt seine Strafphilosophie unter das vielversprechende Motto aus *Kants* „Kritik der praktischen Vernunft": „In jeder Strafe, als solcher, muß zuerst Gerechtigkeit sein, und das macht das Wesentliche dieses Begriffes aus".[55] Das klingt aber nur nach einer Rehabilitierung der kantischen Straftheorie, denn wenig später heißt es, daß „*Kants* Auffassung … als überholt gelten" kann, weil sie anders als andere Vergeltungstheorien leugne, daß Strafe den Interessenschutz als Zweck voraussetze.[56] *Kants* Behauptung, daß der Staat ohne jeden Nutzen für die soziale Gemeinschaft, um des begangenen Unrechts willen, strafen sollte, sei „niemals intuitiv einleuchtend" begründet worden.[57] Zur Exemplifizierung dieser negativen Einschät-

brechenslehre, 1968, S. 1-18). – Zu Wilhelm Gallas Person und Werk vgl. *W. Küper* (Hrsg.), In memoriam Wilhelm Gallas (1903-1989), 1991.

54 So etwa bei seinen Arbeiten zum Verhältnis von Recht und Moral bei den echten und unechten Unterlassungsdelikten: *W. Gallas,* Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989.

55 *E.-J. Lampe,* Strafphilosophie, 1999, S. V.

56 *Lampe* (o. Fn. 55), S. 13 Fn. 44.

57 *Lampe* (o. Fn. 55), S. 169 Fn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zung der kantischen Straftheorie wird das sog. Inselbeispiel hervorgeholt,[58] mit dem schon andere glaubten, Kants Theorie mit ihren eigenen Waffen schlagen zu können. Das Beispiel lautet: „Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind".

Daß man mit einem auf den ersten Blick befremdlichen Beispiel eine philosophische Straftheorie widerlegen könnte, ist eigentlich eine wenig wahrscheinliche These. Dennoch hat dieses Beispiel dazu geführt, daß man die notwendigen Teile der kantischen Straftheorie mißachtet hat, entsprechend der von *Ulrich Klug* 1968 an Straftheoretiker gerichteten Aufforderung, „Abschied von Kant und Hegel zu nehmen".[59] Diese Aufforderung ist zwar von der Strafrechtswissenschaft – wie oben belegt – nicht durchgängig befolgt worden, doch wirkt sie in der Diskussion der Straftheorie Kants bis heute nachteilig fort.[60]

Betrachtet man die Diskussion um die Strafzwecke *strafrechtsintern*, so ergibt sich in groben Zügen folgendes Bild: Im Vordergrund stehen die zukunftsgerichteten präventiven Strafzwecke. Zweckrationalität ist angesagt.[61] Bei jeder neuen Strafvorschrift geht der Gesetzgeber mit

58 *Lampe* (o. Fn. 55), S. 13 Fn. 44. – Zur Diskussion dieses Beispiels unter US-amerikanischen Straftheoretikern s. *G. P. Fletcher* und *M. Moore*, in: *B. Schünemann/M. D. Dubber* (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, S. 82 und 85.

59 *U. Klug*, Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, Bd. 2: Materielle und formelle Strafrechtsprobleme, 1981, S. 149-154: „Es ist hohe Zeit, die Straftheorien von Kant und Hegel mit ihren irrationalen gedankenlyrischen Exzessen in all ihrer erkenntnistheoretischen, logischen und moralischen Fragwürdigkeit endgültig zu verabschieden" (S. 154); zuerst 1968 in: *J. Baumann* (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 36-41.

60 Nach *Kaiser* (o. Fn. 5), § 20 Rn. 1, haben entgegen *Klugs* Postulat „Vergeltung und Abschreckung als Kontroll- und Sanktionskonzepte inzwischen eine Renaissance erfahren".

61 Zur historischen Entwicklung des „Präventionsrechts" und des „Zweckstrafrechts" vgl. *Kaiser* (o. Fn. 5), § 30 Rn. 4, 5. – Neuere Tendenzen zur Ausdehnung der

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einiger Plausibilität davon aus, daß das inkriminierte Verhalten durch Abschreckung potentieller Täter zurückgedrängt wird; – häufig verbunden mit dem unpassenden und auch unrealistischen Begriff der Verbrechensbekämpfung.[62] In der Strafrechtswissenschaft gilt im Gegensatz zu dieser negativen Generalprävention die positive Generalprävention als „herrschende Lehre".[63] Die auch sog. Integrationsprävention[64] erhofft sich vom Strafrecht – den Strafnormen, der Verhängung und der Vollstreckung der Strafe – eine Bestärkung der Rechtstreue der Bevölkerung[65] oder eine Normstabilisierung.[66] Die Kriminalpolitik im Sanktionsbereich wird seit Mitte der sechziger Jahre[67] vom spezialpräventiven Besserungs- oder Resozialisierungsgedanken beherrscht, was sich etwa in der Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafen, in der Erweiterung der Strafaussetzung zur Bewährung und im Strafvollzug niedergeschlagen hat, der nach § 2 StVollzG den Gefangenen „fähig" machen soll, „künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen".

Strafrechtsextern werden diese Straftheorien von seiten der Rechtsphilosophie durch den Utilitarismus gestützt. Utilitaristische Straftheorien sehen in der Strafe „ein Übel, jedoch ein notwendiges

„Kriminalprävention" behandelt *M. Walter*, in: Festschrift für H. J. Hirsch, 1999, S. 897: „von der Spezial- über die General- zur ‚Ubiquitäts'prävention?"

62 *C. Pott*, KritV 1999, 91, 97; vgl. jedoch *Kaiser* (o. Fn. 5), § 100 Rn. 43 f.

63 *H. H. Jescheck/T. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 68 f.; *W. Gropp*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2001, § 1 Rn. 119; eingehend *B.Schünemann/A. v. Hirsch/N. Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998; zusammenfassend *B. Schünemann*, in: *ders./M. D. Dubber* (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, S. 1 f.; kritisch *Lampe* (o. Fn. 55), S. 10-12.

64 *H. Müller-Dietz*, in: Festschrift für H. H. Jescheck, Bd. 2, 1985, S. 813; *Jescheck/Weigend* (o. Fn. 63), S. 68; *C. Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Aufl. 1997, § 3 Rn. 27; *Lackner/Kühl* (o. Fn. 31), § 46 Rn. 30; kritisch zu dieser „verengten" Perspektive *Lampe* (o. Fn. 55), S. 12 Fn. 43; kritisch wegen der inhaltlichen Unklarheit *M. Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 21.

65 *W. Naucke*, Strafrecht – Eine Einführung, 9. Aufl. 2000, § 1 Rn. 140 und 152.

66 *G. Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *Jakobs* (o. Fn. 44), 2. Aufl., 1. Abschn. Rn. 4-7a.

67 *Naucke* (o. Fn. 65), § 1 Rn. 152; vgl. auch *Kaiser* (o. Fn. 5), § 31 Rn. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Übel, welches durch seine positiven Konsequenzen zu rechtfertigen sei".[68] Die traditionelle utilitaristische Straftheorie, die man mit *Bentham,* aber auch *Beccaria, Feuerbach* und *von Liszt* verbinden kann,[69] versucht die Abschreckungswirkung durch entscheidungstheoretische Erwägungen nachzuweisen.[70] Der von ihr ins Auge gefaßte Täter wägt den durch die Straftat erwarteten Nutzen mit dem Risiko, erwischt und bestraft zu werden, ab und unterläßt die Tat, wenn die Kosten zu hoch sind. Darin mag ein richtiger Kern stecken, obwohl sicher nicht alle Straftaten so kalkuliert begangen werden. Ein erster Nachteil dieser generalpräventiven Abschreckungstheorie ist aber, daß sie hohe Strafen unter Umständen auch – ungerechterweise – für mittlere Taten ansetzen muß. Wer durch die Strafe andere von der Begehung von Straftaten abhalten will, kann darüber hinaus weder die Verhängung von exemplarischen Einzelstrafen noch die Bestrafung schuldlos Handelnder ausschließen; – ja sogar die Bestrafung von Unschuldigen kommt dann in Betracht, wenn von deren Bestrafung ein besonderer Präventionseffekt erwartet werden könnte.[71]

Nicht weniger beunruhigend sind die denkbaren Konsequenzen der spezialpräventiven Besserungstheorie. Nach ihr ist es ebenfalls nicht auszuschließen, bestimmte Unschuldige zu bestrafen, denn ihr müßte es „vernünftig erscheinen, jene Personen, die aufgrund ihrer erkennbaren Dispositionen Normverletzungen befürchten lassen, zu bestrafen, bevor sie ein Delikt begehen".[72] Des weiteren müßte sie bei voll sozialisierten Tätern auf Strafe verzichten, selbst wenn diese schwere Straftaten begangen haben.[73] Schließlich erscheint schon im Ansatz

68 *P. Koller,* ZStW 91 (1979), 45 (48).

69 So *P. Koller,* ZStW 91 (1979), 45 (77); vgl. auch *Kaiser* (o. Fn. 5), § 30 Rn. 4, 5, der dieselben Namen nennt.

70 *P. Koller,* ZStW 91 (1979), 45 (77). – Ganz ähnlich wird heute in der Law and Economics-Debatte argumentiert; kritisch *Schünemann* (o. Fn. 63), 2000, S. 1 f. mit Nachweisen aus dieser Debatte.

71 So *P. Koller,* ZStW 91 (1979), 45 (52); vgl. aber auch *Lampe* (o. Fn. 55), S. 6 mit Fn. 17.

72 *P. Koller,* ZStW 91 (1979), 45 (52).

