

StrafR Aufsatz

Leon Augustin Hill*

Der Dualismus von Recht und Moral im NS-Strafrecht und heute

In welchem Verhältnis Recht und Moral im NS-Strafrecht standen, wie dieses Verhältnis im heutigen Strafrecht fortwirkt und inwieweit hierdurch Konflikte mit dem Grundgesetz entstehen können, wird anhand der §§ 211, 240 II StGB untersucht.

A. Einleitung

Die vom nationalsozialistischen Gesetzgeber erlassenen Vorschriften zum Mord (§ 211 StGB) und zur Rechtswidrigkeit der Nötigung (§ 240 II StGB¹) sind ein Produkt der nationalsozialistischen »Ethisierung«² des Rechts, in deren Rahmen es zu einer gegen das Grundgesetz verstößenden Unterordnung des Strafrechts unter die Moral kommt.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, diese These zu belegen. Zunächst (B.) muss dafür geklärt werden, was unter den Begriffen *Recht* und *Moral* zu verstehen ist und wann im Sinne des Titels der Arbeit von einem Dualismus gesprochen werden kann. Das Verhältnis von Recht und Moral im Nationalsozialistischen Strafrecht (C.) und im heutigen Strafrecht (D.) wird schwerpunktmäßig anhand der Normen zum Mord und zur Nötigung beleuchtet; ob und inwiefern sich aus dem herausgearbeiteten Verhältnis im heutigen Strafrecht verfassungsrechtliche Bedenken ergeben, soll im Anschluss behandelt werden. Fazit und Ausblick schließen die Arbeit ab (E.).

B. Das Verhältnis von Recht und Moral

Fragen nach dem Verhältnis von Recht und Moral lassen sich auf der semantischen Ebene, wie auch auf der Ebene der Geltung stellen.³

I. Abgrenzung auf der Ebene der Semantik

Sucht man nach einem gemeinsamen Oberbegriff für *Recht* und *Moral*, so bietet sich der Begriff der Norm⁴ an: Sowohl

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen. Der Beitrag ging aus einer im Seminar »NS-Gedankengut im Strafrecht – Relikt oder Renaissance« im Sommersemester 2019 verfassten Seminararbeit hervor. Der Autor dankt Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal für die freundliche Genehmigung zur Veröffentlichung sowie Juliane Hendorff für wertvolle Anmerkungen.

1 §§ ohne Gesetzgabe sind solche des StGB.

2 Vgl. hierzu Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht (2019), S. 38 ff.; Vogel, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht (2004) S. 16, 71 ff., sowie B. V. und C.

3 Dreier, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890 (893 f.); Lindner, Zum Verhältnis von Recht und Moral, Jura 2016, 8 (13).

4 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Auflage (2020), Rn. 92 ff. Von

das Recht als auch die Moral schreiben Menschen ein bestimmtes Verhalten vor.⁵ Unterscheiden⁶ lassen sich die beiden Normsysteme anhand ihres Gegenstandes,⁷ der hinter einer Handlung stehenden Motivation,⁸ der Durchsetzbarkeit der Normen,⁹ des Gefühls der Menschen auf eine Normübertretung hin,¹⁰ der Verantwortungsmaßstäbe¹¹

»sozialen Normen« schreibt Raiser, Recht und Moral, soziologisch betrachtet, JZ 59 (2004), 261 (262); anderes Verständnis von »sozialen Normen« bei Rütters/Fischer/Birk (Fn. 4), Rn. 97.

5 Braun, Recht und Moral im demokratischen Rechtsstaat, JJZG 2010, 3.

6 Im Rahmen der Seminararbeit wurden die Abgrenzungskriterien ausführlicher erörtert als hier abgedruckt. In den nachfolgenden Fußnoten finden sich einzelne Erläuterungen und Vertiefungshinweise.

7 Rein moralische – rechtlich indifferente – Regeln (z. B. Unterhaltungspflicht zwischen Geschwistern, vgl. § 1601 BGB), rein rechtliche – moralisch indifferente – Regeln (z. B. Rechtsfahrgebot im Straßenverkehr, § 2 II StVO) und Regeln, die sowohl moralisch, als auch rechtlich relevante Handlungsbereiche betreffen (z. B. Tötungsverbot, §§ 211 ff.). S. dazu Rütters/Fischer/Birk (Fn. 4), Rn. 99 f.; Braun (Fn. 5), JJZG 2010, 3 (4).

8 Die Unterscheidung Kants (Metaphysik der Sitten, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften: Kants gesammelte Schriften, Band VI (1907), S. 219) zwischen Legalität und Moralität, auf die hier Bezug genommen wird, lässt sich anhand des folgenden Beispiels erläutern: Wer nur deshalb davon Abstand nimmt, seinem Gegenüber einen Faustschlag ins Gesicht zu verpassen, weil er die von § 223 StGB angedrohte Strafe fürchtet, handelt legal. Eine moralisch einwandfreie Handlung läge dagegen nur vor, wenn er sich dazu entschliesse, die Körperverletzung nicht zu begehen, weil er aus der Idee der Pflicht handelte, also etwa aus Achtung vor der körperlichen Integrität des Gegenübers. Dazu Kühn, Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten, JA 2009, 833 f.; Braun (Fn. 5), JJZG 2010, 3 (4). Grenzt man aber anders als Kant nicht das durch andere (heteronom) gesetzte Recht von der selbst (autonom) auferlegten Moral ab, kann man einen weiteren Moralbegriff vertreten, der dann auch etwa religiöse oder weltanschauliche Moralvorstellungen einbezieht (Sack, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, 761 [767]). Dann lassen sich Moralnormen weiter verstehen als normative Aussagen, die Verhalten als gut oder als schlecht bewerten; durch diese Bewertung wird ein Verhalten ausdrücklich oder konkludent eingefordert oder verboten (Tugendhat, Vorlesungen über Ethik, 1993, S. 37 f., 41, 64; auch Schmid, Philosophie der Lebenskunst. Eine Grundlegung, 2. Auflage [1998], S. 60).

9 Unterschiede ergeben sich auch hinsichtlich der Durchsetzbarkeit der Normen: Während Rechtsnormen sich mit Zwang durchsetzen lassen, ist das bei Normen der Moral nicht möglich (s. nur Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11]). Die Einhaltung moralischer Normen wird stattdessen gewährleistet durch den Druck, den einerseits die Gesellschaft (s. nur Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11]), andererseits das eigene Gewissen ausübt (s. nur Braun [Fn. 5], JJZG 2010, 3 [4]).

10 Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. unveränderte Auflage (1967; Nachdruck d. 1. Auflage von 1913), S. 132: Reagieren die Menschen mit allgemeiner Empörung, wurde eine Rechtsnorm verletzt, reagieren sie lediglich mit Missbilligung, eine Norm der Moral.

11 Während das persönliche Nichts-Dafür-Können im Bereich der Moral –

sowie anhand von Wertbegründung¹² und Veränderbarkeit¹³ der Normen, wobei die letzten beiden von der geltungstheoretischen Verortung des Rechts abhängen.¹⁴ Auf die für diese Untersuchung relevanten¹⁵ Theorien zu den Geltungsgründen des Rechts soll daher nun näher eingegangen werden.

II. Der Dualismus von Recht und Moral

Auf geltungstheoretischer Ebene lautet die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral: Welches Normsystem hat im Kollisionsfall Vorrang?¹⁶ Drei Antworten sind hierauf möglich: Die Moral geht immer dem Recht vor (1.), das Recht immer der Moral (2.) oder grundsätzlich geht das Recht vor und ausnahmsweise die Moral (3.).¹⁷

1. Der naturrechtliche Standpunkt

Die grundlegende Idee des Naturrechts ist: Es gibt eine objektive, überzeitlich gültige, normative Ordnung, die nicht staatlich gesetzt ist, dem staatlich gesetzten Recht vorgeht und vom Menschen nicht beeinflussbar, aber für ihn erkennbar und verbindlich ist.¹⁸ Die Normen des Naturrechts

sind Normen der Moral.¹⁹ »Richtmaß«²⁰ für das positive Recht sind demnach Normen der Moral: Ist eine Norm des positiven Rechts hiermit unvereinbar, wird sie derogiert. Recht und Moral stehen also nicht in einem dualistischen, sondern in einem monistischen²¹ Verhältnis der Subordination.²²

2. Der positivistische Standpunkt

Für den Positivisten sind Moral und Recht dagegen nicht notwendig miteinander verknüpft.²³ Inhaltliche Richtigkeit bzw. Gerechtigkeit und damit Normen der Moral sind kein Kriterium für Recht.²⁴ Das Recht könne alles zum Inhalt haben, auch wenn dies jeglichen Gerechtigkeitsmaßstäben widersprechen mag.²⁵ Der Grund für die Ausklammerung materialer Inhalte des Rechts liegt darin, dass der Positivist davon ausgeht, die ihnen zugrunde liegenden Werte seien relativ,²⁶ subjektiv und nicht rational begründbar.²⁷

Aus Sicht positivistischer Theorien²⁸ ist *Recht* daher jedes vom Staat verfassungsgemäß erlassene materielle Gesetz unabhängig von seinen wertbezogenen Inhalten.²⁹ Während das Naturrecht seinen Geltungsgrund in der göttlichen Offenbarung oder der menschlichen Vernunft findet, ist für positivistische Theorien Macht³⁰ der Geltungsgrund des

und auch des Strafrechts bei fahrlässigem Handeln (subjektiver Fahrlässigkeitsmaßstab) – eine Entschuldigung darstellen kann, ist das bei rechtlichen Normen nicht immer der Fall, vgl. etwa § 833 S. 1 BGB (s. *Rüthers/Fischer/Birk* [Fn. 4], Rn. 99c).

12 Während der Naturrechtler annimmt, dass nicht nur die Moral, sondern auch das Recht auf Wertvorstellungen beruht, erkennt der Positivist dies für Rechtsnormen nicht an (*Rüthers/Fischer/Birk* [Fn. 4], Rn. 412, 471).

13 Nach Ansicht des Positivisten kann die Staatsgewalt Rechtsnormen von einem Tag auf den anderen ändern; Normen der Moral können weder durch den Gesetzgeber geändert werden, noch findet ein Wandel der Moralvorstellungen innerhalb kürzester Zeit statt (*Rüthers/Fischer/Birk* [Fn. 4], Rn. 99b.). Vom naturrechtlichen Standpunkt aus ist eine komplette Änderung des Rechts dagegen nicht möglich.

14 Auch die Frage, ob es sich bei den Normen von Recht und Moral um »Sollensnormen« (*Lindner* [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11] schreibt von »Sollensordnungen«) oder um »Seinsnormen« handelt, hängt davon ab, wie man ihre Geltung begründet (*Rüthers/Fischer/Birk* [Fn. 4], Rn. 96).

15 Übersicht zu weiteren Geltungstheorien: *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), 3. Kapitel.

16 *Dreier*, Recht und Moral, in: ders., *Recht, Moral, Ideologie. Studien zur Rechtstheorie* (1981), S. 180, 184.

17 Vgl. *Dreier* (Fn. 16), S. 184; die vierte (kombinatorisch mögliche) Variante, dass die Moral vorgeht und ausnahmsweise das Recht, wird nicht vertreten.

18 Vgl. *Bachof*, *Naturrecht und Gegenwart*, AöR 2014, 1 (3); *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 5. Auflage (2019), § 3 Rn. 1; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 411.

