

*Kristian Kühl**

Juristische Fakultät, Universität Tübingen

STRAFRECHT UND MORAL – TRENNENDES UND VERBINDENDES**

Zusammenfassung: Zu den zentralen Themen des Dialogs zwischen Rechtsphilosophie und Strafrecht gehört nach wie vor das Verhältnis von Strafrecht und Moral und in zugespitzter Form das Verhältnis von Strafrecht und Gerechtigkeit. Dass zwischen Strafrecht und Moral trotz deren prinzipieller Trennung auch Verbindungen bestehen, liegt auf der Hand, weil beide Regelungsbereiche auf menschliches Verhalten abzielen.

Weder die Trennung von Recht und Moral noch die Verbindung von Recht und Moral ist statisch. Vielmehr gibt es Bewegungen zwischen Recht und Moral, die dazu führen, dass sich die Regelungsbereiche verschieben. Das geschieht etwa, wenn Trennendes dadurch aufgehoben wird, dass man der Moral vorbehaltene Bereiche ins Recht integriert.

Schlüsselwörter: Rechtsphilosophie, Strafrecht, Verhältnis von Strafrecht und Moral, Rechtsethik.

I. DIE BEDEUTUNG DER RECHTSPHILOSOPHIE FÜR DAS STRAFRECHT

Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht nimmt nach einer „Verschnaufpause“ in den 70er/80er Jahren wieder zu.¹ Das zeigen besonders deutlich neuere Habilitationsschriften, die vor der Behandlung des eigentlich zu bewältigenden strafrechtlichen Problems eine breite rechtsphilosophische Grundlegung für erforderlich halten.² Praktische, wenn auch umstrittene Relevanz hat erneut und vor allem die sog. Radbruchsche Formel erreicht; – die Formel eines Rechtsphilosophen und Strafrechtlers für die Strafrechtsprechung.³ Zu den zentralen Themen des Dialogs zwischen Rechtsphilosophie und Strafrecht gehört dabei nach wie vor das

* Seniorprofessor der Universität Tübingen

** Zuerst in: *Amelung* u.a. (Hrsg.), *Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie*, Festschrift für H.-L. Schreiber, 2003, S. 957–968; hier aktualisiert und ergänzt.

1 Vgl. *Kühl*, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, 2001.

2 Vgl. nur *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, 1999; *Pawlik*, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999; *Kahlo*, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikte*, 2001; *Rath*, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, 2002; vgl. außerdem die strafprozessualen Habilitationsschriften von *Schulz*, *Normiertes Misstrauen*, 2001 und *Toepel*, *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozeßrecht*, 2002, die eine breite rechtstheoretische Grundlage haben.

3 Vgl. *Kühl*, *Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts* in Acham/Nörr/Schefold (Hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste*, 1998, S. 605 ff. und in: *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, 2008, S. 500ff.

Verhältnis von Strafrecht und Moral und in zugespitzter Form das Verhältnis von Strafrecht und Gerechtigkeit.⁴ Das belegt der von *Loos/Schreiber* verfasste Artikel „Recht, Gerechtigkeit“ in *Geschichtliche Grundbegriffe* aus dem Jahre 1984.⁵

Er setzt systematisch beim Begriff des Rechts an: „Unter ‚Recht‘ wird das in einem sozialen System tatsächlich geltende Regelsystem verstanden, dessen Normen gegebenenfalls auch zwangsweise in einem geregelten Verfahren durchgesetzt werden können.“⁶ Diese Definition lehnt sich an den Rechtsphilosophen *H. L. A. Hart*, aber auch an die Rechtssoziologen *Max Weber* und *Theodor Geiger* an. Unter „Gerechtigkeit“ wird demgegenüber „die inhaltliche Richtigkeit des Rechts“ verstanden.⁷ Da das positive Recht die „Anforderungen der Gerechtigkeit mehr oder weniger verfehlen“ kann, kann sich zwischen „Recht“ und „Gerechtigkeit“ ein „Spannungsverhältnis“ ergeben, das „Naturrechtler“ anders lösen als „Gesetzespositivisten“. Während die „Naturrechtler“⁸ einen Geltungsvorrang des (von „Natur“) richtigen Rechts behaupten und positives Recht, das der Gerechtigkeit widerspricht, für ungültig erklären, bestehen die „Gesetzespositivisten“ auf dem Vorrang des positiv geltenden Rechts und halten deshalb auch „unrichtiges Recht“, das der Gerechtigkeit widerspricht, für „Recht“. Als dritte Position umreißen *Loos/Schreiber* idealtypisch die These, dass „jedenfalls bei Verstoß gegen elementare Forderungen der Gerechtigkeit ... das positive Recht nicht verbindlich“ sei.⁹ Auch wenn *Loos/Schreiber* für diese vermittelnde Position an dieser Stelle noch nicht auf *Gustav Radbruch* verweisen, so erkennt man doch in dieser „idealtypisch“ formulierten These die sog. Radbruchsche Formel leicht wieder.

Auf diese Formel gehen *Loos/Schreiber* erst sehr viel später ein,¹⁰ nachdem sie *Radbruch* zunächst als Rechtspositivisten einstufen, der eine „Kehre“ vollziehen musste,¹¹ um zum (Mini-)Naturrechtler werden zu können. Auch wenn man bei *Radbruch* keine Wandlung vom „Saulus des Gesetzespositivismus“ zum „Paulus des Naturrechts“ erkennt,¹² weil die Idee der Gerechtigkeit für ihn immer eine Rolle bei der Bestimmung des Rechts spielte,¹³ so wird man doch die Anziehungskraft der Radbruchschen Formel für die Strafgerichte bei der Bewältigung von NS-Unrecht und DDR-Unrecht konstatieren müssen. Diese Anziehungskraft für die Rechtsprechung nach dem 2. Weltkrieg erklären *Loos/Schreiber* mit der Offenheit der Formel: „Diese Formel, die einen Kompromiss zwischen den durch das positive Recht – zumindest grundsätzlich – verbürgten Rechtssicherheitserfordernissen und den Gerechtigkeitsanforderungen sucht, steht – vielleicht gerade wegen ihrer Offenheit – noch immer im

4 Vgl. *Kühl*, FS Lampe, 2003, S. 439, 450 f.

5 In *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 1984, S. 231–311.

6 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 231.