73 *C. Roxin,* in: *ders./G. Arzt/K. Tiedemann,* Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 1994, S. 45; *W. Frisch,* 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fraglich, ob man Besserung durch Strafe, die ja immer auch ein Übel mit „Leidzufügung und Statusdegradierung" ist,[74] erreichen kann.

Alle auf bestimmte Zwecke in der Zukunft ausgerichteten Straftheorien müssen die Eignung der Strafe zur Erreichung dieser Zwecke behaupten, und diese Behauptung müßte eigentlich mit empirischen Daten belegt werden.[75] Im letzteren Punkt sieht es freilich schlecht aus, sowohl was die Belege für die Verringerung der Wiederholungsgefahr durch Individual-Abschreckung[76] oder Besserung,[77] als auch was die Belege für die Abschreckungswirkung auf andere[78] oder die Normstabilisierung durch Strafe[79] anbetrifft. Doch soll dies hier nicht der Ansatzpunkt für eine grundlegende Kritik der Präventionstheorien sein.

Angesetzt werden soll vielmehr bei der bereits von *Kant* und *Hegel* formulierten Kritik, daß diese Theorien den Menschen „sei es zur Konditionierung seiner selbst, sei es zur Motivierung anderer"[80] unter die „Gegenstände des Sachenrechts" mengen,[81] oder „wie einen Hund" behandeln, „gegen den man den Stock erhebt".[82] Es geht um

aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 269, 277, und *R. Zippelius,* Einführung in das Recht, 3. Aufl. 2000, S. 133, mit Rudolf Eichmann als Beispiel.

74 *P. Koller,* ZStW 91 (1979), 45 (60).

75 Zu „Möglichkeiten und Grenzen des empirischen Zugangs" zu Straftheorien, „die prinzipiell ... auf ‚Wirkungen' abstellen oder ‚Zwecke' in der Realwelt implizieren", vgl. *H. J. Kerner,* Sanktionsforschung, in: *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss* (o. Fn. 5), S. 440 ff.; krit. zur Verfügbarkeit von Erfahrungsmaterial *Frisch* (o. Fn. 73), S. 282.

76 *U. Neumann/U. Schroth,* Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S. 21.

77 Vgl. *Kaiser* (o. Fn. 5), § 31 Rn. 51 ff.; *Neumann/Schroth* (o. Fn. 76), S. 36 ff.

78 Vgl. *Kaiser* (o. Fn. 5), § 31 Rn. 32 ff.; *Köhler* (o. Fn. 64), S. 42 f.

79 Vgl. *H.-J. Albrecht,* Generalprävention, in: *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss* (o. Fn. 5), S. 157 ff.

80 *M. Köhler,* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1997, S. 45; *Frisch* (o. Fn. 73), S. 277; vgl. auch *U. Neumann,* in: *C. Prittwitz/I. Manoledakis* (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 2000, S. 121 (124).

81 *I. Kant* wird nach der Akademie-Ausgabe zitiert: AA VI 331.

82 *G. W. F. Hegel,* Grundlinien der Philosophie des Rechts, 2. Aufl. 1840, § 99 Zusatz; zu *Hegels* Straftheorie vgl. *M. Köhler,* Der Begriff der Strafe, 1986, S. 54-60; *K. Seelmann,* Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, 1995; *D. Klesczewski,* Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der Gesellschaft, 1991; *G. Mohr,* in: *L. Siep* (Hrsg.), G. W. F. Hegel – Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1997, S. 95-124.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Rehabilitierung der verpönten Straftheorie *Kants,* die bis heute in der Wirkungsgeschichte nur Bedeutung als „Negativfolie" hat; – so *Otfried Höffe,* an dessen Versuch, *Kants* Position zu „entmythologisieren", die folgenden Überlegungen anknüpfen.[83]

Nach *Kants* Allgemeiner Anmerkung E in der ‚Rechtslehre' der ‚Metaphysik der Sitten' ist das Strafrecht „das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit Schmerz zu belegen".[84] Entscheidend ist dabei, daß die Strafe als Übel vom Staat nur „wegen eines Verbrechens" verhängt werden darf. Strafe wartet also ab, bis das Verbrechen begangen ist, und die „richterliche Strafe" trifft nur denjenigen, der dieses Verbrechen schuldhaft begangen hat. Schon damit entzieht sich die repressive Straftheorie den Einwänden, die gegen die präventiven Straftheorien erhoben wurden. Prävention ist dennoch auch nach *Kant* als sekundärer Strafzweck nicht ausgeschlossen; nur darf die Strafe darauf nicht reduziert werden; – in den Worten *Kants:* sie „kann niemals *bloß* als Mittel" eingesetzt werden, „ein anderes Gutes zu befördern, für den Verbrecher selbst oder für die bürgerliche Gesellschaft"; der Angeklagte „muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen".[85]

Daß Strafe sein muß, bezeichnet *Kant* in der Allgemeinen Anmerkung E als kategorischen Imperativ, begründet dies aber an dieser Stelle nicht. Seiner Rechtslehre läßt sich aber entnehmen, daß Recht seine Aufgabe als Freiheitsschutz durch Freiheitsbeschränkung nur erfüllen kann, wenn es mit Zwang verbunden ist. Dieser Zwang wird im Staat

83 *O. Höffe,* in: *ders.* (Hrsg.), Immanuel Kant – Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1999, S. 213-233. – „Noch immer nachdenkenswert" ist Kants philosophische Begründung des Strafrechts auch für *W. Schild,* in: Festschrift für W. Gitter, 1995, S. 831-846.

84 *I. Kant,* AA VI 331; oberflächliche Kritik an der Begrifflichkeit bei *Klug* (o. Fn. 59), Bd. 1: Rechts- und staatsphilosophische Analysen und Positionen, 1981, S. 215, 220; dagegen bietet *Höffe* (o. Fn. 83), S. 216, eine analytisch saubere Gliederung dieses wegen seiner „Kürze und Klarheit" bemerkenswerten Satzes in sieben Elemente.

85 *I. Kant,* AA VI 331. Vgl. dazu *Schild* (o. Fn. 83), S. 836, und *Zippelius* (o. Fn. 73), S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zur Strafe, wenn es sich um gravierende Verletzungen elementarer Rechte handelt.[86] Verbrechen fordern Strafe, weil sonst das Recht nur „provisorisch" und die von ihm geschützte Freiheit ungesichert wäre.[87] Diese Ableitung ist sicher nicht provozierend; provozierend hingegen sind *Kants* Ausführungen zur speziellen Vergeltung, vor allem, wenn die Beispiele mit Todesstrafe und Kastration hervorgeholt werden.[88] Stellt man aber auf das Prinzip ab, so kann man *Kant* folgen, denn es ist „kein anderes als das Prinzip der Gleichheit", ein Prinzip, das man mit *Höffe* als „unstrittiges Gerechtigkeitsprinzip" ansehen kann[89] und das sich gegen willkürliches Strafen richtet.

Mehr kann und sollte die Rechtsphilosophie zur Strafzumessung nicht sagen. Wie man auf der von *Kant* ins Spiel gebrachten „Waage der Gerechtigkeit"[90] die Waagschalen belegt, kann die Rechtsphilosophie nur mit den Worten Verbrechen und dementsprechende Strafe festlegen. Bei der Beantwortung der weiteren Fragen, wie man die Schwere des Verbrechens und die zugehörige Strafe bestimmen kann, hilft sie dem Strafgesetzgeber und Strafrichter nicht.[91]

Wenn ich mir selbst die Notwendigkeit, die Legitimität und das Maß der Strafe klar machen will, so denke ich, daß, wenn das Recht nicht nur auf dem Papier stehen soll, eine Rechtsverletzung jedenfalls festgehalten werden muß: dem Rechtsverletzer muß gesagt werden, daß es „so nicht geht". Dieser Mißbilligung wiederum muß Nachdruck durch die Verhängung eines Übels verliehen werden, denn der Rechtsverletzer hat das Recht ja nicht nur in Frage gestellt, sondern durch sein Verhalten verletzt. Das Maß des auferlegten Übels muß im Prinzip der Größe des schuldhaft begangenen Unrechts entsprechen. Vorausgesetzt ist dabei, daß es sich bei der Rechtsverletzung um einen

86 Ähnlich *Kahlo* (o. Fn. 48), S. 215, 220.

87 Vgl. auch die z.T. ähnliche Argumentation von *H. Kaiser,* Widerspruch und harte Behandlung, 1999, S. 69 ff., 77.

88 Vgl. dazu mit weiteren „schockierenden" Beispielen *Höffe* (o. Fn. 83), S. 213 f., und *Schild* (o. Fn. 83), S. 832.

89 *Höffe* (o. Fn. 83), S. 228. – Auch *Kaufmann* (o. Fn. 41), S. 163, sieht das Gültige in Kants Straftheorie in der Gerechtigkeit.

90 *I. Kant,* AA VI 332.

91 So schon *Höffe* (o. Fn. 83), S. 228.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gravierenden Eingriff in die Freiheit anderer handelt. Ein solches *Strafrechtssystem* muß sich um seine Abschreckungswirkung ebensowenig Sorgen machen wie um die Bestärkung der Rechtstreue der Bevölkerung oder die Normstabilisierung. Es kann auch mit der gerechten Strafe Besserungsziele verfolgen, etwa in der inhaltlichen Ausgestaltung des Strafvollzugs. Ein solches Strafrechtssystem haben wir im wesentlichen in der Bundesrepublik: Das Schuldprinzip ist verfassungsrechtlich garantiert und nach § 46 StGB ist die „Schuld des Täters … Grundlage für die Zumessung der Strafe". Präventionszwecke sind innerhalb des konkreten Schuldrahmens zu berücksichtigen;[92] weitergehend kommen sie im Strafvollzug und bei der Schaffung neuer Strafvorschriften zum Zug.