19 Das zeigt sich, wenn man bedenkt, dass über Inhalt und Geltungsgrund des Naturrechts keineswegs Einigkeit herrscht: das Naturrecht zeichnet sich vielmehr durch seine »Wandelbarkeit«, »inhaltliche Geschmeidigkeit« und »Anpassungsmöglichkeit an sich ändernde Auffassungen« aus (*Beyer*, *Rechtsphilosophische Besinnung* [1947], S. 71). Die Inhalte des Naturrechts hängen davon ab, welche Moralvorstellungen der jeweilige Autor zugrundelegt; als Inhalte genannt werden z. B. die – auf unterschiedlichste Weise bestimmbare – Gerechtigkeit (*Bachof* [Fn. 18], AöR 2014, 1 (3): »notwendige Einheit von Recht und Gerechtigkeit«; *Kallikles* in Platon, *Gorgias*, übersetzt von Erler [2014], 483a ff., nach dessen Ansicht es gerecht ist, wenn das Recht des Stärkeren gilt), die Gleichheit der Menschen (*Aristoteles*, *Die Nikomachische Ethik*, übersetzt von Gigon, hrsg. von Nickel, 2. Auflage [2014], 1134b) oder auch der Dekalog (vgl. *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, 4. Auflage [2014], S. 310 f.). Das staatliche Recht ist also an Normen der Moral zu messen.

20 *Mitteis*, *Über das Naturrecht* (1948), S. 7.

21 *Bachof* (Fn. 18), AöR 2014, 1 (3).

22 *Prümm*, *Rechtskonkretisierung durch Moral*, VR 2014, 361 (364); vgl. auch *Dreier* (Fn. 16), S. 184.

23 *Dreier* (Fn. 3), NJW 1986, 890.

24 *Lindner* (Fn. 3), Jura 2016, 8.

25 *Dreier* (Fn. 3), NJW 1986, 890; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 474; Das heißt nicht, dass es für den Positivisten kein gerechtes Recht geben kann. Die Ausklammerung der Moral rührt vielmehr daher, dass der Positivismus lediglich beantworten will, wie Recht tatsächlich ist, nicht wie es richtiger- bzw. gerechterweise sein sollte (*Dreier* [Fn. 3], NJW 1986, 890).

26 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 2. Auflage 1960 (Nachdruck Wien 2017), S. 128 ff.

27 *Böckenförde*, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts* (1990), S. 33, 41 ff.

28 Das gilt laut *Dreier* (Fn. 3), NJW 1986, 890 für rechtswissenschaftliche »setzungsorientierte« Ansätze; zu den eher soziologischen »wirksamkeitsorientierten« Ansätzen, siehe ebd.

29 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 471.

30 *Kelsen*, in: Kaufmann, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, VVDStRL, Heft 3 (1927), S. 54 f. (»Grundnorm« lediglich als andere Formulierung dafür, dass hinter jedem Recht die

Rechts. Wer einen positivistischen Standpunkt vertritt, bejaht einen strikten Dualismus von Recht und Moral.³¹

3. »Verbindungstheorien«³²

Schwierig ist nicht nur zu bestimmen, was der Inhalt des Naturrechts ist; darüber hinaus stellt sich die Frage, wer die Kompetenz besitzen soll, verbindlich festzulegen, was zum Naturrecht gehört.³³ Dagegen erfasst der Positivismus zwar grundsätzlich realistisch, was Recht ist,³⁴ sein zentrales Problem zeigte sich aber im Unrechtsregime des Nationalsozialismus.³⁵ Indem er die moralische Fundierung von Rechtsnormen ablehnt und den Inhalt der Normen in das Belieben der normsetzenden Instanz stellt, bietet er keine Abwehrmechanismen gegen verfahrensgemäß gesetztes staatliches Unrecht.³⁶ Aus den Erfahrungen des Nationalsozialismus hat *Radbruch* einen Einwand gegen den reinen Positivismus formuliert, der hier beispielhaft³⁷ für die »Verbindungstheorien« steht: Zwar sei der Konflikt zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit (bzw. Moral) auch dann im Sinne des positiven Rechts zu entscheiden, wenn das positive Recht ungerecht sei; dies gelte jedoch nicht, wenn »der Widerspruch des Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat.«³⁸ Die Moral bzw. Gerechtigkeit setzt sich nach den Verbindungstheorien also in Fällen extremer Ungerechtigkeit gegen die positiven Rechtsnormen durch: Der Dualismus wird teilweise durch-

brochen. Es findet eine »Integration« der Moral ins Recht statt.³⁹

III. Zwischenergebnis und Stellungnahme

Recht und Moral können in einem monistischen, in einem dualistischen und in einem integrativen Verhältnis stehen. Um Recht und Moral voneinander unterscheiden zu können, soll hier von einem integrativen Verhältnis ausgegangen werden. So kann man die Normsysteme voneinander unterscheiden, die Realität der Rechtsordnung in der Bundesrepublik (dazu sogleich) erfassen und zugleich die u. a. von *Radbruch* aus der NS-Diktatur gezogene Lehre der Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts einbeziehen.⁴⁰ Der Positivist würde gegen die hier vertretene Position einwenden, dass Werte aufgrund ihrer Irrationalität und Relativität nicht Grundlage des Rechts sein können.⁴¹ Diese Kritik trifft jedoch vernünftig in einem demokratischen Entscheidungsprozess transparente begründete Werte – wie die im Grundgesetz verankerten – nicht.⁴²

IV. Recht und Moral in der Rechtsordnung der BRD

Um einen besseren Überblick zu gewinnen, soll bereits an dieser Stelle ein Blick auf das Verhältnis von Recht und Moral in der heutigen deutschen Rechtsordnung geworfen werden.

1. Jede Rechtsordnung beruht auf gewissen »Grundwerten«, also bestimmten moralischen Normen, die von der Rechtsgemeinschaft anerkannt werden.⁴³ In der Bundesrepublik sind diese »Grundwerte« in den Grundrechten des GG verankert.⁴⁴ Rechtlich geschützt ist allerdings nur ein kleiner Bereich zentraler Wertvorstellungen, ein »ethisches Minimum«.⁴⁵

2. Dass über Moral diskutiert werden kann und dass der Einzelne sein Leben an Normen der Moral frei ausrichten kann, gewährleistet das Recht, etwa durch Art. 4 I, 5 I, III GG.⁴⁶

3. Der Gesetzgeber kann Moralnormen zu Rechtsnormen erheben, wie etwa im Fall des § 323 c.⁴⁷

Macht als Geltungsgrund stecke); *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 488.

31 *Prümm* (Fn. 22), VR 2014, 361 (364); vgl. *Dreier* (Fn. 16), S. 184. Rechtlich relevant könnten moralische Normen lediglich dort werden, wo das Gesetz dem Richter Spielräume lässt und ihn so ermächtigt, außerrechtliche Normen einzubeziehen, *Pauer-Studer*, Jenseits vom Chaos und von Interessenkonflikten, in: *Konitzer* (Hrsg.), *Moralisierung des Rechts* (2014), S. 20. *Dreier* (Fn. 3), NJW 1986, 890 (892).

32 *Mahlmann* (Fn. 18), § 24.

33 So auch *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 264, 443.

34 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 492.

35 Allerdings ist zu betonen, dass der Nationalsozialismus nicht allein aufgrund des Positivismus sein Schreckenregime ausbreiten konnte, vgl. auch *Mahlmann* (Fn. 18), § 14 Rn. 19 und *Kaufmann*, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, 81 mit Fn. 1.

36 Als exemplarisch für diese Kritik kann man die Aussage *Radbruchs*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1 (1946), 105 (107): »Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung »Gesetz ist Gesetz« den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen oder verbrecherischen Inhalts« sehen, so etwa *Mahlmann* [Fn. 18], § 14 Rn. 18, die z. T. kritisch rezipiert wird (vgl. *Rüthers*, Verfälschte Geschichtsbilder deutscher Juristen, NJW 2016, 1068 [1072]: »irriges These«). Festzuhalten ist aber, dass Radbruch sich keineswegs bedingungslos für Naturrecht und gegen Positivismus aussprach, sondern sorgsam differenzierte (näher *Grote*, Auf der Suche nach einem »dritten Weg«, 2. Auflage [2008], S. 217 ff.) und daher seine soeben zitierte Aussage nicht als Verteufelung des Positivismus missverstanden werden darf.

37 Zu weiteren Ansätzen den Positivismus zu modifizieren, etwa von *Dworkin*, vgl. *Dreier* (Fn. 3), NJW 1986, 890 (891 ff.).

38 *Radbruch* (Fn. 36), SJZ 1 (1946), 105 (107). Einführung bei *Kuch*, Was ist eigentlich...die Radbruchsche Formel?, JuS 2020, 720.

39 *Prümm* (Fn. 22), VR 2014, 361 (364); dazu *Dreier* (Fn. 16), S. 184.

40 Vgl. *Ambos* (Fn. 2), S. 82 ff.

41 Vgl. *Böckenförde* (Fn. 27), S. 42 f.

42 Vgl. *Ambos* (Fn. 2), S. 82 ff.; *Starck*, Zur Notwendigkeit einer Moralbegründung des Rechts, in: *Dreier* (Hrsg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts* (1990) S. 47, 49 ff.

43 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 405; *Duttge*, Der BGH auf rechtsphilosophischen Abwegen – Einwilligung in Körperverletzung und »gute Sitten«, NJW 2005, 260 (261).

44 BVerfG GRUR 1958, 254 (255): »das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will [...] [hat] in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet [...]«

45 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 408.

46 *Lindner* (Fn. 3), Jura 2016, 8 (12).

47 *Lindner* (Fn. 3), Jura 2016, 8 (11).

4. § 175 a. F., der homosexuelle Handlungen von Männern unter Strafe stellte, ist nur ein⁴⁸ Beispiel dafür, dass das Strafrecht das Recht für die Moral öffnet: Mit Strafe wurden hier Handlungen bedroht, die nicht etwa eine Bedrohung für Rechtsgüter darstellen, sondern die schlicht moralwidrig sind.⁴⁹

5. Extrem ungerechtes Recht lässt immer wieder die Normen der Moral auf den Plan treten: Unter Bezugnahme auf u. a. *Radbruch* wurden in den Prozessen gegen die NS-Verbrecher⁵⁰ und in den Mauerschützenprozessen⁵¹ überpositive Normen herangezogen, um eine Verurteilung der Täter herbeizuführen.⁵²

6. Geöffnet wird das Recht für die Moral auch dort, wo es erstens dem Rechtsanwender Ermessens- und Beurteilungsspielräume gibt oder ihm Abwägungen abverlangt, und zweitens dort, wo es auf den Bereich der Moral verweist.⁵³ Dies geschieht durch unbestimmte Rechtsbegriffe, wie »die guten Sitten«, etwa in § 228.

Für das Strafrecht gilt jedoch der Grundsatz »nulla poena sine lege« (Art. 103 II GG, § 1). Ohne Gesetz – also allein auf der Grundlage moralischer Normen – darf nach der Ordnung des Grundgesetzes niemand bestraft werden.⁵⁴ Das Gesetzlichkeitsprinzip verlangt somit für das Strafrecht grundsätzlich eine Trennung von Recht und Moral. Art. 97 I GG unterwirft den Richter darüber hinaus nur dem Gesetz und nicht Normen der Moral.

