

## Von der sittenbildenden Kraft des Strafrechts

Es war einmal die Moral im Strafrecht. So könnte ein wunderschönes Märchen beginnen.

Es würde von der Moral erzählen, als ein Wesen aus längst vergessenen Tagen und sowieso, nur als eine Wolke der Fantasie?

Das könnte man annehmen, wenn man sich als eifrige Studentin in die Bibliothek begibt und dort in der Abteilung Strafrecht einen dicken grünen Band aus den Regalen greift: Claus Roxins Strafrecht Allgemeiner Teil, ein Klassiker unter den Lehrbüchern. In der dritten Auflage von 1997 schreibt Roxin kurz und knackig:

„Bloße Moralwidrigkeiten müssen straflos bleiben.“<sup>1</sup>

Schon 1910 formulierte der deutsche Strafrechtler Eduard Kohlrausch etwas gediegener und erhabener: „Aus dem Strafrecht sind Begriffe, die "nicht gedacht werden können" fernzuhalten“<sup>2</sup> – Metaphysik und Moral hatten Kohlrausch zufolge also keinen Platz im strafenden Recht und diese Verbannung fand schon 80 Jahre vor Roxins Niederschriften statt.

So weit, so klar?

Märchen haben es so an sich, dass sie alt sind und nur kleine Kinder an das glauben, was die Geschichten ihnen erzählen.

So weit, so unklar.

Denn handelt Roxin 1997 das ganze Ding um die Moral noch in einer Kürze ab, die offensichtlich für sich selbst sprechen soll – nämlich: Mehr gibt es dazu nicht zu sagen Punkt – so scheint er sich fast zehn Jahre später zu wesentlich längeren Ausführungen gezwungen zu sehen. Bei der vierten Auflage seines

---

1 Roxin, Strafrecht AT 1997, S. 16.

2 Kohlrausch, Eduard: Sollen und Können als Grundlage strafrechtlicher Zurechnung, in: Güterbock-Festgabe, Berlin 1910, S. 11.

Strafrechts Allgemeiner Teil von 2006 dürfte schon ein Blick auf die Überschriften des Inhaltsverzeichnisses ausreichen, um die Gewissheit des braven Studentenhirns zu erschüttern:

Die „bloßen Moralwidrigkeiten“ haben eine Zellteilung erfahren und sind zur „Unmoral, Unsittlichkeit und sonstigen Verwerflichkeit des Verhaltens“ mutiert. Außerdem muss Roxin Stellung beziehen zum „Schutz von Gefühlen“ und eigene Unterpunkte aufmachen zu den Fragen, ob nicht Tabus und gar auch, wie er formuliert, „Schutzobjekte von ungreifbarer Abstraktheit“ im Aufgabenradius des Strafrechts liegen.

Das riecht nach Schwelbrand unter allen Teppichen im Hause des scheinbar moralfreien Strafrechts.

Wie es dazu gekommen ist? Von Kohlrausch im Jahre 1910 bis zur Bedrängnis des Professors Roxin 2006 ist jedenfalls ein langer Weg gegangen worden.

Dieser lässt sich deutlicher sehen, wenn man sich eine Sache bewusst macht, die Kohlrausch schon dankenswert klar formuliert hatte: Das moderne Strafrecht ist von der Staatsidee abhängig.

Kohlrausch nimmt an, dass „das Strafrecht seiner Funktion nach eine Summe von Normen ist, die eine organisierte Menschengesamtheit für das Verhalten ihrer Glieder aufstellt unter Androhung von Nachteilen auf den Fall normwidrigen Verhaltens.“<sup>3</sup> Wer den Staat hinnehme – also nicht dem Anarchismus frönt – übernehme damit auch die Strafrechtstheorie der Generalprävention, des psychologischen Zwanges oder welchen Namen man ihr sonst geben möge<sup>4</sup>.

Mit der Staatsidee und der Generalprävention stehen zwei Stichworte im Raum, die für die Diskussion um den Sinn und Zweck von Strafrecht immer wieder von Bedeutung erscheinen und beide auf die ein oder andere Art mit der Moral verknüpfbar sind.

Was ist mit Generalprävention genau gemeint? Diese Theorie zielt auf vorbeugende Verbrechensverhütung gegenüber der Allgemeinheit ab. Die Allgemeinheit soll durch die Strafandrohung und den Strafvollzug über die gesetzlichen Verbote belehrt und von ihrer Übertretung abgehalten werden. Enthalten sind darin sowohl eine negative Seite – die Bürger sehen, was

---

<sup>3</sup> Kohlrausch, aaO., S. 10.