V. Strafrechtsphilosophie

Unter dem auch nicht fest etablierten, aber auch nicht ganz ungewöhnlichen Begriff der Strafrechtsphilosophie sind Überlegungen zu verstehen, die den legitimen Bereich des Strafrechts abstecken. Im Kern geht es um die Frage, welches Verhalten bei Androhung von Strafe verboten werden darf oder sogar –ausnahmsweise- verboten werden muß; letzterem wird im Folgenden nicht mehr nachgegangen (vgl. jedoch *K. Kühl*, GA 1977, 353, 364). In praktischer Perspektive ist dies zugleich ein Thema der Kriminalpolitik. Es wird von strafrechtlicher Seite mit Begriffen wie Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit behandelt.[93] Mehr auf das strafwürdige Verhalten beschränkt wurde seit langem und wird noch heute nach dem „materiellen Ver-

92 *Lackner/Kühl* (o. Fn. 31), § 46 Rn. 26. – Zur Problematik der Ausfüllung des Schuldrahmens durch Präventionszwecke *Frisch* (o. Fn. 73), S. 282. – Zur „ungelösten Frage der Weite des Schuldrahmens" vgl. *T. Hörnle,* Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 27 ff.

93 Vgl. *H.-L. Günther,* JuS 1978, 8 (11 ff.); *W. Hassemer,* in: Nomos Kommentar zum StGB, Vor § 1 Rn. 183; *Lackner/Kühl* (o. Fn. 31), Vor § 1 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

brechensbegriff"[94] gesucht, der das Wesen der Straftat kennzeichnen und danach Verhaltensweisen aus dem Strafrecht ausscheiden helfen soll, denen die Wesensmerkmale des Verbrechens fehlen.

Dominierend ist in der gegenwärtigen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion jedoch das aus dem 19. Jahrhundert stammende sog. Rechtsgutskonzept, nach dem nur Rechtsgutsverletzungen bei Strafe verboten und mit Strafe belegt werden dürfen.[95] Damit wird der Schutz von Rechtsgütern zu *der* Aufgabe des Strafrechts[96] und die Verletzung eines Rechtsguts zur Voraussetzung der Strafbarkeit.[97] Wie dominierend dieses Rechtsgutskonzept ist, sieht man nicht nur in neueren Monographien zu einzelnen Delikten, die sich häufig in der Bestimmung des jeweiligen, meist umstrittenen Rechtsguts erschöpfen, d.h. nicht mehr die Kraft haben, Folgerungen daraus zu ziehen. Ebenso vordergründig wirkt die Rechtsgutsdiskussion in Lehrbüchern und Kommentaren, die fast bei jedem Delikt mit der Bestimmung von dessen Rechtsgut beginnen, bei denen aber auch nicht immer deutlich wird, welche Bedeutung dieses dann festgelegte Rechtsgut hat. Bedeutung könnte das Rechtsgut für die teleologische Auslegung des gesetzlichen Tatbestandes haben;[98] – das ist hier nicht weiter von Interesse, obwohl die teleologische Reduktion eines zu weit gefaßten Tatbestandes durchaus freiheitsrelevant ist, vor allem für den nur durch eine solche Tatbestandseinschränkung vor Strafe Bewahrten.

Wichtiger ist die systemkritische oder kriminalpolitische Verwendung des Rechtsgutsbegriffs.[99] Damit werden geltende Strafgesetze als

94 *Roxin* (o. Fn. 64), § 2 Rn. 1; *Lackner/Kühl* (o. Fn. 31), Vor § 1 Rn. 2; *H.-L. Günther,* in: Systematischer Kommentar zum StGB, Vor § 32 Rn. 2-6: Der materiale Straftatbegriff; kritische Übersicht bei *Kaiser* (o. Fn. 5), § 36 Rn. 8 ff.; kritisch auch *H. Zipf,* Kriminalpolitik, 2. Aufl. 1980, S. 106 ff.

95 Vgl. *Hassemer* (o. Fn. 93), Vor § 1 Rn. 255, 261.

96 *Hassemer* (o. Fn. 93), Vor § 1 Rn. 247.

97 *Roxin* (o. Fn. 64), § 2 Rn. 2.

98 Vgl. *Lackner/Kühl* (o. Fn. 31), Vor § 1 Rn. 3; kritisch *Roxin* (o. Fn. 64), § 2 Rn. 7.

99 *Hassemer* (o. Fn. 93), Vor § 1 Rn. 259, und *ders.,* Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 19 ff. – Zum Inhalt und zur Gestaltung der strafrechtlichen Rechtsgüterordnung aus verfassungsrechtlicher Sicht *K. Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

illegitime kritisiert und Reformprojekte auf ihre Legitimierbarkeit hin untersucht. Erfolgreich war das Rechtsgutskonzept etwa bei der Reform der Sittlichkeitsdelikte, die heute im Strafgesetzbuch nur noch als „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung" auftauchen.[100] In anderen Bereichen ist der Erfolg des Rechtsgutskonzepts nicht so einfach zu belegen. Es gibt denn auch kritische Stimmen, die bezweifeln, daß sich kriminalpolitische Fragen mit dem Rechtsgutsbegriff schlüssig beantworten lassen.[101] In diese Prüfung der Legitimation von Strafgesetzen wird seit neuerem vermehrt zu Recht auch unmittelbar die Verfassung, außer den Grundrechten der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Übermaßverbot, ins Spiel gebracht.[102] In diese Legitimations-Diskussion kann und muß sich auch die Rechtsphilosophie einschalten, etwa dann, wenn es um die Abgrenzung des rechtswidrigen vom nur moralwidrigen Verhalten geht.

Eine klassische philosophische Position zum Verhältnis von Recht und Moral vertritt *Immanuel Kant* in seiner praktischen Philosophie. Ich will versuchen zu zeigen, daß diese Position weder überholt noch ausgeschöpft ist. Davor muß jedoch das Thema „Recht und Moral bei *Kant*" präzisiert werden, weil *Kant* beide Begriffe unterschiedlich verwendet. So gebraucht er den Begriff ‚Recht' häufig für sein Vernunftrecht, dann aber auch für das positive Recht; den Begriff ‚Moral' verwendet er sowohl für seine gesamte praktische Philosophie als – enger – auch zur Kennzeichnung für seine Tugendlehre oder Ethik.

100 Vgl. *Lackner/Kühl* (o. Fn. 31), Vor § 174 Rn. 1; kritisch aber *G. Stratenwerth,* in: Festschrift für T. Lenckner, 1998, S. 377 (389); *C. Pott*, KritV 1999, 91,95.

101 Vgl. *G. Stratenwerth,* Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2000, § 2 Rn. 7 ff.; kritisch zur Leistungsfähigkeit des Rechtsgutsbegriffs auch *H. Koriath,* GA 1999, 561.

102 Pauschal seien hier angeführt die neueren Arbeiten von *O. Lagodny,* Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *I. Appel,* Verfassung und Strafe, 1998; *G. Stächelin,* Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998. – Kritisch zu diesen Arbeiten *M. Krüger,* Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtgutsbegriff, 2000, S. 82-94. – Zu der vom Bundesverfassungsgericht nicht ausgeschöpften Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf der „Ebene der Strafgesetzgebung" *T. Weigend*, in: Festschrift für H. J. Hirsch, 1999, S. 917, 932.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Verhältnis von Recht und Moral könnte deshalb die Frage betreffen, in welchem Verhältnis das positive Recht zu dem Recht steht, wie es nach Moral- bzw. Gerechtigkeitsprinzipien sein soll. Auf diese Frage gibt *Kant* eine klare Antwort: das Vernunftrecht soll dem staatlichen Gesetzgeber zur „Richtschnur" dienen;[103] der staatliche Gesetzgeber soll seine positiven Gesetze am Probierstein der „Idee eines allgemein gesetzgebenden Willens" auf ihre Vernunftrechtmäßigkeit hin prüfen.[104]

Diese Problemstellung soll hier ebensowenig weiterverfolgt werden wie die der Gehorsamspflicht gegenüber dem positiven Recht, wenn dieses gegen Moralprinzipien verstößt; *Kant* verneint bekanntlich ein Widerstandsrecht, will aber die „Freiheit der Feder" uneingeschränkt lassen und vertraut auf die Reformfähigkeit des Staates; dennoch gelungene Revolutionen sind zu akzeptieren.[105]

Im folgenden geht es vielmehr um das Verhältnis des positiven Rechts und des Vernunftrechts zur Moral im engeren Sinne. Genauer soll untersucht werden, ob die kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten Richtpunkte für eine kritische Betrachtung des heutigen Strafrechts abgeben können. Anlaß für diese Untersuchung ist die Beobachtung, daß gerade das Strafrecht häufig auf Gesinnungselemente wie Gesinnungswert, Gesinnungsunwert, Gesinnungsschuld und besondere Gesinnungsmerkmale abstellt und daß das Strafrecht immer noch der Moral vorbehaltene Bestände aufweist. Kurz: das Strafrecht könnte unzulässigerweise moralgesättigt und gesinnungstriefend sein.