V. Terminologie

Im Haupttext⁵⁵ soll hier nur kurz auf folgenden Punkt eingegangen werden: Für die Aufhebung der Trennung von

Recht und Moral zur NS-Zeit wird in der Forschung der Begriff »Ethisierung« gebraucht.⁵⁶ Problematisch erscheint dies wegen seiner grundsätzlich positiven Konnotation.⁵⁷ Sprechen könnte man auch von »Moralisierung«⁵⁸, was jedoch nicht unbedingt weniger positiv besetzt scheint, sowie von »Ideologisierung« bzw. »Politisierung«⁵⁹ – wobei hiermit nicht exakt dasselbe Phänomen bezeichnet würde. Mangels geeigneter Alternativen soll auch hier »Moralisierung« bzw. »Ethisierung« verwendet werden.

C. Recht und Moral im NS-Strafrecht

Im Folgenden soll die Einheit von Recht und Moral im NS-Staat beleuchtet werden. Nach einer Charakterisierung des NS-Strafrechts (I.) geht es im Allgemeinen um das Verhältnis von Recht und Moral im NS-Staat (II.) sowie im Speziellen anhand der §§ 240 II, 211 (III.).

I. Das NS-Strafrecht

Der Vorspruch zum »Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs« charakterisierte das NS-Strafrecht wie folgt:

»Das gesunde Empfinden des Volkes für Recht und Unrecht bestimmt Inhalt und Anwendung des Strafrechts. Sühne für Unrecht, Schutz des Volkes, Festigung des Willens zur Gemeinschaft sind Sinn und Zweck des Strafrechts. Ehre und Treue, Rasse und Erbgut, Wehrhaftigkeit und Arbeitskraft, Zucht und Ordnung zu wahren, ist seine Aufgabe. Das Bekenntnis ›Gemeinnutz geht vor Eigennutz‹ gibt ihm die Prägung.«⁶⁰

Laut *Freisler* war das NS-Strafrecht auszurichten an »Rasse, Ehre, Arbeit, Boden und Staat«.⁶¹ Geprägt war das Straf-

⁴⁸ Kühn, Strafrecht in Anlehnung an Ethik/Moral, in: Festschrift für Harro Otto (2007) S. 63, 67 nennt §§ 166, 167, 167 a, 172, 173, 183, 183 a StGB als mögliche Fälle der Kriminalisierung von Moralwidrigkeiten.

⁴⁹ Kühn (Fn. 8), JA 2009, 833 (838).

⁵⁰ BVerfG NJW 1957, 579 (583); BVerfG VerwRspr 1969, 261 (264).

⁵¹ Siehe etwa BGH NJW 1993, 141 (144); BGH NJW 1993, 1932 (1935); rückblickendes Resümee bei Duttge, Der deutsche Rechtsstaat und sein unrechtsstaatliches Erbe, in Duttge/Kim (Hrsg.), Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes (2015), S. 37, 40 ff.

⁵² Prümmer (Fn. 22), VR 2014, 361 (365) nennt dies »supralegeale Moral«.

⁵³ Prümmer (Fn. 22), VR 2014, 361 (365); Lindner (Fn. 3), Jura 2016, 8 (12).

⁵⁴ Vgl. Schönke/Schröder/Hecker, Strafgesetzbuch, 30. Auflage (2019), § 1 Rn. 9, wonach Bestrafung wegen »allgemeiner sittlicher Missbilligung« ausgeschlossen ist.

⁵⁵ Auch wenn sich die Begriffe *Gerechtigkeit* und *Moral* – vereinfachend – gleichsetzen lassen (Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11]) soll der Begriff *Moral* weit verstanden werden, sodass er die Normen der Gerechtigkeit umfasst. Der Begriff *Recht* kann im Zusammenhang »Gesetz und Recht« (Art. 20 III GG) ebenfalls im Sinne von »Gerechtigkeit« und somit im Sinne moralischer Normen verstanden werden (Prümmer [Fn. 22], VR 2014, 361 [364]); diese Bedeutung soll ihm hier nicht zukommen. Während mit *Moral* regelmäßig das Normensystem der Wertvorstellungen selbst gemeint ist, lässt sich unter »Ethik« die wissenschaftliche Beschäftigung mit der Moral verstehen (Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11]; Rütters/Fischer/Birk [Fn. 4], Rn. 401.) Weil *Ethik* und *Moral* jedoch oftmals synonym verwendet werden (Rütters/Fischer/Birk [Fn. 4], Rn. 401.) soll dies der Einfachheit halber auch in dieser Arbeit geschehen. Gleichgesetzt werden häufig ebenfalls *Moral*, *Sitte(n)*,

Sittlichkeit, *Sittengesetz* (Prümmer [Fn. 22], VR 2014, 361 [363]; anders Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11, mit Fn. 15], der die Normen der Sitte nicht mit Gerechtigkeitsvorstellungen verbunden sieht, sondern im Sinne der öffentlichen Ordnung interpretiert.). Zu trennen sind hiervon wiederum *Konventionen*, d. h. Normen, die – anders als die Normen der Moral – nicht von grundlegender Bedeutung für das menschliche Zusammenleben und daher als weniger bedeutend eingestuft werden, z. B. Tischmanieren (vgl. Rütters/Fischer/Birk [Fn. 4], Rn. 99; Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11] m. Fn. 15).

⁵⁶ Vgl. Ambos (Fn. 2), S. 38 ff.; Vogel (Fn. 2), S. 16, 71 ff.

⁵⁷ Paulus/Schneider, Über die Ethisierung des Rechts, Jura 2013, 1197: Ethisierung des Rechts sei heutzutage »gepriesener Fortschritt«.

⁵⁸ Von »Moralisierung« schreibt etwa Ambos (Fn. 2), S. 103. Pauer-Studer (Fn. 31), S. 12: »ideologische Moralisation«.

⁵⁹ Von einer »Ideologisierung und Politisierung des Rechts« spricht etwa Rütters, Entartetes Recht (1994), S. 45; Pauer-Studer/Velleman, »Weil ich nun mal ein Gerechtigkeitsfanatiker bin« (2017), verwenden auch »Politisierung« (S. 28, 33), jedoch bezeichnen sie damit ein anderes Phänomen als mit »Ethisierung« (S. 27).

⁶⁰ Gürtner/Freisler, Das neue deutsche Strafrecht (1936), S. 32.

⁶¹ Freisler, Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken (1938), S. 57.

rechtsverständnis also durch die rassistische,⁶² völkische,⁶³ totalitäre,⁶⁴ NS-Ideologie.⁶⁵

II. Das monistische Verhältnis von Recht und Moral

Eine Trennung von Recht und Moral sollte es im NS-Staat nicht geben.⁶⁶ Die NS-Ideologie gab die Inhalte von Recht, Moral und Politik einheitlich vor. Die Bereiche waren deckungsgleich.⁶⁷ Zu den Gesetzen traten überpositive Normen der Moral, die sogenannte »Sozialethik des deutschen Volkes«⁶⁸ oder »völkische Sittenordnung«⁶⁹ deren Inhalt von der NS-Ideologie und somit vom Führerwillen bestimmt wurde,⁷⁰ eine nationalsozialistische »Rechtsidee«, die den bestehenden positiven Normen eine »neue Zielsetzung« gab,⁷¹ und anhand derer die

der NS-Ideologie zuwiderlaufenden Normen korrigiert wurden.⁷² Die NS-Ideologie sollte das Recht – wie jeden anderen Lebensbereich –⁷³ prägen.⁷⁴ Das Recht sollte die nationalsozialistischen Moralvorstellungen widerspiegeln,⁷⁵ es wurde »ethisiert«⁷⁶ bzw. »moralisiert«⁷⁷ bzw. »ideologisiert«^{78, 79}.

Dies geschah u. a.⁸⁰ durch die 1935⁸¹ erfolgte Abschwächung des Analogieverbotes in § 2 a. F.,⁸² wie auch die vermehrte Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln (»Materialisierung«),⁸³ die die strafrechtlichen Normen unschärfer machten;⁸⁴ Rechtsanwender mussten auf außerrechtliche Maßstäbe, namentlich auf

62 Vgl. *Hitler*, Mein Kampf, Eine kritische Edition, Band II (2016), S. 1007: »Der Staat ist ein Mittel zum Zweck. Sein Zweck liegt in der Erhaltung und Förderung einer Gemeinschaft physisch und seelisch gleichartiger Lebewesen. Diese Erhaltung selber umfaßt erstlich den rassemäßigen Bestand und gestattet dadurch die freie Entwicklung aller in dieser Rasse schlummern den Kräfte«; vgl. zudem ebd. S. 1009.

63 *Hitler*, Mein Kampf, S. 1009: »höchste Zweck des völkischen Staates«; *Frank*, Leitsätze für ein nationalsozialistisches Strafrecht (1935), S. 12 (Leitsatz 1): »Das neue deutsche Strafrecht muß Volksrecht, um des Volkes willen geschaffen und aus seiner Seele geschöpft sein«; vgl. auch ebd. Leitsätze 3 (»völkische Treuepflicht«) und 7 (Strafgesetz ist »um des Volkes willen da«); zum kollektivistischen Aspekt *Frank* (Fn. 63), S. 11: »Verdirbt das Blut, dann stirbt das Volk; erlischt die Treue, dann verfällt die Gemeinschaft«; vgl. auch *Pauer-Studer* (Fn. 31), S. 15: »dominante Stellung des Gemeinschaftsgedankens« und S. 22 ff.

64 Vgl. etwa *Schaffstein*, Nationalsozialistisches Strafrecht, ZStW 53 (1934), 603 (621); »totalen Staat«; *Forsthoff*, Der totale Staat (1933).

65 Vgl. auch *Ambos* (Fn. 2), S. 20, der schreibt, als »politische[...] Aufgabe der (Straf-)Rechtswissenschaft« sei die »Verwirklichung des völkisch, rassistisch und totalen NS-Staates auch mit strafrechtlichen Mitteln« verstanden worden.

66 Vgl. *Nagler*, Reichsstrafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung. Leipziger Kommentar. Begr. von Ludwig Ebermayer. Band 1. 6. Auflage (1944) S. 4, unter Berufung auf eine Rede Hitlers vom Rechtswahrertrag 1933; *Hamel*, Wesen und Rechtsgrundlage der Polizei, in: *Frank* (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht (1937), S. 381, 384. »ein Unterschied zwischen moralischer Pflicht und Rechtspflicht zum Handeln [könne] [...] nicht mehr gemacht werden«; für weitere Nachweise, vgl. *Ambos* (Fn. 2), S. 98 f. mit Fn. 476.

67 *Pauer-Studer* (Fn. 31), S. 19; *Rüthers* (Fn. 59), S. 26: »Sieg der Weltanschauung über das Gesetz«.

68 *Nagler* (Fn. 66), S. 4.

69 *Freisler*, Aufbau und Aufgabe des Besonderen Teils, Gestaltung seiner Tatbestände. Einbau des Schutzes der Bewegung in das Gesetz in: *Gürtner* (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil, 2. Auflage (1936), S. 13, 57: »[W]ir glauben, daß im Strafrecht eine materielle Rechts- und Unrechtsauffassung durchweg maßgebend sein muß, weil wir das Recht nicht dem Gesetze gleichstellen, sondern es aus der völkischen Sittenordnung entwickeln. Das Strafrecht soll man daher auch nach unserer Ansicht nicht allein aus dem Gesetz entnehmen und erkennen; wir wollen vielmehr eine außergesetzliche Rechtskenntnisquelle ebenfalls anerkennen«.

70 *Ambos* (Fn. 2), S. 40: Der Inhalt des »Volkswillens« werde von der NS-Führung bestimmt und sei »damit letztlich den Launen des Führers ausgeliefert«; *Pauer-Studer/Vellemann* (Fn. 59), S. 28.