<sup>4</sup> Kohlrausch, aaO., S. 12.

einem Straftäter widerfährt und begehen deswegen keine eigene Straftat – und eine positive Seite – die Bürger sehen, was einem Straftäter widerfährt und vertrauen deswegen auf die Durchsetzungskraft der Rechtsordnung. Ob überhaupt eine Allgemeinheit existiert, auf die eingewirkt werden kann, also die berechnete Frage nach der Massenpsychologie – diese Frage soll hier unbeantwortet bleiben. Ich nehme die Theorie der Generalprävention in ihrer wissenschaftlichen Geschichte vorliegend als gegeben an.

Wenn Kohlrausch nun der Auffassung ist, dass die Generalprävention – also die Verknüpfung des Strafrechts mit der Allgemeinheit – „unvermeidlich“ sei, solange man sich in einem Staatsgebilde bewegt, bezieht er sich aber auf eine gesetzespositivistische Generalprävention. Mehr als eine Stabilisierungs- und Erhaltungsfunktion gesteht er dem Strafrecht demnach nicht zu. Kohlrausch begnügt sich mit dem Staat als zweckorientierten Organisationsüberbau. Zu welchem Zweck man sich organisiert, möchte er augenscheinlich im Rahmen des Strafrechts nicht debattieren. Moral im Strafrecht kann für Kohlrausch nur unter der Bedingung akzeptabel sein, „dass wir in jedem einzelnen Falle den strafenden Staat als Vollstrecker eines überirdischen Willens ansehen“ – wie er leicht ironisch feststellt.

Genau in dieses überirdische Horn stößt aber fast 50 Jahre später Hans-Heinrich Jeschek. Als konservativer Strafrechtler schrieb er 1957 einen Aufsatz mit dem Titel „Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform“<sup>5</sup>. Darin bezog er sich auf Kohlrausch und zwar folgendermaßen: Er wandelte dessen Aussage, „Sollen und Können“ seien eine staatsnotwendige Fiktion, in die eigene Aussage um, „Schuld und Gewissen“ seien eine staatsnotwendige Fiktion.

Ganz im Sinne der naturrechtlichen Anwendungen, von denen die deutschen Juristen angesichts des gescheiterten Versuches, ein ewigwährendes Reich unter dem Führer aufzubauen, nach dem verlorenen Krieg befallen wurden – ganz in diesem Sinne predigte Jeschek:

„Das, was im Hinblick auf unser Gesamtschicksal in den letzten Jahrzehnten not tut, ist vor allem ein kraftvolles Strafgesetz, das sittliche Werte kennt und anerkennt, die Existenz und Verbindlichkeit sittlicher Pflichten voraussetzt

---

5 In: Recht und Staat, Heft 198/199, 1957.

und dem Volke wie in einem Spiegel das Bild seines besseren Selbst vor Augen führt.“<sup>6</sup>

Demnach ist das Strafrecht bei Jeschek nichts anderes als eine Pflichtenlehre. Auch die Generalprävention bekommt dadurch eine sittlich-moralische Füllung und das Strafgesetzbuch ist dann wohl folgerichtig nur ein Ergänzungsband zur Bibel.

Jeschek spricht auch deshalb mit solcher Vehemenz, weil er fast schon verzweifelt anmutend versucht, ein Bild hoch zu halten gegen den Staat der Industriegesellschaft - wie er sein Feinbild betitelt. Einem solchen „wertindifferenten Mehrzwecke-Apparat“ spricht er grundsätzlich keine Autorität zu. Und solch ein Apparat besitze schon gar keine „moralische Autorität, eine allgemein anerkannte Werteordnung aufstellen zu können“<sup>7</sup>. Diese Werteordnung möchte Jeschek von einer „gewissen Auslese des Volkes“ bestimmt sehen. Zu dieser Auslese zählt er, wie sollte es auch anders sein, natürlich auch und ganz besonders die Juristen. Einige Seiten später bringt er dann doch noch ein paar Bibelzitate ein („Denn sie ist Gottes Dienerin, eine Rächerin zur Strafe über den, der Böses tut.“<sup>8</sup>).

Jeschek predigt also nicht nur den moralischen Staat und das moralische Strafrecht, sondern sieht in altbewährter Tradition die Juristen als auserwählt an, dem unfähigen Volk sein besseres Ich vorzuhalten und es zu belehren.