Bei der Einteilung der Metaphysik der Sitten definiert *Kant* die Begriffe ‚Legalität' und ‚Moralität' folgendermaßen: „Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die *Legalität* (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die

103 *I. Kant,* AA VI 313.
104 *I. Kant,* AA VI 306.
105 Näher *K. Kühl,* in: ARSP-Beiheft Nr. 37 (1990), S. 75 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Moralität (Sittlichkeit) derselben".[106] Die Unterscheidung von Legalität und Moralität durchzieht die gesamte ‚Metaphysik der Sitten' von der ‚Einleitung' bis in die ‚Tugendlehre' hinein. Schon dieser äußerliche Umstand deutet an, daß sowohl Legalität als auch Moralität Weisen der Erfüllung von praktischen Vernunftgesetzen sind. Da nun aber alle praktischen Vernunftgesetze oder auch alle moralischen Gesetze zwei Stücke – ein objektives Sollen und eine Triebfeder zur Erfüllung der Sollensforderung – enthalten, kann das Begriffspaar ‚Legalität/Moralität' nicht einem Teilbereich der ‚Metaphysik der Sitten' vorbehalten sein, etwa die Legalität dem Rechtsbereich und die Moralität dem Moralbereich.

Bedeutet Legalität die Befolgung einer allgemein-moralischen Pflicht, sei sie nun Rechts- oder Tugendpflicht, so müssen auch Tugendpflichten bloß legal befolgt werden können. Dies ist etwa der Fall, wenn die Tugendpflicht zur Nächstenliebe aus Furcht vor gesellschaftlicher Mißbilligung durch die Nachbarn erfüllt wird. Moralität könnte man dieser Pflichterfüllung nur zusprechen, wenn das die Nächstenliebe fordernde Gesetz die Triebfeder bzw. der Bestimmungsgrund des Handelnden gewesen wäre. Verbindet sich dieser von allen empirischen Bestimmungen und Neigungen abstrahierende Bestimmungsgrund mit der Erfüllung einer rechtlichen Forderung – ich halte mich nicht wegen irgendwelcher Vorteile, sondern aus Pflicht an meine vertraglich gegebenen Versprechen –,[107] so verhalte ich mich moralisch gut zu einer Rechtspflicht.

Freilich tue ich damit mehr, als das Recht von mir fordert, denn das Recht begnügt sich mit der legalen Befolgung seiner Gesetze. Vernunftrechtsgesetze enthalten zwar auch – wie alle praktischen Vernunftgesetze – „zugleich innere Bestimmungsgründe", aber sie dürfen „nicht immer in dieser Beziehung betrachtet werden".[108] Die „Gesetzgebung", die „auch eine andere Triebfeder als die Idee der Pflicht

106 *I. Kant,* AA VI 219.
107 Vgl. zu diesem Beispiel *I. Kant,* AA VI 220.
108 *I. Kant,* AA VI 214.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

selbst zuläßt, ist *juridisch*".[109] „Das Rechthandeln mir zur Maxime zu machen, ist eine Forderung, die die Ethik an mich tut."[110]
Damit ist eine erste Grenze für das Recht gegenüber der Moral aufgezeigt: Vernunftgesetze dürfen nur legales Verhalten von ihren Adressaten verlangen; die Gesinnung eines Rechtssubjekts geht das Recht nichts an. *Kants* Begründung läßt jede Sorge um einen Übergriff des staatlichen Rechts auf die Gesinnung der Bürger unangebracht erscheinen: Gesinnungen sind als innerliche Phänomene eines etwa unternommenen rechtlichen Beweises nicht zugänglich und können deshalb auch durch staatliches Recht nicht erzwungen werden.[111]
Angesichts entgegenstehender Erfahrungen wird man die Rechtswidrigkeit des staatlichen Zugriffs auf die Gesinnung, etwa durch Strafgesetze, aus der kantischen Rechtsphilosophie heraus mit dem Argument unterstützen können, daß mit der Bewertung und Sanktionierung von Gesinnungen entgegen dem allgemeinen Rechtsgesetz ein innerliches Phänomen zum Gegenstand einer Rechtsregelung gemacht wird, ohne daß dies im Interesse des Schutzes der äußeren Freiheitssphäre einer anderen Person erforderlich ist. Meine äußere Freiheit wird nicht schon dadurch tangiert, daß andere eine bestimmte Gesinnung haben, und regelmäßig auch noch nicht dadurch, daß sie ihre Gesinnung äußern, d.h. sich zu ihr bekennen.
Von dieser Grenze erfaßt sind auch indirekte Zugriffe auf die Gesinnung. Sie geschehen häufig in der Weise, daß schon vor rechtswidrigen Handlungen oder bei an sich noch nicht rechtswidrigen Handlungen mit strafbewehrten Verboten gearbeitet wird, weil eine bestimmte Gesinnung des vor der Handlung Stehenden bzw. des Handelnden vermutet wird; und diese (unterstellte) Gesinnung ist es, die letztlich bestraft wird. Die Grenzen für die Vorbereitungsstrafbarkeit sowohl im Allgemeinen Teil (z.B. die Verbrechensverabredung nach § 30 Abs. 2 StGB)[112] als auch im Besonderen Teil (z.B. die Strafbarkeit der

109 *I. Kant,* AA VI 219.
110 *I. Kant,* AA VI 231.
111 Vgl. *I. Kant,* AA VI 219, 239.
112 *Köhler* (o. Fn. 80), S. 547; vgl. *Stratenwerth* (o. Fn. 101), § 11 Rn. 8, 9 und § 12 Rn. 179.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gründung einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB)[113] sind freilich im Hinblick auf die Gefährlichkeit derartiger Vorbereitungshandlungen für die Freiheit der möglicherweise von ihnen später betroffenen Opfer auch nicht zu eng zu ziehen, denn die äußere Freiheit von jedermann muß nicht nur vor Verletzungen, sondern auch vor Gefährdungen geschützt werden. „Fest steht" nur – so *Michael Köhler* –, „daß die bloße cogitatio, die technische oder geistige Deliktsvorbereitung, da sie als solche die äußere Freiheit anderer nicht hinreichend beeinträchtigen, noch kein Strafunrecht sind".[114]

Ähnlich problematisch ist die Grenzziehung bei der Strafbarkeit von Gesinnungsäußerungen wie z.B. bei der Volksverhetzung nach § 130 StGB, die neuerdings nach dessen Absatz 3 auch schon dann vorliegt, wenn eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung, z.B. durch die sog. Auschwitzlüge, geleugnet wird. Die Einschränkung, daß dies „in einer Weise" geschehen muß, „die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören", ändert an sich noch nichts daran, daß hier das bloße Leugnen einer historischen Tatsache ohne Agitationscharakter als Volksverhetzung erfaßt wird;[115] allerdings ist einzuräumen, daß es angesichts des nicht zu bestreitenden Aufkommens rechtsextremistischer Gewalttätigkeiten nicht mehr auszuschließen ist, daß schon durch die öffentliche Äußerung der Auschwitzlüge weitere Gewalttaten provoziert werden. Ob das die Bestrafung des Provokateurs rechtfertigt, ist damit aber noch nicht gesagt; um die Legitimität der Strafvorschrift zu stützen, wird deshalb in einer neuen Dissertation „Das Schutzgut des § 130 StGB" nicht mehr im öffentlichen Frieden, sondern im Individualrechtsgut der Ehre der jüdischen Bevölkerung gesehen, die durch § 130 Abs. 3 StGB unterfallende Verhaltensweisen nicht nur gefährdet, sondern schon verletzt sei;[116] – ein bedenkenswerter Ansatz. Ähnliche Legitimationsprobleme wirft § 140 StGB auf, der schon das „Billigen von Straftaten" mit dem Ziel

113 Vgl. *W. Beck,* Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, 1992, S. 206 f.

114 *Köhler* (o. Fn. 80), S. 545.

115 Zu dieser Kritik vgl. *Lackner/Kühl* (o. Fn. 31), § 130 Rn. 8; weitere Kritik bei *T. Wandres,* Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens, 2000, S. 139 ff.

116 *I. Junge,* Das Schutzgut des § 130 StGB, 2000, S. 121, 124.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erfaßt, der Entstehung eines „psychischen Klimas“ um sich greifender Verbrechensbereitschaft entgegenzuwirken.[117]

Eine noch grundsätzlichere Problematik ist von *Karl Engisch* aufgeworfen worden: *Kants* Unterscheidung von Legalität und Moralität sei zwar für rechtmäßiges Verhalten durchaus passend, weil bei diesem die Motive nur für die Moral, nicht aber für das Recht interessant seien; für rechtswidriges Verhalten hingegen könne sie keine Geltung beanspruchen, zumindest nicht in einem am Schuldprinzip ausgerichteten Strafrechtssystem, für das die Triebfedern erheblich seien und Motivforschung zulässig sein müsse.[118]

Die Problematik kann hier nicht gelöst werden, doch wird man so viel sagen können, daß nicht pauschal alle Formen der inneren Beteiligung des objektiv rechtswidrig Handelnden gleichermaßen der Beurteilung durch das Recht unterworfen werden dürfen. Der Handlungswille, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Absichten, Motive können dem Zugriff des Rechts eher preisgegeben werden als die Gesinnung oder auch nur einzelne Gesinnungsmerkmale. Die Verwertung der Gesinnung des Täters ist – abgesehen von der Problematik ihrer Feststellbarkeit – sicher dann problematisch, wenn die „ermittelte“ Gesinnung dazu verwendet wird, ihrem Träger, d.h. dem Täter der rechtswidrigen Tat mehr an Strafe anzulasten, als dies seine äußere Tat ohne Berücksichtigung der Gesinnung verdient hätte.

Die Berücksichtigung von Gesinnungen kann im Rechtsbereich schließlich auch nicht mit dem Argument für bedenkenlos erklärt werden, es gehe nicht um moralisch wertvolle, sondern um besonders verwerfliche Gesinnungen. Zwar impliziert das Fehlen der richtigen = moralischen Gesinnung noch nicht das Vorhandensein einer besonders verwerflichen Gesinnung, aber auch hinsichtlich der letzteren wäre erst der Nachweis zu führen, daß ihre Berücksichtigung in der Rechtsordnung zum Freiheitsschutz erforderlich ist.