7 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 232.

8 Zur deutschen Naturrechtsdiskussion nach dem 2. Weltkrieg vgl. *Kühl*, Artikel „Naturrecht V“, in: *Ritter* (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 6, 1984, Sp. 609–623, und Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: *Köbler* (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1990, S. 331–357.

9 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 232.

10 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 303 f.

11 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 307 f.

12 *Hassemer*, Einführung zu *Gustav-Radbruch – Gesamtausgabe* Bd. 3 = *Rechtsphilosophie III*, 1990, S. 1 ff., 8.

13 Vgl. *Kühl* (o. Fn. 3), S. 617 ff.

Mittelpunkt der Diskussion.¹⁴ Das galt für die Diskussion bis 1984 und gilt unverändert für die Diskussion um die Wende vom 20. zum 21. Jahrhundert. Der Grund für diese nachhaltige Diskussion einer „offenen“ Formel liegt – äußerlich betrachtet – in ihrem erneuten Wiederaufgreifen durch die Strafrechtsprechung zur Bewältigung des DDR-Unrechts.¹⁵ Ihre Anziehungskraft für die Praxis ist zum einen darin zu sehen, dass für Normallagen das positive Recht gilt, auch wenn es ungerecht ist; zum anderen darin, dass die Gerechtigkeit nicht positiv bestimmt wird, sondern – realistisch – negativ angegangen wird: nur das „schlechthin Ungerechte“ erscheint bestimmbar.¹⁶

II. DAS VERHÄLTNISS VON STRAFRECHT UND MORAL

Verlässt man die in Normalzeiten in einem Rechtsstaat mit in Grundrechten verpositiviertem Naturrecht und einem sie schützenden Verfassungsgericht ohnehin kaum relevante Geltungsfrage,¹⁷ so erschließt sich der rechtsphilosophischen oder rechtsethischen Betrachtung das immer noch weite Feld von Recht und Moral in unterschiedlicher Ausprägung. Als Grundfrage der neuen philosophischen Disziplin ‚Rechtsethik‘ wird die Frage genannt: Welches Recht ist gerecht?¹⁸ Diese Frage hat schon seit der Antike die Rechtsphilosophie, soweit sie nicht deskriptiv-historisch, sondern normativ vorgeht, zu beantworten versucht.¹⁹ Reiches Anschauungsmaterial zu diesen Antwortversuchen findet sich wieder bei *Loos/Schreiber* in dem „Recht, Gerechtigkeit“-Artikel aus dem Jahre 1984.²⁰

Innerhalb dieser Fragestellung wird die mit ihr anvisierte Sachproblematik des gerechten Rechts meist als Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral formuliert und spezifiziert.²¹ Diese eingeschränkte Frage soll hier ansatzweise möglichen Antworten zugeführt werden. Auch hierfür kann noch einmal bei *Loos/Schreiber* angesetzt werden. Ausgehend von der oben (unter 1.) zitierten Definition von ‚Recht‘ betonen sie dessen Zwangscharakter und gewinnen dadurch eine erste Abgrenzung von Recht und Moral: „Durch diesen Zwangscharakter unterscheidet sich das Recht von anderen Ordnungen des sozialen Zusammenlebens wie Brauch, Sitte, Konvention und Moral.“²²

Der nur dem Recht zukommende Zwangscharakter zeigt sich in besonderer Intensität beim Strafrecht, denn die Strafe, mit der dem Bürger nicht nur ein Übel auferlegt, sondern eine sozialetische Missbilligung erteilt wird,²³ ist die schärfste

14 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 307 f.

15 Vgl. das 1. Mauerschützen-Urteil des BGHSt 39, 1 ff.

16 *Hassemer*, FG BGH, Bd. IV, 2000, S. 439 ff., 463; zu weiteren Gründen vgl. *Kühl* (o. Fn. 1), S. 16 ff.

17 Zu diesem unfruchtbarem Streit vgl. *Höffe*, Recht und Moral, in: Neue Hefte für Philosophie, Bd. 17, 1979, S. 1 ff., 5, 8.

18 *v. d. Pfordten*, Rechtsethik, in: Nida/Rümelin (Hrsg.), Angewandte Ethik, 1996, S. 200 ff., 202.

19 *Höffe* (o. Fn. 17), S. 1.

20 O. Fn. 5; vgl. neuestens *Höffe*, Gerechtigkeit – Eine philosophische Einführung, 2001.

21 So *Höffe* (o. Fn. 17), S. 1.

22 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 231.

23 *Kühl*, Unschuldsvormutung, Freispruch und Einstellung, 1983, S. 14 f. und in: *Kühl/Reichold/Ronellenfitsch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2011, § 30 Rn. 9 u. § 43 Rn. 20 sowie eingehend in: FS Eser, 2005, 149 ff.