Antidemokratischer Berufsethos, christlich fundierter Missionarseifer - zwei politische Gründe mehr, die Moral im Strafrecht abzulehnen. Und dies brachte wohl auch diejenigen Juristen auf die Barrikaden, die im Rahmen der deutschen Strafrechtsreform in den 60er Jahren (Entwurf 1962) den Alternativentwurf (1966) vorlegten oder auf andere Weise für die Tilgung von Moraltatbeständen votierten.

Weitestgehend argumentierten sie dabei mit dem Rechtsgutsbegriff. Der Rechtsgutsbegriff soll beinhalten, dass nur bestimmte vorgegebene Güter durch das Strafrecht geschützt werden.<sup>9</sup> Die Güter, zum Beispiel das Leben, die Körperintegrität und die Ehre werden von der Verfassung, dem Grundgesetz vorgegeben.

---

6 Jeschek, aaO., S. 8.

7 ebd.

8 Jeschek, aaO., S. 25.

9 Roxin, aaO., S. 10.

Vor diesem Hintergrund kommt Roxin zu der Definition, dass „Rechtsgüter die Gegebenheiten oder Zwecksetzungen sind, die dem einzelnen und seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind.“<sup>10</sup>

Die freie Entfaltung des Einzelnen im Rahmen der Schranken einer freiheitlichen Gesellschaft – das ist ein Begriffsverständnis, hinter dem ersichtlich die Idee des sozial-liberalen Rechtsstaates steht.

Und mit beidem in der Hand konnte man in den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts diejenigen Straftatbestände, die eine verstockte Sexualmoral beinhalteten, argumentativ in die Ecke treiben und ihnen schließlich die normative Geltung aberkennen lassen. Denn welches von der Verfassung vorgegebene Rechtsgut zum Beispiel die Strafbarkeit von Homosexualität schützen wollte – darauf konnte auch Jeschek keine Antwort geben. Er hielt nur lapidar fest, dass „die Tragik, die auf dem Schicksal so mancher Menschen lastet, nicht durch Nachgeben im Bereich des Strafrechts aufgehoben werden kann.“<sup>11</sup> Da hatte er sich wohl getäuscht; zumindest hinsichtlich der Bereitschaft des Strafrechts, im Laufe der Zeit partiell nachzugeben.

Wie ging es nun mit dem Rechtsgutsbegriff weiter? Beseitigte er tatsächlich die Moral im Strafrecht, wie man Roxin zufolge zwingend annehmen müsste? Schon ein Blick auf die Begriffsgeschichte lässt Zweifel aufkommen. Zu oft wird angenommen, das Rechtsgüterkonzept sei von Anfang an ein liberales Konzept gewesen. Dabei übersieht man aber, das es gegenüber dem ursprünglichen freiheitlichen Gedanken des Schutzes von unveräußerlichen Rechten selbst schon eine Aufweichung beziehungsweise eine Erweiterung des Strafrechtes bedeutet.<sup>12</sup> Außerdem ist eine Einschränkung des Rechtsgutsbegriffs rein auf Individualrechtsgüter – was vielleicht einen endgültigen Ausschluss von Moraltatbeständen bedeutet hätte – gar nicht möglich. Denn das Strafgesetzbuch schützt eben auch Rechtsgüter der Allgemeinheit wie zum Beispiel die Rechtspflege und letztlich sogar den Staat

---

10 Roxin, aaO., S. 15.

11 Roxin, aaO., S. 9.

12 Vormbaum, ZStW 107, S. 751.

selbst, das muss sogar Roxin feststellen.

Und so muss er 2006 eingestehen, dass „bisher keine auch nur annähernde Einigung darüber hat erzielt werden können, was unter einem Rechtsgut zu verstehen ist.“ Außerdem sei umstritten, ob der Begriff des Rechtsgutes nur als Hilfsmittel der Auslegung dienen kann oder ob er geeignet ist, dem Gesetzgeber die Grenzen seiner Eingriffsbefugnis vorzuzeichnen.<sup>13</sup>

Das heißt: Alle Begriffstüren stehen offen, nichts ist klar.

Dem Rechtsgutsbegriff kann man bis hierhin allenfalls im Zwischenzeugnis attestieren, dass ohne ihn die 1969 vorgenommene Entkriminalisierung von Homosexualität, Sodomie und Kuppelei nicht denkbar gewesen wäre<sup>14</sup>.