117 Vgl. *H.-J. Rudolphi,* in: Systematischer Kommentar zum StGB, § 140 Rn. 2, 7, 8; kritisch *G. Jakobs,* ZStW 97 (1985), 781, und *Beck* (o. Fn. 113), S. 195 f.

118 *Engisch* (o. Fn. 40), S. 88 ff., 91.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Besonders problematisch erscheinen die im Strafrecht immer noch, obwohl seltener werdend, auch zur Strafschärfung verwendeten Gesinnungsmerkmale wie „böswillig", „roh" oder „rücksichtslos". Sie sind nach *Hans Welzel* „die entscheidende Gefahrenstelle für die Einsickerung eines Gesinnungsstrafrechts".[119] Die Strafrechtsdogmatik beschäftigt sich bei diesen Merkmalen vor allem mit ihrer systematischen Einordnung in den Aufbau der Straftat: sind sie subjektive Unrechtsmerkmale, Schuldmerkmale oder gemischte Merkmale?[120] Allenfalls werden sie noch im Hinblick auf die Gesetzesbestimmtheit als „äußerst bedenklich" (so *Günter Stratenwerth*)[121] oder als „rechtsstaatlich nicht unbedenklich" (so *Claus Roxin*)[122] bezeichnet.

Die Grundsatzfrage nach der Legitimation solcher Merkmale überhaupt wird demgegenüber kaum gestellt. Die Antwort kann ihren Ausgangspunkt in einer freiheitlichen Rechtsphilosophie wie der *Kants* nehmen und muß dann davon ausgehen, daß es im Strafrecht – wie in jedem anderen Rechtsgebiet – um die Zusammenstimmung der äußeren Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz geht. Greift ein Verhalten nicht in den dadurch bestimmten Rechtskreis einer anderen Person ein, so ist es kein Unrecht, egal von welcher Gesinnung es getragen ist. Greift das Verhalten dagegen in die gesetzmäßige äußere Freiheitssphäre einer anderen Person ein, so darf eine hinzukommende verwerfliche Gesinnung nicht strafschärfend verwertet werden, es sei denn, der Angriff auf die Freiheit des anderen würde dadurch – was schwer vorstellbar ist – in seiner Gefährlichkeit intensiviert.

Soweit zur Unterscheidung von Legalität und Moralität; – jetzt zur Unterscheidung von Rechtspflichten und Tugendpflichten. Rechtspflichten wie Tugendpflichten sind die beiden inhaltlich differierenden Pflichtenkreise, die *Kant* innerhalb aller moralischen Pflichten unterscheidet. Dementsprechend heißt es in der ‚Einteilung der Meta-

119 *H. Welzel,* Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 80; ähnlich kritisch *E.-J. Lampe,* Das personale Unrecht, 1967, S. 259, 261.

120 Vgl. *Lackner/Kühl* (o. Fn. 31), § 28 Rn. 4.

121 *Stratenwerth* (o. Fn. 101), § 8 Rn. 151 und § 12 Rn. 196.

122 *Roxin* (o. Fn. 64), § 10 Rn. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

physik der Sitten überhaupt': „Alle Pflichten sind entweder *Rechtspflichten* ..., d.i. solche, für welche eine äußere Gesetzgebung möglich ist, oder Tugendpflichten, ..., für welche eine solche nicht möglich ist ...".[123] Dieser Aussage korrespondiert die bereits behandelte Unmöglichkeit, durch eine äußere Gesetzgebung die der Ethik vorbehaltene Moralität zu erzwingen.

Das Begriffspaar ‚Rechtspflicht/Tugendpflicht' soll jetzt aber nur noch hinsichtlich seiner inhaltlichen Differenz betrachtet werden. Um diese Differenz besonders deutlich hervortreten zu lassen, empfiehlt es sich, sowohl die Tugend- als auch die Rechtspflichten einzuschränken. Nicht mehr behandelt wird deshalb „die allgemein-ethische Tugendverpflichtung" des kategorischen Imperativs, die auch „Rechtspflichten umfaßt und besagt: ‚handle pflichtmäßig aus Pflicht'". Es verbleiben dann die durch das Tugendprinzip statuierten „speziell-ethischen Tugendpflichten, d.h. Liebes- und Achtungspflichten".[124]

Aus dem Bereich der Rechtspflichten, wie er sich aus der ‚Allgemeinen Einteilung der Rechtspflichten' in der ‚Einleitung in die Rechtslehre' ergibt, werden die erste und dritte Rechtspflicht – „1. Sei ein rechtlicher Mensch (honeste vive)."; „3. Tritt ... in eine Gesellschaft mit anderen, in welcher jedem das Seine erhalten werden kann (suum cuique tribuere)." – ausgeschieden, um eine Hervorhebung der einzigen von *Kant* als rein „äußere" Rechtspflicht bezeichneten zweiten Rechtspflicht zu erreichen: „2. Tue niemandem Unrecht (neminem laede)".[125]

Der Grund, warum das Liebesgebot nur ein moralisches sein kann, und warum das Verletzungsverbot ein rechtliches ist, muß zum einen in dem bereits angesprochenen Umstand gesehen werden, daß nur die Befolgung der Rechtspflichten durch äußere Triebfedern, notfalls durch staatlichen Zwang, erreicht werden kann; die Befolgung von Tugendpflichten ist dagegen nur im Wege des Selbstzwanges „erzwingbar". Dementsprechend heißt es in der ‚Einteilung einer Meta-

123 *I. Kant,* AA VI 239.

124 Vgl. *R. Dreier,* Recht – Moral – Ideologie, 1981, S. 294; *K. Seelmann,* in: *H. Dreier* (Hrsg.), Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie, 2000, S. 125 (127).

125 *I. Kant,* AA VI 236 f.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

physik der Sitten', daß „die Pflichten des Wohlwollens, ob sie gleich *äußere* Pflichten (Verbindlichkeiten zur äußeren Handlung) sind, doch zur Ethik gezählt" werden, „weil ihre Gesetzgebung nur innerlich sein kann".[126]

Eine weitere Unterscheidung von Rechts- und Tugendpflichten ist die von vollkommenen Rechts- und von unvollkommenen Tugendpflichten. Nach der Überschrift von Abschnitt VII der ‚Einleitung zur Tugendlehre' meint diese Unterscheidung jetzt: „Die ethischen Pflichten sind von weiter, dagegen die Rechtspflichten von enger Verbindlichkeit".[127] Gemeint ist damit, daß etwa Liebespflichten dem Verpflichteten einen gewissen Spielraum gewähren, durch welche Handlungen er sie erfüllen will, wohingegen Rechtspflichten bestimmte Handlungen bzw. Unterlassungen verlangen.[128] Diese Unterscheidung rührt möglicherweise daher, daß die vom allgemeinen Rechtsgesetz angestrebte Kompatibilität von äußeren Handlungen nur dann Aussicht auf Umsetzung und Einhaltung hat, wenn die Rechtspflichten so klar wie möglich umschrieben sind. Daß dies bei verbotenen Handlungen trotz der auch hier immer wieder auftretenden Schwierigkeiten einer hinreichend exakten Umschreibung zumindest graduell leichter fällt als bei gebotenen Handlungen, erklärt das Überwiegen von Verboten in der Rechtsordnung und die Skepsis gegenüber Geboten. Hinzu kommt, daß nur bei engen Rechtspflichten die Erzwingbarkeit eindeutig möglich ist.

Schließlich ist bei der Unterscheidung von Rechts- und Tugendpflichten noch daran zu erinnern, daß bereits in der ‚Einleitung in die Rechtslehre' das Recht auf die Regelung äußerer Freiheitsverhältnisse derart festgelegt wurde, daß äußere Handlungen des einen nur im Interesse der entsprechenden Handlungsmöglichkeiten aller anderen gesetzmäßig eingeschränkt werden dürfen. Das Recht betrifft genauer „das praktische Verhältnis einer Person gegen andere, sofern ihre

126 *I. Kant,* AA VI 220.

127 *I. Kant,* AA VI 390.

128 Zu den „kontextabhängigen Benevolenzpflichten" bei Kant vgl. *W. Kersting,* in: *ders.* (Hrsg.), Politische Philosophie des Sozialstaats, 2000, S. 17 (51).

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Handlungen als facta aufeinander ... Einfluß haben können".[129] Schon mit dieser Festlegung des Rechtsbereichs scheiden Pflichten gegen sich selbst als Rechtspflichten aus.

Die Pflichten gegen sich selbst untergliedert *Kant* noch einmal je nachdem, ob sie sich auf den Menschen als animalisches Wesen oder als moralisches Wesen beziehen. Zur zweiten Gruppe gehört u.a. das Verbot der Lüge. Die Lüge verletzt zwar das Recht der Menschheit,[130] daß sie aber strafrechtlich als Betrug erst dann relevant wird, wenn sie zu einem Vermögensschaden führt, nennt *Kant* vorsichtig „nicht ungegründet".[131] Daß in neueren Arbeiten zum Betrug vermehrt auf die Verletzung des Rechts auf Wahrheit abgehoben wird,[132] läßt nicht befürchten, daß das Strafrecht in den Bereich der Tugendlehre übergreift, denn vorrangiges Schutzgut des Betrugs ist dann zwar nicht mehr das Vermögen, aber ein auch schützenswertes, anderes Individualrechtsgut: die durch Irreführung verletzte Dispositionsfreiheit.