Reaktion, die der Staat gegenüber den Bürgern einsetzt, und zwar zur Sanktionierung von Verstößen gegen strafgesetzliche Verbote oder (seltener) Gebote.²⁴ Dies sieht natürlich auch *Schreiber*, wenn er „die Strafgewalt an allgemeine Gesetze“ binden will: „Nur wenn dies geschieht, kann die im Mittel der Strafe ... besonders einschneidende und gefährliche Staatsgewalt in Grenzen gehalten, im Interesse der Freiheit und Sicherheit aller beschränkt, kontrolliert und an willkürlicher Ausübung gehindert werden.“²⁵ Damit wird in aller Kürze der Zusammenhang von Recht, Zwang und Freiheit beschrieben, wie er in der Rechtsphilosophie besonders prägnant von *Immanuel Kant* in der Rechtslehre der Metaphysik der Sitten herausgearbeitet worden ist. § D der Einleitung in die Rechtslehre ist mit dem apodiktischen Satz überschrieben: „Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden.“²⁶ Zur Begründung dieser Feststellung wird auf den freiheitsschützenden Charakter des Rechts abgestellt: „... wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d. i. unrecht) ist, so ist der Zwang der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammenstimmend, d. i. recht ...“²⁷ Damit ist auch die staatliche Kriminalstrafe eine „legitime Rechtsinstitution – insofern und insoweit sie dem Schutz gleicher Freiheit aller Mitglieder der Rechtsordnung dient“.²⁸ Zwang und Strafe sind nach dieser Einschränkung auf den Freiheitsschutz dann nicht mehr ‚recht‘, wenn sie zum Schutz der Freiheit nicht erforderlich sind. Diese Überlegung führt zum Thema ‚Strafrecht und Moral‘, soweit es sich dabei um getrennte Regelungsbereiche handelt.

III. DIE TRENNUNG VON STRAFRECHT UND MORAL

Bei der Diskussion um das Verhältnis von Strafrecht und Moral steht die Position im Vordergrund, die deren Trennung verlangt. Im Rechtsbereich geht es um den Schutz der äußeren Freiheit von jedermann. In noch heute gültiger Form hat *Kant* das in seinem allgemeinen Rechtsgesetz zum Ausdruck gebracht: „Handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne.“²⁹ Als einzig angeborenes Recht gilt dementsprechend die „Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann“.³⁰

Die wechselseitig beschränkte äußere Freiheit von jedermann bestimmt weitgehend die Rechtsgüterordnung unseres geltenden Strafbuch. Neben dem Leben und der körperlichen Unversehrtheit als Ausübungsbedingungen der Freiheit wird im 18. Abschnitt des Besonderen Teils „die persönliche Freiheit“ geschützt, unter der man

24 *Kühl* (o. Fn. 1), S. 9.

25 *Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, S. 231.

26 *Kant*, Akademie Ausgabe (= AA) VI 231.

27 *Kant*, AA VI 231.

28 *Höffe* (o. Fn. 17), S. 29.

29 *Kant*, AA VI 231.

30 *Kant*, AA VI 237.

auch heute noch – in Anlehnung an *Kant*³¹ – die Möglichkeit versteht, sein Verhalten unabhängig von fremdem menschlichen Einfluss zu bestimmen. Im 13. Abschnitt ist „die sexuelle Selbstbestimmung“ geschützt. Damit hat der Gesetzgeber klargestellt, dass es auch bei den Sexualstraftaten nicht mehr um Verstöße gegen die Sittlichkeit, wie es noch in der früheren Abschnittsüberschrift – Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit – zum Ausdruck kam, sondern um Angriffe auf die äußere Freiheit im Sexualbereich geht. Bloße Moralwidrigkeiten hingegen sind nach heute fast allgemeiner Meinung kein zulässiger Gegenstand strafgesetzlicher Regelung,³² weil ein Straftatbestand zum Schutz der äußeren Freiheit der Betroffenen nicht erforderlich ist.

Ein weiterer bedeutender „Aspekt im Problemfeld ‚Recht und Moral‘“ erschließt sich aus der auch von *Kant* präzisieren „Unterscheidung von Legalität und Moralität“.³³ Die wichtigste Ausprägung dieser Unterscheidung ist darin zu sehen, dass sich das Recht mit legalem Verhalten der Bürger zufrieden geben muss; die Gesinnung, mit der die Rechtspflicht erfüllt wird, geht das Recht nichts an: „Das Rechthandeln mir zur Maxime zu machen, ist eine Forderung, die die Ethik an mich tut.“³⁴ Legal verhält sich etwa derjenige, der nicht aus Pflicht, d.h. wegen der Anerkennung fremden Eigentums, sondern aus Furcht vor Strafe den erwogenen Diebstahl unterlässt. Die Begründung *Kants*, dass Gesinnungen als innerliche Phänomene eines etwa unternommenen rechtlichen Beweises nicht zugänglich seien und deshalb auch nicht durch staatliches Recht erzwungen werden können,³⁵ hat entsprechende Versuche nicht verhindern können und ist auch rechtsethisch oder rechtsphilosophisch ergänzungsbedürftig: Mit der Bewertung und Sanktionierung von Gesinnungen wird entgegen dem allgemeinen Rechtsgesetz ein innerliches Phänomen zum Gegenstand einer Rechtsregelung gemacht, ohne dass dies im Interesse des Schutzes der äußeren Freiheit einer anderen Person erforderlich ist.³⁶ Meine äußere Freiheit wird nicht schon dadurch beeinträchtigt, dass andere eine bestimmte Gesinnung haben, und regelmäßig auch noch nicht dadurch, dass sie ihre Gesinnung äußern.