Und plötzlich taucht sogar die Generalprävention wieder auf. Bis vor kurzem war sie höchstens noch in ihrer empirisch nur schwer nachzuweisenden Stabilisierungsfunktion anerkannt und wurde zum Teil sogar in Gänze angezweifelt, weil sie letztlich doch nichts anderes als ein Wiedergänger der alten sittenbildenden Kraft des Strafrechts sei<sup>15</sup>. Dann erfuhr sie allerdings eine Reanimation durch Günther Jakobs. Jakobs wurde vor allem durch seine Konzeption des sogenannten „Feindstrafrechts“ bekannt. Die Wiederbelebung der Generalprävention gelang ihm, weil er die Ideen von Niklas Luhmann auf das Strafrecht übertrug. Demnach treffen die Folgen der Prävention nicht die Individuen und ihre Verhaltensweisen und vermeiden dadurch auch nicht etwa die Herbeiführung von Rechtsgutsschäden und Rechtsgutsgefährdungen. Vielmehr zielt die Prävention auf eine soziale, kollektive Dynamik ab. Die Strafe verhüte das, was ein Strafdelikt an negativen Folgen für das soziale System mit sich bringt.<sup>16</sup> Für das soziale System sei die sichere Geltung von Normen notwendig. Auch das Verbrechen selbst versteht Jakobs nicht als Rechtsgüterverletzung, sondern als Enttäuschung von Erwartungen des sozialen Systems.

Mit der aktuellen Weiterentwicklung seiner Theorien verlässt Jakobs dann allerdings den abstrakten, deskriptiven Standpunkt von Systembetrachtungen und knüpft wieder an sozialpsychologische Verbindungen an. So lässt sich in seinem Verständnis von Generalprävention heute eine Tendenz zu den

---

13 Roxin, Strafrecht AT, 2006, S. 14.

14 Neubacher, Jura 2000, S. 518.

15 Hilgendorf, in: Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 2004, S. XIII.

16 Bernardo Feijoo Sánchez, Positive Generalprävention, in: Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 75.

absoluten Vergeltungstheorien in Sinne Kants und Hegels nachweisen.

Warum dieser Ausflug zu Jakobs?

Er hat aufgezeigt, dass wir nicht mehr als Individuen durch Strafe abgeschreckt werden sollen, sondern sich die Generalprävention an uns als Personen einer sozialen Dimension und als Bürger einer bestimmten gesellschaftlichen und rechtlichen Ordnung richtet.<sup>17</sup> Nebenbei bemerkt übt unsere Gesellschaft weiterhin Vergeltung aus, nur nicht mehr aus metaphysischen Gründen, sondern aus einer sozialen Funktion heraus. Durch Vergeltung werden heute Normen stabilisiert, indem ihre Geltung bestätigt wird.

Und in diesem von Jakobs gebauten Rahmen erscheint eine neue, materiell anders ausgefüllte Moral im Strafrecht nicht mehr ausgeschlossen.

Sie ist eben doch ein Begriff, der gedacht werden kann. Warum nicht über den Kopf in die Luft und zu einer Gesundheitsmoral, einer Leistungsmoral oder einer Datenmoral greifen? Alle diese Varianten spielen heute in der sozialen Dimension und der gesellschaftlichen Ordnung mit. Sie beziehen sich nicht nur auf uns als Individuen, sondern vielmehr auf uns als Teile eines Systems. Ich denke, dass Roxin den Begriff der Moral in einem viel zu engen Sinne verwendet hat, wenn er schrieb: Bloße Moralwidrigkeiten müssen straflos bleiben.

Damit meint er zweifellos die christliche Sexualmoral, gegen die er selbst in den 60er Jahren Stellung bezogen hatte.

Damals war diese Moral die tradierte Moral. Man bekannte sich offen zu ihr und forderte dieses offene Bekenntnis sogar ein, wie Jeschek es eben tat.

Nur, war diese Moral die Moral schlechthin? Gab es nur diese eine Moral und gibt es nun keine Moral mehr?

Eine tradierte Moral kann mit kritischen Begriffen in Frage gestellt werden. Diese Begriffe müssen schon wegen ihrer Funktion als Gegenstück zur Moral von sich behaupten können, nicht moralisch zu sein.

Der Bereich des Nicht-Moralischen bietet aber keinen bunten Blumenstrauß der Alternativen an, sondern nur eine einzige Wahl: Die Vernunft, also das Objektive.