Zur ersten Gruppe zählt *Kant* das sittliche Verbot der Selbsttötung, womit gleichzeitig gesagt ist, daß dieses Verbot kein rechtliches ist, und – umgekehrt fomuliert – daß die Erhaltung des eigenen Lebens keine Rechtspflicht ist.[133] Auch insoweit stimmt unser Strafrecht mit der kantischen Unterscheidung von Rechts- und Tugendpflichten überein, denn der Selbsttötungsversuch ist rechtlich weder verboten noch strafbar. Auch scheint die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, die von der Sittenwidrigkeit der Selbsttötung ausgeht,[134] der kantischen Position zu entsprechen; doch diese Übereinstimmung endet, wenn aus diesem moralischen Urteil rechtliche Folgerungen für die Strafbarkeit dessen gezogen werden, der selbst in

129 *I. Kant,* AA VI 230.

130 *I. Kant,* AA VI 430.

131 *I. Kant,* AA VI 238 Anmerkung.

132 So etwa von *U. Kindhäuser,* ZStW 103 (1991), 398, und von *M. Pawlik,* Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 65 ff.; vgl. dazu *K. Tiedemann*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 551, 567.

133 Vgl. *I. Kant,* AA VI 422, sowie dazu *O. Höffe,* neue hefte für philosophie 17 (1979), 31; a.M. *Köhler* (o. Fn. 80), S. 255: „Rechtspflicht im Selbstverhältnis", nicht nur „ethische Pflicht".

134 BGHSt 32, 367 (375), unter Bestätigung von BGHSt 6, 147 (153).

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Situationen, die nach den Regeln der passiven Sterbehilfe bei Nicht-Suizidpatienten straflos wären, eine ihm mögliche „Rettungshandlung" unterläßt.[135]

Kritisch ins Visier genommen werden muß in kantischer Perspektive auch die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB, denn sie übergeht das Selbstbestimmungsrecht des Todeswilligen, ohne daß dafür der Schutz oder gar die Verletzung der Rechte anderer angeführt werden kann.

Bei den Tugendpflichten gegen andere unterscheidet *Kant* Liebes- und Achtungspflichten. Folgerungen für das Strafrecht könnten sich bei den Achtungspflichten im Bereich der Ehrverletzung ergeben: sind schon üble Nachreden oder erst Verleumdungen für den Bereich des Strafbaren relevant?[136] Folgerungen für das Strafrecht könnten sich bei den Liebespflichten im Bereich der Unterlassungsdelikte ergeben: wird die unterlassene Hilfeleistung zu Recht bei Strafe verboten oder verletzt sie nur eine Tugendpflicht? Auf die letztere Frage wird im letzten Abschnitt meines Vortrages noch einmal zurückzukommen sein.

VI. Freiheit und Solidarität in der Strafrechtsdogmatik

Während der Begriff der Freiheit als Grundprinzip der Rechtsordnung und in seiner Auffächerung in einzelne Freiheits-Grund-Rechte allgemein als Rechtsbegriff anerkannt ist, kann man das für den Begriff der Solidarität nicht in derselben Eindeutigkeit sagen, obwohl auch die Solidarität als Schranke der Freiheitsrechte – etwa des Eigentums – und als Leitbegriff in einigen Rechtsbereichen – etwa im Sozialversicherungsrecht – anerkannt ist.[137] Die hier interessierende, allgemeine rechtsphilosophische Frage ist jedoch, ob es sich bei Freiheit und Solidarität um Gegenbegriffe handelt oder ob sie widerspruchslos

135 Vgl. *K. Kühl,* JR 1988, 338 zu BGH NJW 1987, 1892.

136 Für letzteres *Höffe* (o. Fn. 133), S. 32; vgl. *I. Kant,* AA VI 466.

137 Nach *H. Hofmann,* in: *J. Bizer/H.-J. Koch* (Hrsg.), Sicherheit, Vielfalt, Solidarität, 1998, S. 101 (112, 113), ist „Solidarität … von Haus aus ein Rechtsbegriff". – Eingehend zur mitpersonalen Solidarität als „Rechtsprinzip" *Kahlo* (o. Fn. 48), S. 277.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verbunden werden können. Geht man wieder von der kantischen Position aus, so ist die Rechtsordnung notwendig eine Freiheitsordnung, Solidarität in Form von Liebes- und Hilfspflichten ist dagegen in der Moral (Tugendlehre) verortet.

Ich habe meine philosophische Dissertation zur kantischen Eigentumslehre unter den Titel „Eigentumsordnung als Freiheitsordnung" gestellt und darin zu zeigen versucht, daß auch eine freiheitliche Rechtslehre beim Eigentum sozialstaatliche Elemente aufnehmen kann, so weit erworbenes Eigentum nicht ständig umverteilt, sondern tatsächliche Chancengleichheit – notfalls durch Begrenzung von tatsächlicher Eigentumsmacht – hergestellt werden soll.[138] Diese These hat in der philosophischen und rechtsphilosophischen Literatur zu einer erfreulich heftigen Diskussion geführt, mit allerdings meist ablehnenden Stellungnahmen. Diese Kritik richtete sich bisher aber fast ausschließlich gegen die Rückführung meiner These auf die kantische Rechtslehre.[139] Insoweit ist der Kritik durchaus recht zu geben, denn der Text der kantischen Rechtslehre enthält nur wenige Ansätze für eine sozialstaatliche Begrenzung des Eigentumsrechts. Mir ging und geht es aber darum zu zeigen, daß eine solche Begrenzung mit den Prinzipien der kantischen Rechtslehre vereinbar ist. Dieselbe Intention verfolge ich im Bereich des Strafrechts beim rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB und bei der unterlassenen Hilfeleistung nach § 323c StGB, zwei der wenigen Vorschriften, bei denen auch in der Strafrechtsdogmatik[140] von Solidarität als Rechtsgrund die Rede ist.[141] Eine rechtsphilosophische Untersuchung des Notstands hat bei der Behandlung des „Nothrechts" durch *Kant* in der Einleitung in die Rechtslehre zu beginnen. Während *Kant* die Notwehr ganz auf die

138 Vgl. *K. Kühl,* in: *O. Höffe* (Hrsg.), Immanuel Kant – Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1999, S. 117 (128 ff.).

139 Vgl. etwa *W. Kersting,* Zeitschrift für Philosophische Forschung 40 (1986), 309 ff; *B. Ludwig,* ARSP 73 (1987), 153 ff.; *W. Naucke,* ZStW 97 (1985), 546 ff.; *A. Wildt,* ARSP 83 (1997), 159 ff.

140 Nach *Neumann* (o. Fn. 80), S. 125, sind Untersuchungen zur Wertstruktur des rechtfertigenden Notstands ein Beispiel für eine Strafrechtsdogmatik als „Teilbereich der praktischen Philosophie".

141 Vgl. *W. Wohlers,* JZ 1999, 434 (440 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Erhaltung der durch einen rechtswidrigen Angriff gefährdeten Freiheit ausrichtet und als scharfen Rechtfertigungsgrund mit einer allenfalls ethischen Einschränkung in die Rechtslehre einstellt,[142] wird das „Nothrecht" mit der Billigkeit aus der Rechtslehre mit dem Argument verbannt, es könne „keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig macht".[143] Während der rechtswidrig Angegriffene mittels des Notwehrrechts seine Freiheit berechtigt verteidigt, bleibt der Übergriff des in einer Notlage Befindlichen in die Rechts- und Freiheitssphäre des von der Notstands-Rettungshandlung Betroffenen auch in der Not Unrecht. *Kant* demonstriert das am Schulfall des „Brett des Karneades", in dem es um die Strafbarkeit dessen geht, „der im Schiffbruche, mit einem anderen in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstieße, um sich selbst zu retten".[144] Der Wegstoßende begeht hier trotz der Not, in die sein Leben durch den Schiffbruch geraten ist, Unrecht in Form der Verletzung des Lebens des Getöteten; – daß er auch nach *Kant* von einem weltlichen Gericht nicht bestraft werden kann,[145] interessiert hier bei der Rechtfertigungsfrage nicht weiter und entspricht im Ergebnis dem geltenden Strafrecht, das in solchen Fällen den entschuldigenden Notstand nach § 35 StGB eingreifen läßt.

Die ebenso prominente Gegenposition in der Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus, die auch ebenso nachhaltig wie die kantische Position auf die weitere Rechtsentwicklung eingewirkt hat, ist die *Hegels*. Er wertet das von *Kant* aus der Rechtslehre verbannte „Nothrecht" wieder zu einem Recht auf. Allerdings für einen anderen Fall, nämlich den der Eigentumsverletzung durch den in Lebensgefahr befindlichen Täter,[146] z.B. des Brot-Diebstahls durch den zu verhungern drohenden Täter. Hier komme dem Recht des Lebens die höhere

142 Vgl. *K. Kühl*, in: *D. Klippel* (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, S. 324 ff. sowie *ders.*, Freiheit (o. Fn. 1), S. 260 ff.

143 *I. Kant*, AA VI 236.

144 *I. Kant*, AA VI 235 sowie im „Gemeinspruch" AA VIII 300.

145 Vgl. dazu *W. Küper*, Immanuel Kant und das Brett des Karneades, 1999, S. 47 ff., mit Bespr. *M. Pawlik*, GA 2000, 330 (331 f.).