Aus dieser Perspektive sind etliche Strafvorschriften kritisch zu betrachten. So etwa die Bestrafung der bloßen Verabredung eines Verbrechens nach § 30 II StGB i.V. mit dem verabredeten Verbrechen, das weder vorbereitet noch gar versucht worden ist.³⁷ Oder die Bestrafung des Auschwitzleugnens ohne Agitationscharakter nach § 130 III StGB, nur weil dadurch ein „Klima“ für rechtsextremistische Gewalttätigkeiten geschaffen werde.³⁸ – Rechtsethisch oder rechtsphilosophisch ungeklärt ist die Frage, ob das Recht, wenn es schon keine gute Gesinnung bei legalem Verhalten verlangen darf, nicht doch wenigstens die schlechte Gesinnung bei nicht

31 Vgl. *Müller-Dietz*, Artikel „Persönliche Freiheit“ in Ulsamer (Hrsg.), *Lexikon des Rechts – Strafrecht, Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl. 1996, S. 681.

32 Vgl. *Roxin*, *Strafrecht Allg. Teil*, Bd. I, 3. Aufl. 1997, § 2 Rdn. 3 u. 12.

33 *Höffe* (o. Fn. 17), S. 18; *Kühl*, FS Schapp, 2010, S. 329 ff.; *Kühl* u.a. (Rn. 23 – 2011) § 32 Rn. 21 f.

34 *Kant*, AA VI 231.

35 *Kant*, AA VI 219 u. 239.

36 *Kühl* (o. Fn. 1), S. 38.

37 Zu Recht kritisch *Köhler*, *Strafrecht Allg. Teil*, 1997, S. 544 ff.

38 Zu Recht kritisch *Geilen*, Artikel „Volksverhetzung“, in: Ulsamer (Hrsg.), *Lexikon des Rechts – Strafrecht, Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl. 1996, S. 1168 ff.; krit. auch *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 27. Aufl. 2011, § 130 Rn. 8a.

legalem, rechtswidrigen Verhalten z.B. strafscharfend berücksichtigen darf.³⁹ Rein tatsächlich tut dies das positiv geltende deutsche Recht, insbesondere das Strafrecht. Hier gibt es immer noch etwa Gesinnungsmerkmale wie „böswillig“, „roh“ oder „rücksichtslos“, obwohl diese Merkmale schon seit langem als „die entscheidende Gefahrenstelle für die Einsickerung eines Gesinnungsstrafrechts“ ausgemacht wurden.⁴⁰ Problematisch sind auch Motivmerkmale wie die „niedrigen Beweggründe“, die aus einem Totschlag einen Mord werden lassen; vor allem, wenn man berücksichtigt, dass sie von der Rechtsprechung so ausgelegt werden, dass sie „nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe“ stehen müssen und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sein sollen.⁴¹ Auf weitere Formen möglichen Gesinnungsstrafrechts kann hier nicht mehr eingegangen werden.⁴²

Der bisher für die Trennung von Recht und Moral leitende Gesichtspunkt – nur die Beeinträchtigung der äußeren Freiheit ruft das Recht auf den Plan – führt auch zur Ausscheidung sog. Tugendpflichten aus dem Rechtsbereich. Ohne die rechtsphilosophische Diskussion der Unterscheidung von Rechtspflichten und Tugendpflichten erneut aufzurollen,⁴³ soll hier nur auf noch heute diskutierte und praktizierte Beispiele hingewiesen werden, die die Bedeutung der Trennung von Recht und Moral sichtbar machen.

Zu den der Moral vorbehaltenen Tugendpflichten zählen etwa die Pflichten des Menschen gegen sich selbst. Der Suizid mag von der Moral verboten sein, rechtlich ist er nicht relevant, weil der Suizident nicht in die äußere Freiheit eines anderen eingreift. Anders formuliert: die Erhaltung des eigenen Lebens mag eine Tugendpflicht gegen sich selbst sein, eine Rechtspflicht gegenüber anderen ist sie nicht.⁴⁴ Dem entspricht auch unser geltendes Strafrecht, denn es stellt nur die Tötung anderer Menschen unter Strafe. Aus dieser Straftatbestandslosigkeit des Suizids und Suizidversuchs ergibt sich nach geltendem Recht auch die Straflosigkeit der Anstiftung und der Beihilfe zum Suizid, weil diese Teilnahmeformen in §§ 26, 27 StGB akzessorisch ausgestaltet sind und also eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und vorsätzliche Haupttat voraussetzen.⁴⁵

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen freilich erklärt den Willen des Suizidenten nicht nur für sittenwidrig, sondern auch rechtlich für unbeachtlich: „Da das Sittengesetz jeden Selbstmord – von äußersten Ausnahmefällen vielleicht abgesehen – streng missbilligt, da niemand selbstherrlich über sein eigenes Leben verfügen und sich den Tod geben darf, kann das Recht nicht anerkennen, dass die Hilfepflicht des Dritten hinter dem sittlich missbilligten Willen des Selbstmörders zu seinem eigenen Tode zurückzustehen habe“ (BGHSt 6, S. 147, 153 vom 10.03.1954). Zwar hat es der Bundesgerichtshof 30 Jahre später immerhin dahinstehen lassen, „ob die gegebene Begründung heute noch in vollem Umfang anerkannt

39 Klärungsversuch bei *Kühl* (o. Fn. 1), S. 40 ff.

40 *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 80.

41 Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 38), § 211 Rdn. 5 m.w.N. aus der neuesten Rspr.

42 Dies ist geschehen bei *Kühl*, Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten, in: *Jung/Müller-Dietz/Neumann* (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, S. 139 ff., 149 ff.