---

<sup>17</sup> Sánchez, aaO., S. 86.

Der bekennenden, offenen Moral setzte man also einen objektiv gestalteten Begriff entgegen und siegte damit auf ganzer Linie. So geriet die religiöse Moral im Strafrecht unter Beschuss durch den Rechtsgutsbegriff – der sich damals anscheinend anbot, als sozial-liberaler Kampfbegriff genutzt zu werden.

Und was dann?

Die tradierte Moral ist aus dem Strafrecht weggebrochen und wurde dorthin verbannt, wo sie hingehört, in das Reich Gottes. Der objektive Rechtsgutsbegriff hat gesiegt und steht nun etwas verloren auf weiter Flur. Aus seinem Sieg wird Alleinherrschaft, aus der Alleinherrschaft wird Tradition. Er allein zieht nun alle Aufmerksamkeit, Wissbegierde und Kritik auf sich und die Objektivität beginnt zu bröckeln.

Wie ist es so treffend an einem Abend in unserem Seminar gesagt worden? Objektivität ist vor allem objektiver Schein. Dieser Schein konnte beim Rechtsgutsbegriff noch bestehen, als ihm eine offensichtlich subjektive Moral gegenüber stand. Gleichsam mit deren Wegfall beginnt die scheinbare Objektivität nun zu erlöschen. Der Versuch, den objektiven Schein zu wahren, erweist sich als untauglicher Versuch. Denn der Rechtsgutsbegriff ist im Ganzen wenig resistent gegen „Erfindungen“ neuer schützenswerter Rechtsgüter.<sup>18</sup> Nur schwer zu kontrollierende, abstrakte Gefahren wie zum Beispiel Umweltgefahren werden vom Strafrecht zunehmend kriminalisiert und in immer abstraktere Rechtsgüter gefasst. Diese werden von den Anhängern des Rechtsgutskonzept als eine Art „Schein“-Rechtsgüter angegriffen. Man spricht ihnen die Zugehörigkeit zu den wahren Rechtsgütern ab.

In diesem dogmatischen Gewirr, in dem sich der objektive Schein verflüchtigt, wird das Wesen des Rechtsgutsbegriffs sichtbar, es ist zu erkennen, was der Rechtsgutsbegriff von Anfang schon immer gewesen ist: Auch eine Moral.

Zunächst war er eine kritische, autonome Moral gegenüber der Tradition und schließlich ist er die einzige Moral, die übrig geblieben zu sein scheint. Das, was unter dem Mantel des objektiven Scheins als kritische Moral funktionieren konnte, gerät nun selbst zu einer tradierten Moral.

---

<sup>18</sup> Neubacher, Jura 2000, S. 518.

Wenn Roxin drei oder vier Weinschorlen intus hätte, würde er vielleicht irgendwann brummeln: Na gut, aber wir sind nur eine reduzierte Moral, wir sind nur ein Morälchen. Die Berufung darauf, zwar eine Moral, aber nur eine Art reduzierter Moral zu sein, die ihren Bewahrungsanspruch geltend machen darf, weil sie vernünftigerweise, anthropologisch erkennbar sei - diese Basis erscheint im nüchternen Zustand wohl aber als zu schwach.

Denn letztlich geht damit auch das Eingeständnis einher, angreifbar und ersetzbar zu sein. Nichts anderes als diese Angriffsoperation an der Moral nahm man ja damals selbst in den 60er Jahren vor. Dieses Eingeständnis gewinnt vor dem Hintergrund der schon aufgezeigten Staatsidee eine Implosionskraft, die so manchen Angst und bange werden lässt.

Was kann man entlang der Geschichte des Rechtsgutsbegriffes in der bundesrepublikanischen Strafrechtsdiskussion also erspähen?

Leider nicht, dass die Moral aus dem Strafrecht getilgt ist. Sowohl der Jeschekschen Moral im Sinne Jesu als auch dem scheinbar amoralischem Rechtsgutsbegriff ist nämlich eine Sache eigen:

Im jeweiligen Kern liege etwas Wahres, was jeder erkennen kann und anerkennen soll. Jeschek hatte noch die Brille des christlichen Glaubens auf der Nase sitzen, Roxin kämpft mit der Brille der Rechtsstaatlichkeit.

Und Jakobs? Jakobs ist schon längst auf zu den neuen Märchen. Wenn sie nicht gestorben ist, die Moral, dann lebt sie eben heute noch - und morgen auch.

**Vera Finger**