146 *Hegel* (o. Fn. 82), § 127.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Berechtigung zu als dem verletzten Eigentumsrecht; auch eine Lösung, die dem geltenden Recht entspricht, das für solche Fälle den rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB mit der Folge eingreifen läßt, daß der Eigentümer den Diebstahl dulden muß. *Hegel* würde nach dieser Begründung in *Kants* Fall, in dem Leben gegen Leben steht, das Notrecht – wie *Kant* – auch nicht eingreifen lassen. *Kant* hingegen würde in *Hegels* Fall – im Gegensatz zu *Hegel* – kein Recht zum Diebstahl anerkennen, weil auch die Lebensnot aus Unrecht (= dem Diebstahl) kein Recht machen kann.

Kant benennt mit diesem Argument „das Kernproblem jeder Notstandstheorie, auch der heute herrschenden":[147] ob der Notstand überhaupt ein Recht dazu geben kann, die Rechtsgüter eines an der Gefahrenlage Unbeteiligten zu verletzen, und – so kann man hinzufügen – dem Unbeteiligten eine Duldungspflicht aufzuerlegen. Neben der auf einen speziellen Fall zugeschnittenen Argumentation *Hegels* – „auf der einen Seite die unendliche Verletzung des Daseins und darin die totale Rechtlosigkeit, auf der anderen Seite nur die Verletzung eines einzelnen beschränkten Daseins der Freiheit" – hat sich vor allem der Utilitarismus um eine allgemeine Begründung des Notrechts bemüht.

In aller Kürze: Danach werden die Interessen des in Not Befindlichen mit den Interessen des von der Rettungshandlung Betroffenen verrechnet, und es wird gefragt, was für die Gemeinschaft aufs Ganze gesehen das kleinere Übel wäre.[148] Die Kritik eines solchen Ansatzes[149] liegt auf der Hand: Der Eingriff in die rechtlich geschützte Freiheitssphäre eines anderen ist nicht dadurch gerechtfertigt, daß auf diese Weise ein für die Gesamtgesellschaft günstigeres Ergebnis erreicht wird. Wertvolle Ergebnisse für viele rechtfertigen nicht alle Opfer, die man dem einzelnen zumutet. Wird nur eine Güterbilanz erstellt, so wird das Selbstbestimmungsrecht und die Personenwürde des von der Notstandshandlung Betroffenen nicht mehr als Schranke

147 *W. Küper,* JuS 1987, 81 (86).

148 Vgl. *Kühl,* Begründung (o. Fn. 1), S. 153 ff.

149 Eingehende Kritik bei *J. Hruschka,* Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 1983, S. 112 f., 351. – Zur Problematik des „Gesamtnutzens" vgl. *Seelmann* (o. Fn. 43), § 10 Rn. 3, und *R. Zippelius,* Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1994, § 14 II.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Interessenbefriedigung respektiert. Solange aber die Person in ihrer Unverletzlichkeit, oder – in den Worten *Kants* – solange die nur gesetzmäßig beschränkte äußere Freiheit von jedermann essentieller Bestandteil der Idee Gerechtigkeit ist, darf der Handlungsspielraum des einen nicht nur deshalb zu Lasten der Freiheitssphäre des anderen ausgedehnt werden, weil so dem Gesamtnutzen, dem maximalen Wohlergehen aller am besten gedient ist.

Eine überzeugendere Begründung für Duldungspflichten Unbeteiligter in Notlagen ist nur über die Solidarität zu erreichen.[150] Solidarität in der Form von Hilfspflichten in Notfällen ist ein Thema der praktischen Philosophie. Lassen sich Hilfspflichten in Notfällen rational begründen, dann gilt diese Begründung erst recht für Duldungspflichten in Notfällen, da sie weniger, d.h. keine Aktivität vom Pflichtigen verlangen.

Auch hier kann wieder bei *Kant* angesetzt werden, und zwar bei seiner ‚Grundlegung zur Metaphysik der Sitten', in der als viertes Beispiel der sog. „praktische Egoist" angeführt wird. *Kant* hat die Maxime dieses Egoisten, anderen in Not trotz gegebener Möglichkeit nicht beizustehen, zwar als allgemeines Naturgesetz noch durchgehen lassen, da trotz einer solchen „Denkungsart" das menschliche Geschlecht gar wohl bestehen könne. Aber es sei unmöglich zu *wollen,* daß ein solches Prinzip als (Natur-)Gesetz allenthalben gelte: „Denn ein Wille, der dies beschlösse, würde sich selbst widerstreiten, indem der Fälle sich doch manche ereignen können, wo er anderer Liebe und Teilnehmung bedarf, und wo er durch ein solches aus seinem eigenen Willen entsprungenes Naturgesetz sich selbst alle Hoffnung des Beistandes, den er sich wünscht, rauben würde".[151]

Der späte *Kant* hat dieses Beispiel in § 30 der ‚Tugendlehre' der ‚Metaphysik der Sitten' auf dieselbe Weise gelöst: Wer die „Maxime, anderen … in ihrer Not nicht Beistand leisten zu wollen, laut werden ließe, d.i. sie zum allgemeinen Erlaubnisgesetz machte", würde riskie-

150 Vgl. *Kühl* (o. Fn. 2), § 8 Rn. 10, und *Lackner/Kühl* (o. Fn. 31), § 34 Rn. 1, jeweils m.w.N.

151 *I. Kant,* AA IV 423 f.; vgl. dazu *R. Wimmer,* Universalisierung in der Ethik, 1980, S. 352 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren, daß „ihm, wenn er selbst in Not ist, jedermann gleichfalls seinen Beistand versagen" könnte; wenigstens sei jedermann zur Versagung der Hilfe „befugt". Also „widerstreitet sich die eigennützige Maxime selbst, wenn sie zum allgemeinen Gesetz gemacht würde".[152]

Das Gros der *Kant*-Interpreten hält diese Ableitung für gelungen.[153] Hier soll nur die Rekonstruktion der kantischen Argumentation durch *Dieter Henrich* herausgegriffen werden.[154] Nach *Henrich* läßt sich in dem Willen dessen, „der jede Hilfe für andere verweigert, wenn sie nicht in seinem Interesse liegt", ein „Widerspruch" aufdecken. Eine Verallgemeinerung dieser Maxime sei nur möglich, solange man nicht den Zweck des seine Hilfe Versagenden berücksichtige: „Er will nur sein eigenes Glück befördern."

Nehme man die jedermann zugängliche Weltkenntnis elementarer Art hinzu, daß es Fälle gibt, in denen unser eigenes Glück von der Hilfe anderer abhängen kann, so bedeute die Weigerung, selbst jemals zu helfen, das Streben nach einem Zweck, „der dann, wenn er der Zweck aller wäre, seine eigene Verwirklichung vereiteln würde". Dies könne aber nicht „die Absicht eines vernünftigen Willens sein, dessen Maximen stets der Form der Vernunft (strenger Allgemeinheit) genügen". Da auch die berechnende Maxime, Hilfe für andere nicht gänzlich auszuschließen, beispielsweise für Fälle, in denen ein Anrecht auf die Hilfe anderer damit verbunden sei, nicht verallgemeinert werden könne (ich kann nicht wollen, daß mir andere in Not nur dann helfen, wenn ihr eigenes Interesse ihnen dies gebietet), werde die Hilfspflicht vom vernünftigen Willen nicht nur unter schon gegebenen Maximen *ausgewählt,* sondern *gebildet* – und zwar „auf Grund der Überlegung, daß alle Maximen des individuellen Glücksverlangens keine vernünftige Allgemeinheit ergeben".

Ohne direkten Bezug auf *Kant,* aber ganz in kantischer Tradition anerkennt *Otfried Höffe* Hilfspflichten in Not, weil „einerseits jedermann in Not geraten kann und weil andererseits der Mensch als prak-

152 *I. Kant,* AA VI 453.

153 Nachweise bei *Kühl* Freiheit (o. Fn. 1), S. 268 f.

154 *D. Henrich,* in: *P. Engelhardt* (Hrsg.), Sein und Ethos, 1963, S. 350 (361 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tisches Vernunftswesen fähig ist, fremde Not zu erkennen und ihr Abhilfe zu leisten".[155] In Kritik von *Kants* Begründung, die nicht viel mehr als ein „Appell an wohlverstandenes Eigeninteresse und insofern kein moralisches Argument" sei, entwickelt *Günther Patzig* 1983 in seiner „Ökologischen Ethik" eine moralische Begründung der Hilfspflichten auf einer zweiten Stufe der Universalisierung, auf der bei der Wahl der Verhaltensregeln nicht nur von unserer Identität, sondern auch von den qualitativen Unterschieden unserer Lebensumstände, unserer Fähigkeiten, uns in der Gesellschaft durchzusetzen, unserer physischen Konstitution und unserer Vermögensverhältnisse abzusehen sei.[156] Erst ein Absehen von diesen Unterschieden ergebe das Prinzip der „Solidarität", das ebenfalls ein rationales Prinzip sei, weil eine Zustimmung aller zu den Grundsätzen einer Gesellschaft nur zu erwarten sei, wenn dazu auch der Grundsatz gehöre, daß jeder Leistungsfähige schlechter gestellten Mitgliedern der Gesellschaft soweit zu helfen habe, daß wenigstens ihre primären Bedürfnisse befriedigt werden könnten.

Ebenfalls in Fortführung des kantischen Universalisierungsgrundsatzes geht *Jürgen Habermas* zur Begründung der Solidarität von der folgenden „pragmatischen Grundeinsicht" aus: „Die moralischen Schutzvorrichtungen können die Integrität der einzelnen Person nicht sichern, ohne in einem das lebensnotwendige Geflecht von Anerkennungsverhältnissen zu sichern, in denen Individuen ihre zerbrechliche Identität nur wechselseitig und zugleich mit der Identität ihrer Gruppe stabilisieren können".[157] Das in unserem Zusammenhang vor allem interessierende Prinzip „Solidarität" wurzelt nach *Habermas* in der Erfahrung, „daß einer für den anderen einstehen muß, weil alle als Genossen an der Integrität ihres gemeinsamen Lebenszusammenhangs in derselben Weise interessiert sein müssen".