71 *Stoll*, Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht, DJZ 1933, Sp. 1229 (1231), wo es vollständig heißt: »Die Vorschriften des BGB bestehen noch, aber sie erhalten durch die »zentrale Rechtsidee« der siegreichen Be-

wegung eine neue Zielsetzung«.

72 *Rüthers* (Fn. 59), S. 24 ff.

73 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 546.

74 Vgl. *Nagler* (Fn. 66), S. 1: »So ist heute das gesamte deutsche Rechtsleben an der nationalsozialistischen Gedankenwelt ausgerichtet, die ihm die stete, einheitlich geschlossene Grundlage gewährt«; vgl. auch *Vogel* (Fn. 2), S. 73.

75 *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: *Dahm/Huber/Larenz/Michaelis/Schaffstein/Siebert*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935), S. 108, 110: »Einheit von Strafrecht und völkischer Sittenordnung«.

76 Vgl. zum Begriff der »Ethisierung« bereits *Nagler* (Fn. 66), Einl., S. 9; aus heutiger Sicht *Ambos* (Fn. 2), S. 38 ff.; *Vogel* (Fn. 2), S. 16; 71 ff.

77 Von »Moralisierung« schreibt etwa *Ambos* (Fn. 2), S. 103; *Pauer-Studer* (Fn. 31), S. 12: »ideologische Moralisation«.

78 *Vogel* (Fn. 2), S. 73.

79 Trotz dieser eindeutigen naturrechtlichen Prägung der auf »Blut und Boden« beruhenden NS-Rechtsordnung, wurde der Positivismus als wesentliche Ursache für den NS-Unrechtsstaat ausgemacht (*Radbruch* [Rn. 36], SJZ 1 [1946], 105 [107]) und es kam in der BRD nach 1945 zu einer »Renaissance des Naturrechts« (*Rüthers/Fischer/Birk* [Fn. 4], Rn. 432). Zwar forderten die Nationalsozialisten die strikte Befolgung der von ihnen erlassenen Gesetze ein (vgl. *Kaufmann* [Fn. 35], NJW 1995, 81 mit Fn. 1: die Nationalsozialisten hätten sich jeweils der ihnen nützlichen Argumentation bedient.); dennoch war das NS-Rechtssystem nicht an positivistischen Prinzipien ausgerichtet (*Mahlmann* [Fn. 18], § 14 Rn. 19). Dass der Positivismus nach 1945 verdammt wurde, naturrechtliche Argumentationen dagegen Hochkonjunktur hatten, mag auch an der personellen Kontinuität der Juristen gelegen haben (zur personellen Kontinuität vgl. *Müller*, Furchtbare Juristen, 3. Auflage (2018); Überblick über Rechtswissenschaftler: *Vogel* (Fn. 2), S. 30 ff. m. Fn. 93).

80 Außerdem durch erstens die Kriminalisierung von Verhaltensweisen, die keine Rechtsgüter verletzten, aber der NS-Moral zuwiderliefen (*Vogel* [Fn. 2], S. 16), zweitens die Übernahme von Begriffen aus dem Bereich der Moral ins Recht (*Ambos* [Fn. 2], S. 103; *Pauer-Studer* [Fn. 31], S. 21), drittens durch die Auslegung des Rechts im Sinne der NS-Ideologie (Vgl. *Dahm/Eckhardt/Höhn/Ritterbusch/Siebert*, Leitsätze über Aufgaben und Stellung des Richters, DRW, Bd. I [1936], S. 123: »Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters«, Leitsatz 2: »Grundlage der Auslegung aller Rechtsquellen ist die nationalsozialistische Weltanschauung, wie sie insbesondere im Parteiprogramm und in den Äußerungen des Führers ihren Ausdruck findet«).

81 RGBl. I, S. 839.

82 Hierzu *Hoyer*, Strafrechtswissenschaft und Nationalsozialismus, in: *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert* (2008), S. 351, 355.

83 Hierzu *Vogel* (Fn. 2), S. 15 f.

84 *Hoyer* (Fn. 82), S. 355.

durch die NS-Ideologie geprägte Moralnormen zurückgreifen.⁸⁵ Dies wird nun näher beleuchtet.

III. Die Ethisierung am Beispiel der §§ 211, 240 II

Aus den vielen Beispielen⁸⁶ für eine »Ethisierung« des Strafrechts durch die Nationalsozialisten, werden im Folgenden §§ 211, 240 II exemplarisch untersucht.

1. § 240 II

Relevant für diese Untersuchung ist in erster Linie der zweite Absatz⁸⁷ des Nötigungstatbestandes, der durch Art. 10 der »Strafrechtsangleichungsverordnung« vom 29. Mai 1943⁸⁸ eingefügt wurde und wie folgt lautete:

(2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Zufügung des angedrohten Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht.

In der Neufassung richtete sich die Rechtswidrigkeit nach dem »gesunden Volksempfinden«. Allerdings sollte das »gesunde Volksempfinden« sich nicht wesentlich von den »guten Sitten«, nach denen sich die Rechtswidrigkeit noch im Entwurf von 1935/36 bestimmte,⁸⁹ unterscheiden.⁹⁰ Verstanden wurde unter »gesundem Volksempfinden«: »Das natürliche Rechtsempfinden aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen.«⁹¹ Die billig und gerecht denkenden Volksgenossen wurden interpretiert als die »nichtentarteten führenden Schichten des Volkes«.⁹² Dabei war »völlig ungeklärt«, was der genaue Inhalt des »gesunden Volksempfindens« sein sollte.⁹³ Die Bezugnahme auf das »natürliche Rechtsempfinden« zeigt, dass nicht gesetzlich festgelegte Maßstäbe entscheidend waren, sondern die Ansichten der NS-Führung davon, was richtig und falsch sei,⁹⁴ gemeint waren also die von der NS-Ideologie

vorgegebenen Moralvorstellungen.⁹⁵ Auf diese Weise ermöglichten es unbestimmte Rechtsbegriffe wie »gesundes Volksempfinden«, Ergebnisse im Sinne der NS-Führung⁹⁶ zu erzielen.⁹⁷ Das Recht trat im Kollisionsfall hinter die ideologiegeprägte NS-Moral zurück:⁹⁸ Die Rechtswidrigkeit konnte der Richter unter Verweis auf das »gesunde Volksempfinden« willkürlich im Sinne der Ideologie bejahen oder verneinen.⁹⁹ Bei *Mezger* kommt dies beispielhaft zum Ausdruck: »Materiell rechtswidriges Handeln ist Handeln gegen die deutsche nationalsozialistische Weltanschauung.«¹⁰⁰ § 240 II war ein der NS-Führung willkommenes und systemkonformes »Machtinstrument«.¹⁰¹

2. § 211

Durch das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. September 1941¹⁰² wurde die seit 1872¹⁰³ gültige Fassung:

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft,

umgeändert in den – abgesehen von der Androhung der Todesstrafe und Abs. 3 – auch heute noch gültigen § 211:

- (1) Der Mörder wird mit dem Tode bestraft.
- (2) Mörder ist, wer
 - aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,
 - heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder
 - um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,
 einen Menschen tötet.
- (3) Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.

⁸⁵ *Vogel* (Fn. 2), S. 15 f.

⁸⁶ Für weitere Beispiele der »Ethisierung« vgl. *Vogel* (Fn. 2), S. 77 f.

⁸⁷ In Abs. 1 wurde die »Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen« ersetzt durch die weiter gefasste »Drohung mit einem empfindlichen Übel«. Eingefügt wurde in Abs. 1 auch die Bestrafung wegen eines besonders schweren Falles. Für das Grunddelikt waren wie bisher Geldstrafe oder Gefängnis vorgesehen, allerdings ohne Höchstmaß. Die zuvor in Abs. 2 normierte Versuchsstrafbarkeit fand sich ab 1943 in Abs. 3.

⁸⁸ RGBl. I S. 341.

⁸⁹ Vgl. *Rietzsch*, Angriffe auf die persönliche Freiheit, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil, 2. Auflage (1936), S. 420, 422, 428.

⁹⁰ *Klee*, Nötigung und Erpressung, DStR 1943, 125 (130 f.).

⁹¹ *Schönke*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Auflage (1944), § 2, Anm. III.

⁹² *Wachinger*, Rechtsschöpferische Rechtsprechung des Reichsgerichts auf materiell-strafrechtlichem Gebiet, in: Erwin Bumke zum 65. Geburtstag, Berlin 1939, S. 53, 76; *Schönke* (Fn. 91), § 2, Anm. III.

⁹³ *Nagler* (Fn. 66), Einleitung, S. 5.

⁹⁴ *Pauer-Studer* (Fn. 31), S. 19: »Das, was gut und richtig ist, wird von der politischen Führung mit dem Wissen um die richtige Volksordnung vorgegeben«; *Ambos* (Fn. 2), S. 40: Der Inhalt des »Volkswillens« werde von der NS-Führung bestimmt und sei »damit letztlich den Launen des Führers

ausgeliefert«.

⁹⁵ Vgl. *Frank* (Fn. 63), S. 12 (Leitsatz 3): »Für deutsches Denken besteht Einklang zwischen sittlicher Wertung, Pflichtgefühl und Rechtsempfinden«; *Vogel* (Fn. 2), S. 73 schreibt, dass die Unterordnung des Strafrechts unter NS-Weltanschauung und Gemeinschaftsethik durch den Gesetzesbegriff des »gesunden Volksempfindens« zum Ausdruck kam.

⁹⁶ *Vogel* (Fn. 2), S. 15 f., 66.

⁹⁷ *Ambos* (Fn. 2), S. 40, schreibt, dass der Inhalt des »Volkswillens« von der NS-Führung bestimmt wurde und »damit letztlich den Launen des Führers ausgeliefert ist«.

⁹⁸ *Rüthers* (Fn. 59), S. 26: »Die Verbindlichkeit des Gesetzes wurde durch den Vorrang der Weltanschauung relativiert«.

⁹⁹ *Wolf*, Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken, JuS 1996, 189 (192): »Der Jude – wird bestraft, der Pole – wird bestraft, der Nationalsozialist – bleibt straffrei«.

¹⁰⁰ *Mezger*, Die Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, ZStW 55 (1936), 1 (9).

¹⁰¹ *Wolf* (Fn. 99), JuS 1996, 189 (192).

¹⁰² RGBl. I S. 549.

¹⁰³ Ausgefertigt wurde das RStGB am 15.5.1871, in Kraft trat es am 1.1.1872.

Ideologiekonforme Ergebnisse durch Einbeziehung der NS-Moral in den § 211 ermöglichte die Neufassung folgendermaßen: Die vor der Änderung von 1941 gültige Fassung grenzte Mord und Totschlag anhand des Kriteriums der Überlegung ab. Diese »überintellektualistische«¹⁰⁴ Fassung werde durch die Neufassung abgelehnt, die Mord und Totschlag – so *Freisler* – »richtig, d. h. also in treffender sittlicher Wertung voneinander [...] unterscheidet.«¹⁰⁵ Durch die neue Fassung sei der »schwere Fehler des RStGB« behoben, »die Wertung einer Tat als Mord, die Verurteilung eines Täters als Mörder, von dem Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Tatbestandsmerkmals abhängig« zu machen, »das im allgemeinen wie im Einzelfall als Element der sittlichen Wertung des Täters nicht geeignet zu sein braucht.«¹⁰⁶ Die »sittlich zu bewertende Täterpersönlichkeit«¹⁰⁷ (»Täterstrafrecht«)¹⁰⁸ und die Verwerflichkeit der Gesinnung sollten entscheidend für die Abgrenzung von Mord und Totschlag sein.¹⁰⁹

Die mit der Neuregelung verfolgte Abgrenzung des § 211 vom § 212 anhand einer »ethischen Bewertung des Täters«¹¹⁰ prägte das Verständnis des Verhältnisses der Absätze 1 und 2 des § 211: Abs. 1 wurde als eigenständiger Absatz begriffen, nach dem allein bereits eine »Bestrafung des Mörders«¹¹¹ möglich sei; Abs. 2 galt dagegen nur als nicht abschließende Veranschaulichung.¹¹² Die Bestrafung nach § 211 sei nicht zwingend, selbst wenn Merkmale des Abs. 2 vorlägen: Der Richter habe festzustellen, ob der Täter dem »vielgestaltige[n], aber doch sehr markante[n] Tätertyp«¹¹³ des Mörders entspreche,¹¹⁴ ob die charakteristische »moralisch[e] Minderwertigkeit der Täterpersönlichkeit«¹¹⁵ vorliege. Entscheidend sei, wie »Tat und Täter vom Standpunkte des gesunden Volksempfindens aus sittlich zu bewerten sind.«¹¹⁶ Die Verurteilung nach § 211 – und damit die Verhängung der Todesstrafe – war somit nicht abhängig vom Vorliegen bestimmter Mordmerkmale, sondern von

einer moralischen¹¹⁷ Bewertung des Täters und damit von den NS-Moralvorstellungen. Abs. 1 wurde bewusst als »Korrektiv«¹¹⁸ konzipiert, um stets die Möglichkeit zu haben, eine nach nationalsozialistischen Maßstäben gerechte Lösung zu erreichen; entscheidend war dadurch nicht die rechtliche Normierung der Mordmerkmale in Abs. 2, weil Abs. 1 das Tor für moralische Wertungen öffnete, die im Kollisionsfall die rechtlich normierten Merkmale des Abs. 2 ausstechen konnten – Moral und Recht stehen in einem Subordinationsverhältnis.

Nicht bloß Abs. 1, sondern auch die sonstigen »niedrigen Beweggründe« des Abs. 2 öffneten den § 211 für Normen der Moral: »Niedrig sind die Beweggründe des Täters, wenn sein Handeln von Vorstellungen bestimmt war, die nach gesundem Volksempfinden sittlich verachtenswert sind.«¹¹⁹ Neben den im Gesetz normierten niedrigen Beweggründen »Mordlust«, »zur Befriedigung des Geschlechtstriebes« und »Habgier«, konnten nun über die »Motivgeneralklausel«¹²⁰ der sonstigen »niedrigen Beweggründe« auch gesetzlich nicht festgelegte Motive einbezogen werden; welche genau bestimmte sich anhand ihrer am Maßstab des »gesunden Volksempfindens« zu messenden sittlichen Verächtlichkeit, mithin nach der NS-Moral. Wer zwar keines der ersten drei Merkmale der ersten Gruppe verwirklicht hatte, aber gleichwohl im Sinne der NS-Moral besonders verwerflich gehandelt hatte – bzw. einen besonders verwerflichen Charakter hatte (»Täterstrafrecht«), dessen Strafbarkeit konnte immer noch anhand eines Verstoßes gegen überpositive Normen begründet werden.¹²¹

IV. Zwischenergebnis

Dem NS-Gesetzgeber ging es nicht um formelle Rechtsicherheit, sondern um »Gewissheit der Durchsetzung des Rechts im Sinne des Rechtsgedankens der Volksgemeinschaft.«¹²² Die §§ 211, 240 II zeigen dies anschaulich: Für die Strafbarkeit waren nicht gesetzlich strikt festgeschriebene Kriterien maßgeblich, sondern durch die NS-Ideologie determinierte Normen der Moral. Über diese vom NS-Gesetzgeber beabsichtigte Unschärfe¹²³ konnte der Richter die Entscheidung beliebig an die Vorstellungen der NS-Führung anpassen; die §§ 211, 240 II waren Rechtsunsicherheit¹²⁴ und Willkür Vorschub leistende »Machtinstrumente«.¹²⁵ Die

¹⁰⁴ *Freisler*, Gedanken über das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs, DJ 1941, 929 (935).

¹⁰⁵ *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (934); vgl. auch *Grau/Krug/Rietzsch*, Deutsches Strafrecht, Band 1, 2. Auflage (1943), S. 295 (»durch ein sittliches Werturteil«); *Schönke* (Fn. 91), Vor § 211 ff., Anm. I (S. 444).

¹⁰⁶ *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (933).

¹⁰⁷ *Freiesleben/Hörchner/Kirchner/Niethammer*, J. v. Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Auflage (1942), § 211, Anm. 15; vgl. auch *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (935 f.).

¹⁰⁸ *Freiesleben/Hörchner/Kirchner/Niethammer* (Fn. 106), § 211, Anm. 15; vgl. hierzu auch *Ambos* (Fn. 2), S. 109 ff.

¹⁰⁹ *Schönke* (Fn. 91), Vor § 211 ff., Anm. I (S. 444); *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (936).

¹¹⁰ *Grau/Krug/Rietzsch* (Fn. 104), S. 295.

¹¹¹ *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (934).

¹¹² *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (934); *Schönke* (Fn. 91), § 211, Anm. IV; *Pfundtner/Neubert/Rietzsch*, Das Deutsche Reichsrecht (1941/1942/1943) S. 174; *Graf Gleispach*, Tötung, in *Gürtner* (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil, 2. Auflage (1936), S. 371, 373; a. A. *Freiesleben/Hörchner/Kirchner/Niethammer* (Fn. 106), § 211, Anm. 16.

¹¹³ *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (935).

¹¹⁴ *Schönke* (Fn. 91), § 211, Anm. IV; *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (935).

¹¹⁵ *Grau/Krug/Rietzsch* (Fn. 104), S. 295.

¹¹⁶ RGSt 77, 41 (44).

¹¹⁷ *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich (1989), S. 345: »Damals ›sittlich‹ heute ›moralisierend‹ genannte Betrachtung.«

¹¹⁸ *Werle* (Fn. 117), S. 341.

¹¹⁹ *Schönke* (Fn. 91), § 211, Anm. IV; *Freiesleben/Hörchner/Kirchner/Niethammer* (Fn. 106), § 211, Anm. 17 (»verabscheuenswert« statt »sittlich verachtenswert«).

¹²⁰ *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 89.

¹²¹ Vgl. oben Fn. 106, 107, 108.

¹²² *Henkel*, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat (1934), S. 66.

¹²³ *Hoyer* (Fn. 82), S. 355.

¹²⁴ *Henkel* (Fn. 122), S. 67 f.: »wir befreien uns ferner von der Vorstellung eines Anspruches auf Berechenbarkeit der Straffolgen eines strafwürdigen Verhaltens.«

¹²⁵ *Wolf* (Fn. 99), JuS 1996, 189 (192 f.).

»Ethisierung« erlaubte die politische Instrumentalisierung des Rechts.¹²⁶

D. Recht und Moral im heutigen Strafrecht

Welche Verbindungen zwischen Recht und Moral im heutigen (Straf-)Recht bestehen, wurde bereits unter B. IV. behandelt. In diesem Abschnitt werden schlaglichtartig die beiden bereits untersuchten Tatbestände betrachtet. Anschließend soll gefragt werden, ob und inwiefern das Ergebnis dieser Betrachtung mit dem Strafrechtsverständnis des Grundgesetzes konfligiert.

I. Das Verhältnis von Recht und Moral in den §§ 240 II und 211

1. § 240 II

Erst 1953 wurde der Begriff des »gesunden Volksempfinden[s]« in § 240 II durch den Begriff »Verwerflichkeit« ersetzt.¹²⁷ Der BGH sieht hierin jedoch vornehmlich eine sprachliche Änderung: Der Richter habe nach wie vor auf »das Rechtsempfinden des Volkes zu achten.«¹²⁸ Als »verwerflich« bezeichnet die Rechtsprechung eine Handlung, die in Anbetracht der Mittel-Zweck-Relation »nach allgemeinem Urteil sittlich zu mißbilligen« ist, sodass sie »ein als Vergehen strafwürdiges Unrecht« darstellt.¹²⁹ Erneut wird also – wenn auch nicht »allein oder in erster Linie«¹³⁰ auf moralische Maßstäbe Bezug genommen. Dabei habe der Richter anstelle des Gesetzgebers zu entscheiden.¹³¹ Inzwischen sieht der BGH¹³² – in Übereinstimmung mit der Literatur¹³³ – eine Handlung als verwerflich an, wenn sie sozialwidrig bzw. sozial unerträglich ist. Man könnte daher meinen, dass die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit *Roxin* und anderen Literaturstimmen soziale Ordnungsprinzipien heranziehen wollte, die sich der Rechtsordnung entnehmen lassen.¹³⁴ Der BGH betont allerdings, dass »soziale Unerträglichkeit« und die von der früheren Rechtsprechung verwendete Formel der »sittlichen Missbilligung« inhaltlich übereinstimmen.¹³⁵ Die Rechtsprechung legt also nach wie vor sittliche Maßstäbe

an.¹³⁶ Der Richter hat die »Verwerflichkeit« daher, wie vom NS-Gesetzgeber beabsichtigt,¹³⁷ auch heute noch anhand gesetzlich nicht festgeschriebener Maßstäbe zu beurteilen: Die Norm stellt ihm frei, ob er »Verwerflichkeit« im Einzelfall bejaht oder verneint.¹³⁸

2. § 211¹³⁹

Zur NS-Zeit sorgte das Verständnis des Verhältnisses von Abs. 1 und Abs. 2 dafür, dass bei einer Kollision von Mordmerkmalen des Abs. 2 und der NS-Moral, die Moral sich durchsetzte. Die Einstufung einer vorsätzlichen Tötung als Mord erfordert nach heute herrschender Ansicht aber mindestens das Vorliegen eines der Merkmale des Abs. 2.¹⁴⁰ Einer Verurteilung allein nach Abs. 1 unabhängig von den Mordmerkmalen des Abs. 2 hat der BGH bereits 1957 eine Absage erteilt.¹⁴¹ Begründet wurde dies damit, dass erstens die 1941 gesetzgewordene Fassung die Mordmerkmale, anders als noch der erste Entwurf von 1936, gerade nicht als Regelfälle vorsehe, und dass zweitens die Fassung des § 211 auf dem Vorentwurf von 1896 zum schweizerischen StGB beruhe.¹⁴² Diese Argumentation des BGH erscheint jedoch zweifelhaft:¹⁴³ Dass *Freisler* in seinem »authentischen Kommentar«¹⁴⁴ gerade die Eigenständigkeit des Abs. 1 hervorhob, sieht der BGH als nicht entscheidend an.¹⁴⁵ Dass diese Meinung auch im Schrifttum der damaligen Zeit verbreitet war,¹⁴⁶ erwähnt der BGH nicht.¹⁴⁷ Auch dass der schweizerische Entwurf weder in den Materialien, noch bei *Freisler* erwähnt wird,¹⁴⁸ bleibt genauso unerwähnt, wie dass der Entwurf des schweizerischen StGB von 1896 eine andere Formulierung enthielt, insbesondere nicht den auf ein Täterstrafrecht gemünzten Begriff »Mörder«.¹⁴⁹ Zwar wird der § 211 heute nicht mehr so gedeutet, dass Abs. 1

¹³⁶ So auch Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Toepel* (Fn. 129), § 240 Rn. 146; Lackner/Kühl/*Heger* (Fn. 129), § 240 Rn. 18.

¹³⁷ S. o. C. III. 1. und C. IV.

¹³⁸ *Wolf* (Fn. 99), JuS 1996, 189 (192).

¹³⁹ Trotz zahlreicher Vorschläge (zum letzten Versuch aus den Jahren 2014–2016 vgl. Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 54), Vor §§ 211 ff.; Rn. 2 a) zur Neuformulierung und der einhelligen Meinung, dass der § 211 reformbedürftig sei (vgl. nur *Grünwald* [Fn. 119], S. 1 mit Fn. 1 m. w. N.), hat es seit 1945, mit Ausnahme der Abschaffung der Todesstrafe, keine substantziellen Änderungen der Vorschrift gegeben (*Grünwald*, Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag – oder: Die vergessene Reform, JA 2012, 401). In der noch jungen Bundesrepublik wurde der § 211 für nicht spezifisch nationalsozialistisch erklärt (vgl. etwa *Kohlrausch*, Deutsches Strafgesetzbuch [1947], S. 94).

¹⁴⁰ BGH NJW 1957, 70; BeckOK StGB/*Eschelbach*, 46. Ed. 1.5.2020, StGB § 211 Rn. 15.

¹⁴¹ BGH NJW 1957, 70.

¹⁴² BGH NJW 1957, 70 f.

¹⁴³ Krit. auch *Frommel*, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, JZ 1980, 559 (562 f.); *Werle* (Fn. 116), S. 337.

¹⁴⁴ *Jescheck*, Anmerkung zu BGH, Großer Senat für Strafsachen, 22.9.1956, GSSt 1/56, JZ 1957, 385 (387).

¹⁴⁵ BGH NJW 1957, 70.

¹⁴⁶ S. o. Fn. 112; vgl. auch *Werle* (Fn. 117), S. 335.

¹⁴⁷ Krit. auch *Jescheck* (Fn. 144), JZ 1957, 385 (387).

¹⁴⁸ *Werle* (Fn. 117), S. 337; *Frommel* (Fn. 143), JZ 1980, 562.

¹⁴⁹ So auch *Werle* (Fn. 117), S. 337.

¹²⁶ *Pauer-Studer/Velleman* (Fn. 59), S. 28 f.

¹²⁷ BGBl. I, S. 742.

¹²⁸ BGHSt 5, 254 (256).

¹²⁹ Vgl. etwa BGH NJW 1962, 1923 (1924); BGHSt 18, 389; relativierend BGH NJW 1988, 1739 (1741) und BGH NSTZ 1993, 333 (334), m. Anm. *Roxin*; vgl. auch Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Toepel*, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Auflage (2017), § 240 Rn. 146 und Lackner/Kühl/*Heger*, Strafgesetzbuch, 29. Auflage (2018), § 240 Rn. 18, jeweils m. w. N.

¹³⁰ BGH NJW 1988, 1739 (1741).

¹³¹ BGHSt 2, 194 (195).

¹³² BGH NJW 1963, 1629; zuletzt NJW 2014, 401 (403); NJW 2017, 1487 (1489).

¹³³ So etwa *Roxin*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373 (376 ff.); Lackner/Kühl/*Heger* (Fn. 129), § 240 Rn. 18.

¹³⁴ *Roxin* (Fn. 133), JuS 1964, 373 (376 f.); Lackner/Kühl/*Heger* (Fn. 129), § 240 Rn. 18.

¹³⁵ BGH NJW 2014, 401 (403).

allein stehe und Abs. 2 lediglich unverbindliche Veranschaulichungen enthalte, was eine Moralisierung erlauben würde; eine solche Auslegung gibt jedoch die heutige Vorschrift, insbesondere unter Heranziehung der – unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten besonders gewichtigen –¹⁵⁰ historischen Auslegungsmethode, durchaus her.¹⁵¹

In seinem 1957 ergangenen Urteil ließ der BGH ebenfalls unerwähnt, dass der schweizerische Entwurf von 1896 keine sonstigen »niedrigen Beweggründe« kannte.¹⁵² Als »niedrig« gilt heute »ein Tötungsbeweggrund, der nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht, durch hemmungslose, triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich ist.«¹⁵³ Was aber »nach allgemeiner sittlicher Wertung« – die den Platz des »gesunden Volksempfindens« eingenommen hat –¹⁵⁴ »auf niedrigster Stufe steht« und »besonders verwerflich« ist, bestimmen Normen der Moral.¹⁵⁵ Darüber hinaus verlangt der BGH eine »Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit.«¹⁵⁶

Auch hier ist eine moralische Bewertung nötig.¹⁵⁷ Entscheidend soll die »allgemeine sittliche Wertung«, also keine partikuläre Moral sein.¹⁵⁸ Der BGH hat dazu eine umfang-

reiche, nuancierte¹⁵⁹ Kasuistik entwickelt.¹⁶⁰ Konstatieren lässt sich auch hier: Maßgeblich für die Begründung der Strafbarkeit sind Normen der Moral; selbst wenn keines der gesetzlich exakt normierten Mordmerkmale vorliegt, kann eine Verurteilung als Mord aufgrund von Gründen, die in Moralvorstellungen begründet liegen, herbeigeführt werden, wenn auch in durch die höchstrichterliche Rechtsprechung bedingt engeren Grenzen als zur NS-Zeit.

II. Verfassungsrechtliche Bedenken

Ob und inwiefern die soeben untersuchten Normen mit dem Grundgesetz konfliktieren, das vom Bundesverfassungsgericht als »Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes« verstanden wird,¹⁶¹ soll nun betrachtet werden.

1. Freiheitlich-demokratische Grundordnung

Die vom Grundgesetz garantierte Pluralität der Wertvorstellungen innerhalb der freiheitlich-demokratischen Grundordnung macht es praktisch unmöglich, allgemein verbindliche moralische Normen – auf die sowohl die »Verwerflichkeit«, als auch die sonstigen »niedrigen Beweggründe« rekurren – mit der Sicherheit festzustellen, die nötig wäre, um hierauf (potenziell lebenslange) Freiheitsstrafen zu stützen.¹⁶² Paradoxe Weise nehmen die Gerichte jedoch genau das für sich in Anspruch.¹⁶³ Es lässt sich also der Kritikpunkt formulieren, dass unter den vom Grundgesetz garantierten Bedingungen die Bezugnahme auf allgemein verbindliche moralische Maßstäbe theoretisch unmöglich sein müsste.

2. Bestimmtheitsgebot

Das Bestimmtheitsgebot ist in Art. 103 II GG und § 1 verankert. Es verlangt, dass der Bürger die möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen kann.¹⁶⁴ Das Strafgesetzbuch soll – in den Worten *Franz von Liszts* – die »magna charta des Verbrechers« sein.¹⁶⁵ Allerdings betont das BVerfG, dass

¹⁵⁰ Maunz/Dürig/Hillgruber, Grundgesetz, 90. EL. (Februar 2020) Art. 97 GG Rn. 57; Rütters/Fischer/Birk (Fn. 4), Rn. 784 ff.; anders die frühere Rspr., die eine »objektive« Auslegungsmethode propagierte, vgl. BVerfG NJW 1981, 39 (42); NJW 1983, 735 (738); NJW 1993, 2861 (2863); zuletzt zeichnet sich jedoch eine Abwendung von der »objektiven Methode«: BVerfG NJW 2011, 836 (837 f.); BVerfG NZA 2018, 774 (780); Kritisch zur objektiven Methode schon Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 1914, 1 (62): »Wer sich der objektiven Theorie anschließt, nimmt daher die bewusste Vereitelung legislativer Pflichten in sein Programm auf«; ebenso Rütters, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, 365 (368); Maunz/Dürig/Hillgruber (Fn. 150), Art. 97 GG Rn. 58 ff. m. w. N.

¹⁵¹ Die Untergewichtung des historischen Gesetzgeberwillens ließe sich hier ausnahmsweise damit rechtfertigen, dass die Norm von einem diktatorischen Regime erlassen wurde, weshalb das Argument der demokratischen Legitimation des historischen Gesetzgebers nicht eingreifen würde.

¹⁵² Krit. auch Werle (Fn. 117), S. 337.

¹⁵³ BGHSt 3, 132 f.; zuletzt BGH NSTz 2019, 82; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 129), § 211 Rn. 5.

¹⁵⁴ Vgl. zur früheren Definition Schönke (Fn. 91), § 211 Anm. IV.

¹⁵⁵ Kühl, Die sonstigen niedrigen Beweggründe des § 211 II StGB, JuS 2010, 1041 (1042); Grünwald (Fn. 139), JA 2012, 401 (403). Vgl. hierzu auch das sog. Startbahn-West-Urteil des BGH (NSTz 1993, 341); krit. dazu MüKo-StGB/Schneider, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, §§ 185–262, 3. Auflage (2017), § 211 Rn. 94.

¹⁵⁶ Vgl. BGH NSTz 2019, 82.

¹⁵⁷ Vogel (Fn. 2), S. 77 f. Und zwar – für ein Tatstrafrecht (Schönke/Schröder/Eisele [Fn. 54], Vor §§ 13 ff. Rn. 3 m. w. N) mindestens verwunderlich – auch des Täters (Werle [Fn. 117], S. 346).

¹⁵⁸ Kühl (Fn. 155), JuS 2010, 1041.

¹⁵⁹ Kühl (Fn. 155), JuS 2010, 1041 (1043): »selbst im scheinbar eindeutigen Fall des Ausländerhasses können etwa jahrelange Beleidigungen und Demütigungen, die der Täter über sich ergehen lassen musste, gegen dieses Mordmerkmal sprechen«.

¹⁶⁰ Kühl (Fn. 155), JuS 2010, 1041 (1043). Die Rechtsprechung der Revisionsgerichte und der unteren Instanzgerichte unterscheiden sich aber bei der Bewertung der Niedrigkeit eines Beweggrundes (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Neumann/Saliger [Fn. 129], § 211 Rn. 26 m. w. N. in Fn. 91).

¹⁶¹ BVerfG NJW 2010, 47 (51); BVerfG NJW 2017, 611 (626).

¹⁶² Kühl (Fn. 155), JuS 2010, 1041 (1042); Grünwald (Fn. 120), S. 119 ff.; MüKo-StGB/Schneider (Fn. 155), § 211 Rn. 71; vgl. auch Rütters/Fischer/Birk (Fn. 4), Rn. 403.

¹⁶³ Wolf (Fn. 99), JuS 1996 189 (192) schreibt in Bezugnahme auf BVerfGE 73, 206: »Die Verfassungsrichter waren sich also: sicher, daß das Merkmal Verwerflichkeit ebenso wie das Merkmal Gewalt einen bestimmten Inhalt hat – welchen, konnten sie aber ›infolge Stimmgleichheit‹ leider nicht feststellen.«

¹⁶⁴ BVerfG NJW 1969, 1059 (1061); NJW 1978, 933 (934); BVerfG NJW 2010, 3209 (3210).

¹⁶⁵ von Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 2 (1892–1904)

das Bestimmtheitsgebot »nicht übersteigert« werden dürfe, weil die Gesetze sonst »zu starr und kasuistisch« würden und »dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden« könnten.¹⁶⁶ Gleichwohl müsse der Gesetzgeber eine Norm umso präziser fassen, je schwerer die angedrohte Strafe sei.¹⁶⁷

a) Probleme mit der Bestimmtheit¹⁶⁸ des § 240 II werden deutlich bei einem Blick auf die Versuche der Rechtsprechung, zu konkretisieren, was »verwerflich« im Sinne der Norm ist: Gleichbedeutend will sie die Begriffe »soziale Unerträglichkeit« und »sittliche Missbilligung« verwenden,¹⁶⁹ wobei »sittliche Missbilligung« nicht »allein oder in erster Linie«¹⁷⁰ – demnach aber zumindest auch – nach moralischen Kriterien zu beurteilen sei. Es komme auf »sozialethische Missbilligung« an, bei deren Feststellung aber Normen der Moral keine Rolle spielten,¹⁷¹ sondern allein die »soziale Unerträglichkeit« maßgeblich sei, die sich wiederum anhand von »sozialen Ordnungsprinzipien«¹⁷² bzw. Fallgruppen¹⁷³ konkretisieren lasse.¹⁷⁴ Eine präzise inhaltliche Festlegung der »Verwerflichkeit« lässt sich nicht ausmachen.¹⁷⁵ Jedenfalls will die Rechtsprechung aber zumindest auch auf moralische Maßstäbe Bezug nehmen, was bedeutet, dass die Strafbarkeit von für den Bürger intransparenten Moralvorstellungen des Richters und nicht von einem gesetzlich normierten Maßstab abhängt. Dass der Begriff der »Verwerflichkeit« die von Art. 103 II GG geforderte Voraussehbarkeit¹⁷⁶ der möglichen staatlichen Eingriffe für den Bürger gewährleisten kann,¹⁷⁷ erscheint angesichts der »umfangreichen Kasuistik«,¹⁷⁸ der unklaren Begriffsverwendung der Rechtsprechung¹⁷⁹ und der Bezugnahme auf Normen der Moral kaum möglich.

Einwenden lässt sich hiergegen jedoch: Der Tatbestand der Nötigung schützt die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung,¹⁸⁰ weshalb der Gesetzgeber, um der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden, Abstriche bei

der Bestimmtheit des § 240 machen müsse.¹⁸¹ Daraus folgt jedoch keineswegs, dass die Norm nicht bestimmter gefasst werden könnte als derzeit: Würde der Gesetzgeber die von *Roxin*¹⁸² vorgeschlagenen Ausprägungen der Sozialwidrigkeit normieren,¹⁸³ wäre dem Bestimmtheitsgebot in wesentlich größerem Umfang Genüge getan als *de lege lata*. Die Strafdrohung von maximal drei Jahren lässt die jetzige Fassung – in Anbetracht der Vorgaben des BVerfG, die Bestimmtheit müsse proportional zur Strafdrohung zunehmen –¹⁸⁴ als gerade noch bestimmt genug erscheinen. Die wegen der unbestimmten Gesetzesfassung unklaren Kriterien der Rechtsprechung machen eine Reform aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten jedoch dringend nötig.

b) Welche Beweggründe neben den in Abs. 2 benannten »niedrig« sind, ist für den Bürger als Normadressaten – wie die uneinheitliche Rechtsprechung zeigt –¹⁸⁵ kaum möglich. Eine eindeutige Bestimmung anhand moralischer Normen ist wenig realistisch,¹⁸⁶ insbesondere nicht in einer pluralistischen Gesellschaft.¹⁸⁷

Zugunsten der »Motivgeneralklausel« wird angeführt, dass sie praktisch unverzichtbar sei.¹⁸⁸ Dieses Argument ist jedoch für den Bestimmtheitsgrundsatz irrelevant.¹⁸⁹ Ginge es allein um das praktische Strafbedürfnis, könnte man das Bestimmtheitsgebot auch gleich abschaffen.¹⁹⁰ In Anbetracht der Tatsache, dass § 211 die in der Bundesrepublik höchstmögliche Strafe fordert, ist § 211 II Gruppe 1, Var. 4 im Hinblick auf die Forderung des BVerfG – die Bestimmtheit einer Norm müsse sich proportional zur Strafdrohung verhalten –¹⁹¹ für unvereinbar mit Art. 103 II GG zu halten.¹⁹²

181 Bei vielen Rechtsgütern, etwa dem Leben oder der körperlichen Unversehrtheit, kann der Gesetzgeber folgendermaßen vorgehen: Im Regelfall ist die Verletzung des Lebens oder der körperlichen Integrität verboten, nur in Ausnahmefällen ist sie erlaubt, etwa bei der Notwehr (*Roxin* [Fn. 133], JuS 1964, 373 [374]). Für die Schutzgüter des § 240 ist das dagegen nicht so leicht möglich: Im Alltag ist es Gang und Gebe, dass die Willensfreiheit beeinträchtigt wird; das Funktionieren unserer Gesellschaft beruht darauf, dass nicht jeder stets vollkommen frei in seiner Willensbetätigung und -entschließung ist (*Roxin* [Fn. 133], JuS 1964, 373 [374]). § 240 II muss also im umgekehrten Verhältnis vorgehen und aus dem Regelfall – der Beeinträchtigung der Willensentschließung und -betätigung – die ausnahmsweise rechtswidrigen Fälle positiv herausfiltern (*Roxin* [Fn. 133], JuS 1964, 373 [374]).

182 *Roxin* (Fn. 133), JuS 1964, 373 (375 ff.).

183 So wie dies § 116 (S. 10) des Alternativ-Entwurfs von 1970 vorsah.

184 S. o. Fn. 167.

185 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Neumann/Saliger* (Fn. 129), § 211 Rn. 26 m. w. N. in Fn. 92.

186 *Rüping*, Zur Problematik des Mordtatbestandes, JZ 1979, 617 (620).

187 S. o. D. II. 1.

188 MüKo-StGB/*Schneider* (Fn. 155), § 211 Rn. 72.

189 Vgl. nur die Fälle des »Stromdiebstahls« (RGSt 29, 111; 32, 165), die das RG – zu dessen Zeiten es zwar nicht das GG, aber § 1 StGB gab – nicht über § 242 lösen konnte; stattdessen musste der Gesetzgeber aktiv werden und § 248 c schaffen.

190 Mit dieser Praktischen-Bedürfnis-Argumentation wurde auch die Einführung des § 2 im Jahre 1935 gerechtfertigt, vgl. *Freiesleben/Hörchner/Kirchner/Niethammer* (Fn. 106), § 2, Anm. 7.

191 S. o. Fn. 167.

192 Die »niedrigen Beweggründe« wegen zu großer Unbestimmtheit zu streichen, beabsichtigte schon der Entwurf 1962, S. 273; ebenso *Rüping*

(1905), S. 80.

166 BVerfG NJW 1962, 1563 (1564); zuletzt BVerfG NJW 2010, 3209 (3210).

167 BVerfG NJW 1962, 1563 (1564); zuletzt BVerfG NJW 2010, 3209 (3211).

168 So auch MüKo-StGB/*Sinn* (Fn. 155), § 240 Rn. 117.

169 S. o. Fn. 134.

170 S. o. Fn. 129.

171 Schönke/Schröder/*Eisele* (Fn. 54), § 240 Rn. 18 m. w. N.

172 *Roxin* (Fn. 133), JuS 1964, 373 (376).

173 Vgl. MüKo-StGB/*Sinn* (Fn. 155), § 240 Rn. 135 ff., der elf Fallgruppen bildet.

174 Schönke/Schröder/*Eisele* (Fn. 54), § 240 Rn. 18 m. w. N.

175 Kritisch auch MüKo-StGB/*Sinn* (Fn. 155), § 240 Rn. 116 f.

176 BVerfG NJW 1969, 1059 (1061); NJW 1978, 933 (934); NJW 2010, 3209 (3210).

177 So schon *Calliess*, Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit, NJW 1985, 1506 (1509).

178 MüKo-StGB/*Sinn* (Fn. 155), § 240 Rn. 135.

179 Kritisch auch MüKo-StGB/*Sinn* (Fn. 155), § 240 Rn. 116 f.

180 H. M., vgl. Lackner/Kühl/*Heger* (Fn. 129), § 240 Rn. 1 m. w. N.

Durch den Mangel an Bestimmtheit wird ein weiterer rechtsstaatlicher Grundsatz tangiert:¹⁹³ Fehlt die tatsächliche Grundlage für eine Verurteilung nach § 211 II Gruppe 1, Var. 1–3, muss wegen der »Motivgeneralklausel« nicht *in dubio pro reo* entschieden und »bloß« ein Fall des § 212 angenommen werden, sondern es kann auf moralische Maßstäbe gegründet *contra reum* gleichwohl § 211 angenommen werden.

3. Gesetzesbindung des Richters

Art. 20 III und 97 I GG schreiben die Gesetzesbindung des Richters vor. Zentrale Aufgabe des Richters ist die Auslegung der Gesetze; demokratisch zulässig ist aber nur diejenige Auslegung, die – unter Einbeziehung aller Auslegungsmethoden – den Regelungsinhalt des Gesetzes ermittelt, wie ihn der historische Gesetzgeber eine Norm verstanden hat bzw. verstanden wissen wollte.¹⁹⁴ Sonst würde nicht das vom Gesetzgeber Erlassene ausgelegt, sondern die eigene Vorstellung des Richters »eingelegt«.¹⁹⁵ Der Wortlaut der unbestimmten Rechtsbegriffe »niedrige Beweggründe«¹⁹⁶ und »Verwerflichkeit« gibt dem Richter nur begrenzt Anhaltspunkte hinsichtlich des Wortsinns¹⁹⁷ der jeweiligen Vorschrift. *Entgegen* Art. 97 I Hs. 2 GG wird er auf außerrechtliche Normen der Moral verwiesen. Zieht der Richter den historischen Gesetzgeberwillen hinzu, muss er bei den zwei untersuchten Normen berücksichtigen, dass es dem NS-Gesetzgeber gerade um Rechtsunsicherheit und die Möglichkeit willkürlicher Entscheidungen im Sinne der NS-Führung ging.¹⁹⁸ Dies ist jedoch mit der von Art. 20 III GG geforderten Rechtssicherheit¹⁹⁹ unvereinbar, weshalb der Gesetzgeber tätig werden müsste. Da er das nicht tut, ist der Richter gezwungen die Normen fortzubilden,²⁰⁰ was nicht unproblematisch mit Blick auf die Gewaltenteilung erscheint.

(Fn. 186), JZ 1979, 617 (620); Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auflage (2015), § 2 Rn. 73.

193 Nach BayVerfGH NJW 1983, 1600 partizipiert der Grundsatz »in dubio pro reo« am Verfassungsrang des Schuldgrundsatzes; offen gelassen von BVerfG NJW 1988, 477.

194 S. o. Fn. 149.

195 Rütters, Wozu auch noch Methodenlehre? – Die Grundlagenlücken im Jurastudium, JuS 2011, 865 (868).

196 Zieht man den historischen Gesetzgeberwillen zu § 211 hinzu, wie er aus der autorisierten Begründung *Freislers* (Fn. 103; DJ 1941, 929) hervorgeht, müsste außerdem der § 211 I als eigenständiger Absatz aufgefasst werden, nach dem auch ohne Vorliegen von Merkmalen des Abs. 2 bestraft werden könnte; zudem legt der historische Gesetzgeberwille ein täterstrafrechtliches Verständnis nahe.

197 Instruktiv zu Wortlaut und Wortsinn: Metz, Die Auslegung von Gesetzen an einem Beispiel aus dem Waffenrecht, JA 2018, 47.

198 Vgl. oben C. III.

199 Zur Rechtssicherheit als Prinzip des Rechtsstaats, vgl. Maunz/Dürig/*Grzeszick* (Fn. 149), Art. 20 GG, VII Rn. 50 ff.

200 Zur Problematik der richterlichen Rechtsfortbildung, vgl. Fn. 150 m. Haupttext.

4. Gewaltenteilung²⁰¹

Legislative, Judikative und Exekutive sind voneinander getrennte Gewalten, Art. 1 III, 20 II 2, III GG. Wenn nicht der Gesetzgeber (vgl. Art. 103 II GG) bestimmt, was strafbar ist, sondern der Richter, werden legislative Aufgaben von der Judikative wahrgenommen.²⁰² Indem der Gesetzgeber in hohem Maße unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, die auf Normen der Moral verweisen, passiert genau das: Woran sich der Richter orientiert, bleibt ihm überlassen,²⁰³ er erhält einen »Freibrief«.²⁰⁴ Hierin könnte man einen Verstoß gegen die Gewaltenteilung sehen. Allerdings sind von der Regel der Gewaltenteilung Ausnahmen zulässig, sofern dies sachlich einleuchtend begründet ist und nicht ein Kernbereich der anderen Gewalt betroffen ist;²⁰⁵ insbesondere wenn dies aus Gründen der Funktionalität geboten ist.²⁰⁶ Weil die Gerichte schneller und flexibler reagieren können als die Legislative, sprechen funktionale Gründe für die Zulässigkeit einer »Gewaltenverschränkung«²⁰⁷. Zwar sei wegen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter die Judikative strenger von den anderen Gewalten zu trennen, als das Gewaltenteilungsprinzip es generell fordert.²⁰⁸ Jedoch wird durch die unbestimmten Rechtsbegriffe in §§ 211, 240 II die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter nicht beeinträchtigt, sondern hinsichtlich Unabhängigkeit sogar noch vergrößert.

Für einen Verstoß gegen die Gewaltenteilung spricht jedoch ihre *ratio*, nämlich »die wechselseitige Begrenzung und Kontrolle staatlicher Macht«.²⁰⁹ Dem Richter, und damit dem Staat, wird es durch die unbestimmten Rechtsbegriffe der »Verwerflichkeit« und der sonstigen »niedrigen Beweggründe« ermöglicht, auch gesetzlich nicht normiertes Verhalten zu bestrafen, womit die Macht des Staates erheblich vergrößert anstatt begrenzt wird.²¹⁰ Auch eine Kontrolle

201 BVerfG NJW 2010, 3209 (3210 f.) fasst die hier angesprochene Problematik unter Art. 103 II GG; der besseren Übersichtlichkeit wegen wird das hier nicht getan.

202 Dazu, dass dies unzulässig ist: BVerfG NJW 2010, 3209 (3211) m. w. N.

203 BGHSt 2, 194 (195): Im Rahmen des § 240 II falle »dem Richter die Aufgabe zu, an Stelle des Gesetzgebers durch unmittelbare Wertung zu entscheiden, ob die tatbestandsmäßige Nötigung im Einzelfalle rechtswidrig ist oder nicht«.

204 Wolf (Fn. 99), JuS 1996, 189 (192 f.) zu § 211. Einwenden gegen die Rede vom »Freibrief« des Richters ließe sich, dass er zwar keinen gesetzlichen, aber faktischen Bindungen durch seine Einbindung in die Tradition der Rechtsprechung unterliege und letztlich nur die Rechtsprechung einen »Freibrief« erhalte (mein Dank für diese Anmerkung gilt dem Beirat der GRZ). Allerdings besteht eine solche faktische Bindung des einzelnen Richters etwa nicht hinsichtlich noch nicht judizierter Konstellationen. Außerdem ist zu bedenken, dass gemäß Art. 97 I GG der einzelne Richter grundsätzlich nicht an die Rechtsauffassung ihm übergeordneter Gerichte gebunden ist (näher Sachs/*Detterbeck*, Grundgesetz, 8. Auflage [2018], Art. 97 Rn. 14 f.), weshalb gerade in (auch moralisch) schwierigen Fragen die faktische Bindung gelockert sein mag.

205 BVerfG NJW 1971, 275 (279).

206 BVerfG NJW 1985, 603 (605); NJW 1997, 383; NJW 1998, 2515 (2520).

207 BVerfG NJW 2018, 1935 (1937).

208 BVerfG NJW 2018, 1935 (1937).

209 BVerfG NJW 1971, 275 (279).

210 Kritisch zur Machtverschiebung auf die Richter in der BRD allgemein:

wird durch die »Gewaltenverschiebung« an die Richter schwierig.²¹¹

Die Ausfüllung der »Verwerflichkeit« und der sonstigen »niedrigen Beweggründe« durch die Rechtsprechung erscheint im Hinblick auf die Gewaltenteilung nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.

III. Zwischenergebnis

Die untersuchten Normen verweisen durch die unbestimmten Rechtsbegriffe der »Verwerflichkeit« und der sonstigen »niedrigen Beweggründe« auf außerrechtliche Normen der Moral. Die Normen bewegen sich im Spannungsfeld zwischen praktisch notwendiger Flexibilität und verfassungswidriger Unbestimmtheit.²¹² Um das Recht an die »Vielgestaltigkeit des Lebens«²¹³ anzupassen, werden zwar oftmals unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet; im Strafrecht, dem »schärfsten Schwert« des Rechtsstaats,²¹⁴ sind hier jedoch von der Verfassung enge Grenzen gesetzt.²¹⁵ Strafbarkeit an einer moralischen Wertung festzumachen ist erstens in einer pluralistischen Gesellschaft aufgrund der unterschiedlichen Wertvorstellungen kaum überzeugend, zweitens für den Bürger nicht vorhersehbar und daher an der Grenze zur verfassungswidrigen Unbestimmtheit (§ 240 II) bzw. zu unbestimmt (§ 211) im Sinne des Art. 103 II GG, problematisch im Hinblick auf Art. 97 I GG (Gesetzesbindung nicht Moralbindung) und viertens eine in Bezug auf Art. 1 III, 20 II 2, III GG unzulässige Gewaltenverschiebung vom Gesetzgeber auf den Richter.

E. Fazit und Ausblick

Die vorgenommene Untersuchung hat gezeigt, dass auch im heutigen Strafrecht Normen bestehen, die eine aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenkliche Moralisation des Strafrechts ermöglichen. Die §§ 211, 240 II wurden in der

²¹¹ Rüthers, Geleugneten Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, 2759; Wolf (Fn. 99), JuS 1996, 189 (195).

²¹² Erstens kann der Bürger nur die Zusammensetzung der Legislative und somit die Ausgestaltung der Normen durch Wahlen beeinflussen (Art. 38 GG), während die Richter unabhängig sind (Art. 97 I Hs. 1 GG). Zweitens erlaubt das GG zwar eine Kontrolle von Gesetzen durch die Judikative (Art. 93 I Nr. 1–3 GG), nicht jedoch eine legislative Kontrolle von gerichtlichen Entscheidungen (Art. 97 I Hs. 1 GG).

²¹³ In diesem Sinne zu §§ 240 II und 226a schon Roxin (Fn. 133), JuS 1964, 373.

²¹⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3210).

²¹⁵ MüKo-StPO/Kudlich, Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 1. Auflage (2014), Einleitung Rn. 1.

²¹⁶ Das zeigt schon Art. 103 II GG; vgl. auch BVerfG NJW 2010, 3209 (3210 f.), wo das BVerfG die besonders hohen Anforderungen an Bestimmtheit und Gewaltenteilung hervorhebt.

NS-Zeit geschaffen.²¹⁶ Nach dem Krieg wurden sie, wie fast alle Tatbestände,²¹⁷ als nicht spezifisch nationalsozialistisch qualifiziert.²¹⁸ Problematisch ist nicht in erster Linie ihre NS-Provenienz, sondern die durch ihre Regelungstechnik mögliche Moralisation des Rechts: Indem der Richter auf Normen der Moral verwiesen wird, konnten Entscheidungen willkürlich im Sinne der NS-Führung gefällt werden.²¹⁹ Diese, vom NS-Gesetzgeber im Zuge der »Ethisierung«²²⁰ absichtlich als »Machtinstrument«²²¹ geschaffene, Möglichkeit zur Beeinflussung des Rechts durch Normen der Moral besteht auch heute noch. Sie ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.²²² Das liegt nicht daran, dass sie – wie etwa das Blutschutzgesetz²²³ oder das Juden- und Polenstrafrecht²²⁴ – spezifische NS-Ideologie transportieren würde. Als »Gegentwurf«²²⁵ zum totalitären NS-Staat geschaffen enthält das Grundgesetz Mechanismen zur Begrenzung der Macht des Staates, mit denen die untersuchten Normen in Konflikt geraten:²²⁶ Das vom NS-Gesetzgeber geschaffene Potenzial zu staatlicher Willkür und Rechtsunsicherheit, das die §§ 211, 240 II in sich tragen,²²⁷ widerstrebt dem Grundgesetz in fundamentaler Weise. Dieses Potenzial wird derzeit nicht ausgenutzt, kann aber unter geänderten politischen Vorzeichen eine Bedrohung für die freiheitlich-demokratische Grundordnung darstellen.²²⁸

²¹⁶ S. o. C. III.

²¹⁷ Vogel (Fn. 2), S. 26.

²¹⁸ Krit. zum damaligen Vorgehen, Wolf (Fn. 99), JuS 1996, 189 (190).

²¹⁹ S. o. C. III. und IV.

²²⁰ S. o. B. V. m. Fn. 56, sowie C.

²²¹ Wolf (Fn. 99), JuS 1996, 189 (192).

²²² S. o. D. II.

²²³ RGBL. I 1935, S. 1146 f.

²²⁴ RGBL. I 1941, S. 749 ff.

²²⁵ BVerfG NJW 2010, 47 (51); BVerfG NJW 2017, 611 (626).

²²⁶ Z. B. die Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat (status negativus), vgl. Maunz/Dürig/Herdegen (Fn. 150), Art. 1 III GG Rn. 16; die Gewaltenteilung, Art. 1 III, 20 II 2, III GG, s. o. D. II. 4.; Art. 103 II GG, vgl. Maunz/Dürig/Remmert (Fn. 150), Art. 103 II GG Rn. 30 ff.

²²⁷ S. o. C. III. und IV.

²²⁸ Anlass zur Besorgnis gibt in diesem Zusammenhang ein Gesetzentwurf der von der AfD-Fraktion eingebracht wurde (BT-Drs. 19/6371). Der Entwurf möchte zur »Strafschärfung bei Rückfall« einen neuen § 48 in das StGB einfügen, der Begriffe enthalten soll wie: »gleichartige verwerfliche Beweggründe«, »gleichen Charaktermangel«, »besonders schädliche Neigungen« (BT-Drs. 19/6371, S. 5). Die unbestimmten Rechtsbegriffe »verwerflich« (s. o.) und »Charaktermangel« sind abhängig von außerrechtlichen Maßstäben. Sie bergen damit dieselben Probleme, wie die oben untersuchten Normen. Dass der Entwurf darüber hinaus nationalsozialistisch geprägte Begriffe verwendet (näher Ambos, Rückkehr zum NS-Täterstrafrecht?, FAZ Einspruch vom 27.03.19), etwa vom »sozialschädlichen Gewohnheitsverbrecher« (BT-Drs. 19/6371, S. 2) spricht, nährt die Befürchtung, dass bei einem Anwachsen dieser politischen Kraft, die Moral, auf die die untersuchten Normen Bezug nehmen, in die Richtung rücken könnte, in der sie zum Zeitpunkt des Erlasses der §§ 211, 240 II war.