43 Ausführlicher *Kühl* (o. Fn. 42), S. 170 ff. und *Höffe* (o. Fn. 17), S. 21 ff.

44 Vgl. *Kant*, AA VI 422; ebenso *Höffe* (o. Fn. 17), S. 31; *Kühl* (o. Fn. 42), S. 174.

45 Vgl. *Kühl*, *Strafrecht Allg. Teil*, 7. Aufl. 2012, § 20 Rdn. 138 sowie *Achenbach*, *Jura* 2002, S. 542 f.

werden kann“ (BGHSt 37, S. 367, 375 f. vom 04.07.1984) und wenig später sogar die „Neigung“ erkennen lassen, „einem ernsthaften, frei verantwortlich gefassten Selbsttötungsentschluss eine stärkere Bedeutung beizumessen“ (BGH NStZ 1988, S. 127 ff. vom 08.07.1987). Doch kann man vor Rückschlägen in der Rechtsprechung nicht sicher sein, die zuletzt in der Behauptung gipfelten: „Die Rechtsordnung wertet eine Selbsttötung ... als rechtswidrig (BGHSt 6, 147 [153] ...), stellt die Selbsttötung und die Teilnahme hieran lediglich straflos“ (BGHSt 46, S. 279, 285 vom 07.02.2001)⁴⁶.

Anders entscheidet das geltende Strafrecht den Fall der sog. aktiven direkten Sterbehilfe,⁴⁷ bei der der Sterbenswillige seine Tötung durch einen anderen verlangt. Hier sieht § 216 StGB nur eine Strafmilderung im Vergleich zum Totschlag gemäß § 212 StGB vor – aus einem Verbrechen wird ein Vergehen –, doch bleibt es bei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts, eben der Tötung auf Verlangen. Im Gegensatz zum Suizid liegt hier seitens des Täters zwar nicht nur die Verletzung einer Tugendpflicht gegen sich vor, denn er tötet ja einen anderen Menschen. Freilich hat dieser andere Mensch seine Tötung verlangt, so dass es sich fragt, wieso ihm die freiwillige Verfügung über sein Leben versagt wird. Dafür mag es – hier nicht zu diskutierende – Gründe geben, doch wird durch § 216 StGB die äußere Freiheit hinsichtlich des Lebens eingeschränkt, ohne dass dies zum Schutze der Freiheit anderer erforderlich erscheint.

Die fehlende Beeinträchtigung der äußeren Freiheitssphäre anderer fehlt auch bei der moralisch missbilligten Lüge. Nach einer aktuellen Umfrage ist die Ehrlichkeit der in der Bevölkerung am höchsten geschätzte moralische Wert. Nach *Kant* gehört das Verbot der Lüge auch zu den Pflichten gegen sich selbst, weil die Lüge „ein Verbrechen des Menschen an seiner eigenen Person“ enthält.⁴⁸ „Im rechtlichen Sinne aber will man, dass nur diejenige Unwahrheit Lüge genannt werde, die einem anderen unmittelbar an seinem Rechte Abbruch tut, z.B. das falsche Vorgeben eines mit jemandem geschlossenen Vertrags, um ihn um das Seine zu bringen (falsiloquium dolosum)“;⁴⁹ *Kant* nennt diese Auffassung „nicht ungegründet“. Die Auffassung, dass Lügen nur dann vom Strafrecht verboten werden dürfen, wenn sie sich schädigend auf die Freiheitssphäre anderer auswirken, liegt auch dem Strafgesetzbuch zugrunde, wenn dort – anders als in anderen Strafrechtssystemen⁵⁰ – ein Betrug gemäß § 263 StGB erst dann zu bejahen ist, wenn die Täuschung zu einem Vermögensschaden geführt hat. – Erneut in die Kritik gerät damit § 130 III StGB, der nicht nur eine bloße Gesinnungsäußerung ohne Agitationscharakter erfasst, sondern eine Lüge, die sog. Auschwitzlüge, als solche unter Strafe stellt; – nach *Geilen* „kennt das Recht (und auch die europäische Rechtsgeschichte) keine Strafbarkeit der ‚Lüge‘ mit einem der diffusen Ausgestaltung des Abs. III auch nur nahe kommenden Abstrahierungsgrad“.⁵¹

46 Vgl. dazu die zu Recht kritische Anmerkung *Sternberg-Lieben*, JZ 2002, S. 153; vgl. auch schon BGH NJW 1987, S. 1892 mit kritischer Anmerkung *Kühl*, JR 1988, S. 338.

47 Vgl. *Lackner/Kühl* (o. Fn. 38), Rdn. 7 Vor § 211.

48 *Kant*, AA VI 430.

49 *Kant*, AA VI 238; dazu *Kühl* (o. Fn. 42), S. 173 m.w.N.

50 Vgl. etwa *Walter*, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, S. 239 ff.

51 *Geilen* (o. Fn. 38), S. 1177.

Neben den Tugendpflichten gegen sich selbst kennt die Rechtsphilosophie auch Tugendpflichten gegen andere. Dazu zählt *Kant* etwa Achtungspflichten⁵², die durch Beleidigungen verletzt werden können. Wann der Achtungsanspruch einer Person in einem Maße verletzt wird, dass man von einer Verletzung der äußeren Freiheit und damit von der Verletzung einer Rechtspflicht sprechen kann, ist nicht leicht anzugeben. Zu eng dürfte es sein, dem Rechtsbereich nur die Verleumdung, nicht aber die üble Nachrede zuzuweisen.⁵³ Nach *Zaczyk* ist die Freiheit und Selbständigkeit nur durch die „Anerkennung“ anderer erreichbar; wer dieses „Anerkennungsverhältnis“ verletzt, verletzt die interpersonal verstandene Ehre⁵⁴ und damit – so wird man ergänzen können – eine Bedingung der Freiheit.

Als letzte Tugendpflichten gegen andere sollen noch kurz die Pflichten der (Nächsten-) Liebe und Wohltätigkeit⁵⁵ angesprochen werden. Auch sie werden von unserem geltenden Strafrecht grundsätzlich nicht mit Strafe erzwungen. Weitgehend sind die im Strafgesetzbuch enthaltenen Straftaten nach dem auch schon von *Kant* vorgegebenem Muster der Rechtspflicht gestaltet: „Tue niemandem Unrecht (neminem laede).“⁵⁶ Das heißt: es ist bei Strafe verboten, die eigene Freiheit so auszuüben, dass sie die äußere Freiheit anderer verletzt oder gefährdet; einseitige Übergriffe in die Freiheitssphäre eines anderen Menschen sind zu unterlassen. Nur ganz ausnahmsweise wird verlangt, dass jedermann aus seiner Freiheitssphäre heraustritt, z.B. um einem in Not Geratenen Hilfe zu leisten (§ 323c StGB). Ob diese Ausnahme unter dem Gesichtspunkt des erforderlichen Freiheitsschutzes gerechtfertigt werden kann, wird noch zu prüfen sein (unter V.). Vorsicht ist jedenfalls geboten, wenn sich nach Ansicht des Rechtsphilosophen und Strafrechtlers *Wolfgang Naucke* das Strafrecht „in der Bestrafung der Unterlassungsdelikte ... als in hohem Maße moralisierendes Instrument“ zeigt.⁵⁷

IV. VERBINDUNGEN VON STRAFRECHT UND MORAL

Dass zwischen Strafrecht und Moral trotz deren prinzipieller Trennung auch Verbindungen bestehen, liegt auf der Hand, weil beide Regelungsbereiche auf menschliches Verhalten abzielen. Rechtsgesetze können auch ethische/moralische Gesetze sein (z.B. *pacta sunt servanda* oder z.B. das Verbot des Diebstahls) und Rechtspflichten können auch moralische Pflichten sein. Das ist auch nicht verwunderlich, denn Rechtslehre und Ethik beantworten die eine Frage: Was soll ich tun? Jeweils geht es darum, richtiges Verhalten festzulegen und unrichtiges Verhalten moralisch oder zwangsrechtlich zu sanktionieren. „Tatbestände und Sanktionen des Strafrechts einerseits und der Sozialmoral andererseits streben zwar in allen differenzierten Gesellschaftsordnungen auseinander, decken sich aber immer noch in

52 *Kant*, AA VI 466.

53 So aber *Höffe* (o. Fn. 17), S. 32.

54 *Zaczyk* Nomos Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2010, Rdn. 1 vor § 185.

55 Vgl. *Kant*, AA VI 448 ff.

56 *Kant*, AA VI, 236.

57 *Naucke*, Strafrecht – Eine Einführung, 9. Aufl. 2000, § 7 Rdn. 243.

weiten Bereichen.⁵⁸ Deckungsgleichheit ergibt sich vor allem bei Verhaltensweisen, die auf die äußere Freiheit einwirken. Dass solche Einwirkungen auch moralisch verboten sind, ergibt sich bei *Kant* aus dem für Rechts- und Tugendlehre gemeinsamen kategorischen Imperativ. Als oberster Grundsatz der „Sittlichkeit“ lautet er: „Handle nach einer Maxime, die zugleich als allgemeines Gesetz gelten kann.“⁵⁹ Als oberster Grundsatz der „Rechtslehre“ lautet er: „Handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammenbestehen könne.“⁶⁰ Damit ist es dasselbe Vernunftsprinzip der Allgemeinheit, das die Verallgemeinerbarkeit bzw. Universalisierbarkeit unserer Maximen und Verhaltensweisen verlangt.

Konkret-praktisch zeigt sich die Verbindung von Strafrecht und Moral, wenn letztere in Form der guten Sitten bzw. der Sittenwidrigkeit vom Strafrecht ausdrücklich in Bezug genommen werden. Dies geschieht nicht nur im Strafrecht. Schon das Grundgesetz errichtet in Art. 2 I GG das „Sittengesetz“ als Schranke für die freie Entfaltung der Persönlichkeit.⁶¹ Auch im Zivilrecht wird durch Vorschriften des BGB, insbesondere durch Generalklauseln, auf sittliche Maßstäbe Bezug genommen.⁶² Von praktischer Bedeutung ist dabei die Regelung des § 138 I BGB, der ein „Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt“, für „nichtig“ erklärt. Im Bereich des Strafrechts ist vor allem § 228 StGB zu erwähnen. Danach handelt derjenige, der „eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, ... nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“.

Nach *Schreiber* hat der „Gesetzgeber“ mit solchen „Formeln ... bewusst einen Raum für richterliche Wertungen gelassen, die Anwendung des Gesetzes bedarf hier eines ergänzenden Werturteils durch den Richter“.⁶³ Das klingt sehr deskriptiv und wirkt unkritisch. Noch positiver sieht das *Lampe*, nach dem „gesetzliche Verweisungen auf überpositive Normen grundsätzlich legitim“ sind, weil das Recht „als Teil der Sittenordnung ... jederzeit die Rückbindung an die ‚guten Sitten‘ wahren muss“.⁶⁴ Man kann in der Regelung des § 228 StGB aber auch – kritisch – einen unzulässigen Übergriff der Moral in das Strafrecht sehen, weil nicht mehr das Gesetz, sondern die Moral in Form der guten Sitten die Strafbarkeit von Körperverletzungen bestimmt.⁶⁵ Außerdem kann man die fehlende Bestimmtheit der Regelung betonen,⁶⁶ so dass es mangels Klarheit über die guten Sitten letztlich doch der Richter ist, der das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ (BGHSt 4,

58 So *Lampe*, Strafrechtsphilosophie, 1999, S. 230.

59 *Kant*, AA VI 226.

60 *Kant*, AA VI 231.

61 Näher *Kühl*, GS Meurer, 2002, S. 545 ff, 551 f.

62 Vgl. *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, § 1 Rdn. 16 sowie *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2010, § 6 Rdn. 21 ff.

63 *Schreiber* (o. Fn. 25), S. 224.

64 *Lampe* (o. Fn. 58), S. 111.

65 So die Kritik von *Kargl*, JZ 2002, S. 389, 399: die „Sittenwidrigkeit“ ersetze das „freiheitswidrige Unrecht“.

66 Vgl. *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 136, 162.

S. 24, 32) festlegt.⁶⁷ All diese Einwände können aber nicht umhin, das Faktum zur Kenntnis zu nehmen, dass der Gesetzgeber bewusst rechtliche Entscheidungen auf moral-sittliche Wertungen verlagert. Ob er damit „gut fährt“, ist schon zweifelhaft; ob er diese Delegation an die Moral nicht in bestimmten Bereichen zurücknehmen sollte, wird noch zu prüfen sein (unter V.).

Als letzter Verbindungspunkt zwischen Strafrecht und Moral soll hier nur noch kurz auf „sozialethische“ Argumente in strafrechtlichen Begründungen hingewiesen werden. So soll schon die Strafe – wie bereits unter II. bei Fn. 23 gesagt – neben ihrem Übelscharakter eine „sozialethische Missbilligung“ enthalten.⁶⁸ Der das Unrecht mit-prägende Handlungsunwert soll bei bestimmten handlungstypisierten Delikten durch sozialethisch verwerfliches Verhalten, z.B. durch die Täuschung bzw. Lüge beim Betrug gemäß § 263 StGB, mitbestimmt sein.⁶⁹ „Sozialethische“ Wertungen sollen nach der Rechtsprechung die Verwerflichkeit i.S. des § 240 II StGB bestimmen, die eine Nötigung erst zu einer Straftat macht.⁷⁰ Am bekanntesten sind die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, mit denen man versucht, das scharfe deutsche Notwehrrecht sozialverträglich zu gestalten.⁷¹

Auch wenn eine inhaltliche Untersuchung dieser verschiedenen „sozialethischen“ Argumentationen noch aussteht,⁷² kann man schon jetzt festhalten, dass das Strafrecht in den verschiedensten Sachbereichen eine Absicherung durch die „Sozialethik“ für erforderlich hält, sich also selbst anscheinend nicht genügt. Ob diese Berufung auf die „Sozialethik“ zur strafrechtlichen Problemlösung von außen überhaupt etwas beiträgt, das über die binnen-strafrechtliche Begründung hinausführt, mag schon zweifelhaft sein. Rechtsphilosophisch noch interessanter ist die ebenfalls noch unbeantwortete Frage, ob das auf Freiheitsschutz festgelegte Strafrecht beliebig auf „sozialethische Wertungen“ rekurrieren darf.

V. DIE AUFHEBUNG VON VERBINDENDEN UND TRENNENDEM

Weder die Trennung von Recht und Moral noch die Verbindung von Recht und Moral ist statisch. Vielmehr gibt es Bewegungen zwischen Recht und Moral, die dazu führen, dass sich die Regelungsbereiche verschieben. Das geschieht etwa, wenn Trennendes dadurch aufgehoben wird, dass man der Moral vorbehaltene Bereiche ins Recht integriert.

Dies ist etwa bei der unterlassenen Hilfeleistung der Fall, die sich von der Tugendpflicht der Nächstenliebe durch § 323c StGB zu einer mit Strafe bewehrten Rechtspflicht der Mindestsolidarität entwickelt hat. Dies wird immer noch

67 Problematisierend *Seelmann* (o. Fn. 62), § 6 Rdn. 20 ff. und *Lampe* (o. Fn. 58), S. 110.

68 Vgl. *Kühl* (o. Fn. 23), S. 14 f. bzw. 149 ff.

69 Vgl. *Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974, S. 54.

70 Vgl. BGHSt 17, 329, 331.

71 Vgl. *Kühl* (o. Fn. 45), § 7 Rdn. 153 ff.

72 Einen ersten Versuch unternimmt *Kühl*, „Sozialethische“ Argumente im Strafrecht, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, 11 (2003) S. 219 ff.

als unzulässige Verschiebung der Moral ins Recht kritisiert.⁷³ Und in der Tat ist die § 323c StGB zugrunde liegende Solidarität kein so gefestigter Rechtsbegriff, dass aus ihm ohne weiteres Rechtsfolgen wie die Hilfespflicht für jedermann in Notfällen abgeleitet werden können. Dennoch scheint es möglich, Mindestsolidaritätspflichten in außergewöhnlichen Notfällen in ein freiheitliches (Straf-) Rechtssystem zu integrieren, wenn sie auf die Wiederherstellung der durch die Not in Gefahr gebrachten äußeren Freiheit beschränkt werden.⁷⁴ Eine solche legitime Pflicht ist neben der genannten § 323c StGB-Hilfespflicht auch und erst recht die vom rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB geforderte Duldungspflicht gegenüber erforderlichen Rettungshandlungen in Gefahrenlagen; – auch hier ist zum Schutz der gefährdeten Freiheit Mindestsolidarität nicht nur moralisch, sondern auch rechtlich gefragt.⁷⁵

Strafrecht und Moral Verbindendes wird aufgehoben, wenn sich das (Straf-) Recht Regelungsbereiche, die es an die Moral in Form der guten Sitten abgegeben hatte, zurückholt. Das ist z.B. geschehen, als der Gesetzgeber mit dem am 01.01.2002 in Kraft getretenen Prostitutionsgesetz den Bereich der bisher vom Sittenwidrigkeitsverdikt des § 138 BGB betroffenen Prostitution ins Recht verlagert hat. Nach § 1 dieses Gesetzes liegt eine „rechtswirksame Forderung“ vor, „wenn sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden“ sind. Für das Strafrecht hat dies Auswirkungen beim Vermögensschutz, denn wenn die Prostituierte eine „rechtswirksame Forderung“ hat, so kann sie darum auch nach § 263 StGB betrügerisch gebracht werden.⁷⁶ Bisher war die sog. „geprellte Dirne“ strafrechtlich nicht geschützt, weil ihre Forderung wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB nichtig war und sie ihre Arbeitskraft zu sittenwidrigen Zwecken eingesetzt hat.⁷⁷

Der Bereich des Strafbaren könnte auch durch eine gesetzgeberische Entscheidung im Bereich der Dopingbekämpfung für die Körperverletzung nach §§ 223 ff. StGB erweitert worden sein. Bisher war die Strafbarkeit der Anwendung gesundheitsschädlicher Dopingmittel mit Einwilligung des gedopten Sportlers nur dann nach § 228 StGB „rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“. Fraglich war dabei, ob allein der Verstoß gegen das sportethische Prinzip der Chancengleichheit im sportlichen Wettbewerb diesen Sittenverstoß begründen konnte. Die Begründung eines Sittenverstoßes scheint nun leichter, weil der Gesetzgeber in §§ 6a, 95 I Nr. 2a, III Nr. 4 Arzneimittelgesetz zum Ausdruck gebracht hat, dass er bestimmte Formen des Dopings nicht nur für sittenwidrig,

73 Vgl. die Kritik von *Seelmann*, JuS 1995, S. 281, 283 und von *Morgenstern*, Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht, 1997.

74 Zu weiteren erforderlichen Einschränkungen vgl. *Kühl* (o. Fn. 1), S. 53 f.; ähnlich *Kahlo* (o. Fn. 2), S. 302, 307.

75 Vgl. näher *Kühl*, FS Hirsch, 1999, S. 259, 275 f., in: *Kühl*, u.a. (Fn. 23) § 31 Rn. 29 ff. und demnächst in: FS Frisch, 2013; kritisch zur Solidaritätsbegründung jetzt aber *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 57 ff.

76 Vgl. *Rengier*, Strafrecht Bes. Teil I, 14. Aufl. 2012, § 13 Rdn. 133; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Bes. Teil 2, 34. Aufl. 2011, Rdn. 567.

77 Vgl. zu den verschiedenen Fallkonstellationen beim sog. „Prellen der Dirne“ nach bisherigem Recht *Kühl*, JuS 1989, S. 505 ff.

sondern für rechtswidrig, ja sogar für strafbar hält.⁷⁸ Auch dies könnte als Zurückerobering eines Lebensbereichs verstanden werden, den das (Straf-)Recht bisher der Moral zur (unsicheren) Entscheidung überlassen hatte.

Alle Beispiele zur Aufhebung von Trennendem und Verbindendem haben zur Einschränkung des Bereichs der Moral und zur Ausweitung des Bereichs des (Straf-)Rechts geführt. Diese Verrechtlichung,⁷⁹ ja sogar Kriminalisierung von Moral ist dann gerechtfertigt, wenn die neuen (Straf-) Rechtsvorschriften zum Schutze der äußeren Freiheit erforderlich sind. Dies dürfte in allen Beispielen der Fall sein. Nicht ausgeschlossen ist der umgekehrte Fall der Rückgabe strafrechtlicher Regelungen an die Moral, wie er z.B. bei der Aufhebung der Strafvorschrift zur Homosexualität (§ 175 StGB a.F.) stattgefunden hat; diese Entkriminalisierung durch Rückgabe an die Moral erfolgte zu Recht, denn in diesen Fällen war die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit nicht bedroht. Doch ist dies ein anderes, hier nicht mehr weiter zu verfolgendes Thema, das etwa die kritische Überprüfung von Strafvorschriften wie die Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB verlangen würde.

Kristijan Kil

Pravni fakultet Univerziteta u Tbingenu

KRIVIČNO PRAVO I MORAL – razdvajajuće i povezujuće –

APSTRAKT

Konstatujući da je značaj pravne filozofije u novije vreme ponovo porastao, autor ističe da među centralne teme dijaloga između pravne filozofije i krivičnog prava spada pitanje odnosa krivičnog prava i morala, a u svojoj još naglašenijoj formi pitanje odnosa krivičnog prava i pravednosti. Kao osnovno pitanje nove filozofske discipline „Pravne etike“ postavlja se pitanje koje pravo je ispravno i pravedno. To pitanje koje se u okviru pravne filozofije postavlja još od antičkog doba uglavnom se svodi na pitanje odnosa prava i morala.

U radu se prvo pronalaze i analiziraju razlike između krivičnog prava i morala, tj. one karakteristike koje ova dva normativna sistema razdvajaju. Polazeći od stavova poznatih filozofa (Kanta, pre svega) autor te razlike dovodi u vezu i sa nekim pozitivnopravnim rešenjima u krivičnom zakonodavstvu. Zatim, govori se o onome što povezuje krivično pravo i moral. I ovde se kao primeri navode i analiziraju rešenja iz pozitivnog krivičnog prava, a ukazuje se i na tzv. socijalno-etičke argumente koji se u krivičnom pravu koriste.

Na kraju, ukazuje se na relativnost onoga što povezuje i razdvaja moral i krivično pravo. Između ostalog, naglašava se da ni ono što razdvaja moral i krivično pravo, a niti ono što ih spaja nije statično već se njihova međusobna granica stalno pomera.

Ključne reči: pravna filozofija, krivično pravo, odnos krivičnog prava i morala, pravna etika.

78 Für Sittenwidrigkeit, weil sonst „wertungswidersprüchlich“ zum AHM, *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 228 Rn. 17.

79 Zum Verrechtlichungstrend *Kühl*, FS Achenbach, 2011, S. 251 ff.