155 *O. Höffe,* Sittliche politische Diskurse, 1981, S. 91 f. – vgl. auch *J. Nida-Rümelin,* in: *Kersting* (o. Fn. 128), S. 333 (346), zur „ethisch fundierten Solidarität".

156 *G. Patzig,* Ökologische Ethik, 1983, S. 6 ff.

157 *J. Habermas,* in: *W. Edelstein/G. Nunner-Winkler* (Hrsg.), Zur Bestimmung der Moral, 1986, S. 291 (309 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die besondere Leistung seiner Diskursethik sieht *Habermas* darin, daß sie Gehalte einer universalistischen Moral wie die Ideen von Gerechtigkeit und Solidarität „aus den allgemeinen Voraussetzungen von Argumentation überhaupt" ableiten kann. Erst Diskurse ermöglichten „eine einsichtsvolle Willensbildung von der Art, daß die Interessen eines jeden Einzelnen zum Zuge kommen können, ohne das soziale Band zu zerreißen, das einen jeden mit allen vorgängig verknüpft". Gerade auch aus der „idealen Kommunikationsgemeinschaft" entspringe „ein Bewußtsein unkündbarer Solidarität"; eine „Solidarität mit allem, was Menschenantlitz trägt". Zwar dürfe die uneingeschränkte individuelle Freiheit gegenüber Anforderungen der Moral nicht aufgegeben werden, „aber ohne die solidarische Einfühlung eines jeden in die Lage aller anderen könnte es zu einer konsensfähigen Lösung gar nicht kommen". So gesehen schöpfe erst die Diskursethik den modernen Begriff von Gerechtigkeit aus, indem sie „individualistischen Vereinseitigungen entgegentritt und Solidarität als die Kehrseite von Gerechtigkeit hervorkehrt".

Erscheinen also Hilfspflichten in Notfällen moralisch begründbar, so müssen diese Gründe *erst recht* für weniger verlangende Duldungspflichten in Notfällen gelten:

- Der Zweck des den Eingriff Versagenden ist wie der des Hilfe Versagenden die eigene Glücksbeförderung; die Verallgemeinerung seiner Maxime wäre nicht vernünftig, weil – bei Kenntnis der jedermann möglicherweise treffenden Hilfsbedürftigkeit bzw. der Notwendigkeit einer Zugriffsmöglichkeit auf fremde Rechtsgüter zur eigenen Rettung – dieser Zweck als Zweck aller seine eigene Verwirklichung vereiteln würde (so die *Kant-Henrich*-Argumentation für Hilfspflichten).
- Das Prinzip der Solidarität, das *Patzig* erst auf einer zweiten Stufe der Universalisierung meinte erreichen zu können, müßte auch die Duldungspflicht gegenüber Rettungshandlungen von in akute Not Geratenen als Grundsatz umfassen, denn diese Solidaritätspflicht dürfte der Zustimmung aller nach Abstrahierung von allen ihnen zukommenden Besonderheiten sicher sein.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

- Auch in einem Diskurs i.S.v. *Habermas* würde die Duldungspflicht die geforderte „ungezwungene Zustimmung" finden, da sie ein verallgemeinerbares Interesse verkörpert. Jeder weiß, daß er (wie alle) sich in einer intersubjektiv geteilten Lebenswelt nur durch gegenseitige Hilfe erhalten kann; jeder weiß, daß alle durch ein unkündbares Band der Solidarität verbunden sind. Dann muß aber auch jeder bereit sein, Zugriffe auf eigene Rechtsgüter zu dulden, wenn nur dadurch ein in Not geratenes (höherwertiges) Rechtsgut gerettet werden kann.

Der nächste Schritt für eine rechtsphilosophische Begründung von Duldungs- und Hilfspflichten in Notfällen hätte nun darin zu bestehen, diese moralisch gerechtfertigten Pflichten als *Rechtspflichten* auszuweisen. Daß es sich um begründbare moralische Pflichten handelt, ist schon keine schlechte Ausgangsposition, zumal der Bereich des Inneren, der Gesinnung, nicht betroffen ist; es ist nur das für Moral und Recht gleichermaßen gültige Prinzip der Universalisierung angewendet worden.[158] Hinsichtlich der Rechtspflicht zur Hilfe in Notfällen müßten aber einschränkende Bedingungen[159] formuliert werden, denn das Recht verlangt weniger als die Moral:

- Die Hilfspflicht muß auf eine eng umschriebene Situation eingeschränkt werden: echte und erhebliche Gefahrenlage, sog. momentane Not,
- sie darf nur geringe und punktuelle Freiheitsopfer vom Verpflichteten fordern,
- legale Pflichterfüllung muß genügen, d.h. weder muß aus Pflicht noch in Erfüllung eines materialen Pflichtzwecks gehandelt werden,
- es muß nur die zur Rettung der bedrohten Rechtsgüter einer in Not geratenen Person erforderliche Hilfe geleistet werden; keinesfalls darf darüber hinausgehende Nächstenliebe verlangt werden,

158 Zur „Universalisierung in der Ethik" vgl. das gleichnamige Buch von *Reiner Wimmer* aus dem Jahr 1980.

159 Ganz ähnlich jetzt *Kahlo* (o. Fn. 48), S. 302, 307.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

etwa dann, wenn es bei der in Not geratenen Person nichts mehr zu retten gibt,

- es darf nur um die Wiederherstellung der durch Not bedrohten äußeren Freiheits- und damit Normallage beim in Not Geratenen gehen.

Eine so eingeschränkte Rechtspflicht normiert im wesentlichen § 323c StGB;[160] diese Norm kann deshalb auch als Rechtsnorm rechtsphilosophisch akzeptiert werden.[161]

Eine wichtige Zusatzanforderung für die Rechtspflicht zur Duldung in Notfällen ist das (für Normalfälle auch von § 34 StGB zu Recht vorausgesetzte) wesentliche Überwiegen des in Not geratenen Erhaltungsguts gegenüber dem in Anspruch genommenen Eingriffsgut des Unbeteiligten. Liegt ein solches Überwiegen vor, so verlangt die Solidarität die Duldung der Folgen der Rettungshandlung auch durch einen an der Entstehung der Gefahrenlage Unbeteiligten; fehlt es daran, so kann Solidarität regelmäßig[162] nicht beansprucht werden, da ihre Ausübung an Stelle des geretteten Gutes ein nahezu gleichgewichtiges Gut eines Unbeteiligten vernichten würde.

Damit bin ich am Ende meines Überblicks über die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht. Ich habe diese Bedeutung sicher nicht ausgeschöpft; – die Rechtsphilosophie ist nicht auf die kantische Position beschränkt, der Utilitarismus muß nicht immer der „Buhmann" sein,[163] und die Anwendungsfelder für rechtsphilosophische

160 Kritisch aber *R. Harzer,* Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323c StGB, 1999, S. 239 f., nach der „der Wortlaut des § 323c StGB" nicht „als ‚allgemeine Gesetzgebung' gelten" kann, weil keine der „drei Situationsalternativen" – „Unglücksfall", „Gemeingefahr" und „gemeine Not" – „haltbar" sei.

161 Kritisch zur Strafwürdigkeit der unterlassenen Hilfeleistung *H. Morgenstern,* Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht, 1997, und *K. Seelmann,* JuS 1995, 281 (283).

162 Zu Ausnahmefällen vgl. *T. Lenckner,* in: *A. Schönke/H. Schröder* (Hrsg.), Strafgesetzbuch-Kommentar, 25. Aufl. 1997, § 34 Rn. 25.

163 Nach *Seelmann* (o. Fn. 43), § 10 Rn. 3, hat „der Utilitarismus in Deutschland nicht die Aufmerksamkeit gefunden …, die er verdient hat." Ebenso schon für die Ethik *O. Höffe,* in: *ders.* (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik, 1975, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Überlegungen im Bereich des Strafrechts gehen über die von mir herausgegriffenen hinaus. Dennoch hoffe ich gezeigt zu haben, daß die Rechtsphilosophie nicht ohne Bedeutung für das Strafrecht ist.

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kristian Kühl

1943	Geboren in Karlsruhe
1963	Abitur am Melanchthon-Gymnasium Bretten
1964-1968	Studium der Rechtswissenschaft in Würzburg, Berlin und Heidelberg
1968	1. juristische Staatsprüfung – Heidelberg
1968-1972	Studium der Philosophie in Heidelberg
1972	Dr.iur.utr. in Heidelberg
1974	2. juristische Staatsprüfung – Stuttgart
1981	Habilitation in Bielefeld (Strafrecht, Strafprozeßrecht und Rechtsphilosophie)
1981	Professor für Strafrecht – Erlangen
1983	Dr.phil. in Heidelberg
1984	Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Rechtsphilosophie – Gießen
1997	Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Rechtsphilosophie – Tübingen
seit 1996	DFG-Fachgutachter für Strafrecht und Strafprozeßrecht

Veröffentlichungen

- Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974
- Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 1983
- Eigentumsordung als Freiheitsordnung – Zur Aktualität der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre, 1984
- Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Aufl. 1999 (mit Karl Lackner)
- Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2000
- Zahlreiche Beiträge zum Straf- und Strafprozeßrecht sowie zur Rechtsphilosophie

https://doi.org/10.5771/9783748902409, am 15.08.2024, 19:16:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb