

## Generalprävention und Würde des Menschen

Von Privatdozent Dr. PETER BADURA, Erlangen

Der aus den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung (abgeschlossen im Dezember 1956) hervorgegangene Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches (E 1956)<sup>1</sup> enthielt als § 2 die Sätze: „Wer ohne Schuld handelt, wird nicht bestraft. Die Strafe darf das Maß der Schuld nicht überschreiten.“ Damit sollte, wie die Begründung (Einleitung B I) darlegt, sowohl das Prinzip des Schuldstrafrechts bekräftigt werden (Satz 1), wonach Ausspruch und Vollstreckung einer Strafe die Feststellung eines Verhaltens voraussetzen, das dem Täter vorwerfbar zugerechnet werden kann, als auch die Konsequenz aus diesem Prinzip für die Strafzumessung gezogen werden (Satz 2). Damit ist die Bedeutung der Spezial- und Generalprävention für die Bewährung der Rechtsordnung nicht ignoriert, doch ist es der Standpunkt des Entwurfs, daß die von diesen Strafzwecken intendierten Wirkungen gerechter und zweckmäßiger durch die schuldensprechende Strafe, als sekundärer Erfolg, herbeigeführt werden. Durch § 2 S. 2 sollte der Richter gehindert sein, diese Wirkungen in der Weise erreichen zu wollen, daß er die schuldangemessene Strafe um des general- oder spezialpräventiven Strafzweckes willen überschreitet<sup>2</sup>.

In den Entwürfen eines Strafgesetzbuches 1960 und 1962<sup>3</sup> kehren § 2 E 1956 und die ihm zugrunde liegende strikte Durchführung des Schuldprinzips auch in der Strafzumessung nicht wieder. § 2 S. 1 entfiel als selbstverständlich, § 2 S. 2 erscheint in Wortlaut und Sinn geändert als § 60 I E 1960 und E 1962: „Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters.“ Nach der Begründung (E 1960 Einleitung B I und S. 171; sachlich übereinstimmend E 1962 Einleitung B I und S. 180 f.) soll damit die Schuld als „oberster Richtpunkt“ der Strafzumessung konstituiert, zugleich aber die Möglichkeit offengelassen werden, daß der Richter die schuldangemessene Strafe unter Berücksichtigung ihrer kriminalpolitischen Zwecke erhöht oder ermäßigt, soweit die konkrete Strafe damit nicht derart das Maß der Schuld verläßt, „daß sie ihrem Kern nach nicht mehr als Schuldstrafe angesehen werden kann“. Wie sich aus der Begründung weiter ergibt, wurde § 2 S. 2 E 1956 auch deshalb als bedenklich angesehen, weil er den in der Rechtsprechung des BGH entwickelten Gedanken, daß die Schuld nicht eine feste Größe sei, der eine feste Maßzahl der Strafe entspreche, sondern daß die Bestimmung der Strafe durch den Richter im Rahmen eines „Spielraumes“ zu erfolgen habe („Spielraumtheorie“), für das neue Strafrecht ausschließe<sup>4</sup>.

Baumann hat in seiner Kritik an der Reaktion der Justiz gegenüber den Hakenkreuzschmierereien 1959/60, die sich besonders gegen die dabei beobachteten generalpräventiven Strafschärfungen richtete, zu erwägen gegeben, ob nicht zu der ursprünglichen Strafbemessungsvorschrift des § 2 zurückgekehrt werden solle<sup>5</sup>. Lang-Hinrichsen hat in seinem Gutachten zum 43. Deutschen Juristentag ausführlich zu der Preisgabe der konsequenten Verwirklichung des Schuldprinzips in der Strafzumessung durch den Entwurf 1960 Stellung genommen und dessen Begründung u. a. deswegen angegriffen, weil sie über die verfassungsrechtlichen Fragen schweigt, die durch die Zulassung der Überschreitung der schuldangemessenen Strafe aus spezial- oder generalpräventiven Gründen aufgeworfen werden<sup>6</sup>. Ganz unabhängig aber von der Strafzweckreform sind Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit einer Überschreitung der schuldangemessenen Strafe im Interesse einer generalpräventiven Wirkung in zahlreichen Äußerungen der strafrechtlichen Literatur in Frage gestellt worden.

Im folgenden soll der Versuch gemacht werden, die Verwirklichung des Strafzweckes der Generalprävention in Rechtsätzen und in Strafurteilen an dem Verfassungsrechtssatz des Art. 1 I GG zu messen. Die Darlegungen können dabei vor allem an die Untersuchungen von Bruns<sup>7</sup>, Hellmuth Mayer<sup>8</sup>, Sax<sup>9</sup>, Eberhard Schmidt<sup>10</sup>, Stree<sup>11</sup> und Warda<sup>12</sup> anknüpfen.

### I.

1. Feuerbach<sup>13</sup> wies der Strafe die Aufgabe zu, durch „psychologischen Zwang“ Rechtsverletzungen zu verhindern, einerseits unmittelbar (präventiv) durch die Strafdrohung, andererseits mittelbar (repressiv) durch die Strafvollstreckung, die die Rechtsordnung bewahrt, indem sie dem möglichen Täter die Strafe als unausweichlich auf die Tat folgendes Übel ins Bewußtsein ruft. Die Straftheorie Feuerbachs will eine rechtsphilosophische Rechtfertigung für den staatlichen Strafanspruch

<sup>1</sup> Justiz und Politik, JZ 61, 18 f. Vgl. auch Baumann, Entwurf eines StGB Allgemeiner Teil, 1963, § 2 und Anm. dazu S. 40

<sup>2</sup> aaO S. 69 ff. und Diskussionsbeitrag bei den Verhandlungen des 43. Juristentages, Bd. II/E 134–139. Auch Warda hat sich in der Diskussion des 43. Juristentages für eine Rückkehr zu § 2 E 1956 ausgesprochen und die Gefahr eines Mißbrauchs des Abschreckungsgedankens betont (aaO S. 120–123).

<sup>3</sup> Die „Generalprävention“ als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe? Festschrift für H. von Weber, MS S. 15 f.

<sup>4</sup> Strafrecht, AT, 1953, § 7 II, und Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962, S. 41 ff.

<sup>5</sup> Grundsätze der Strafrechtspflege, Die Grundrechte, II 2, 1959, S. 909/937.

<sup>6</sup> Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, Materialien zur Strafrechtsreform, I. Bd., 1954, S. 9/18 ff., und Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZgesStrW 67 (1955), 177/193 f.

<sup>7</sup> Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960, S. 38 ff.

<sup>8</sup> Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962, S. 163 ff.

<sup>9</sup> Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Originalausgabe, hrsg. v. Mittermaier, 1847, §§ 8 ff.

<sup>1</sup> Voröff. mit Begr. durch das BJM, 1958.

<sup>2</sup> Dementsprechend finden sich in der Aufzählung der Strafzumessungsgründe in § 63 des Entwurfs keine spezial- oder generalpräventiven Gesichtspunkte.

<sup>3</sup> E 1960: BT, 3. Wahlperiode, Drucks. 2150; 1962: BT, 4. Wahlperiode, Drucks. IV/650.

<sup>4</sup> Die Streichung des § 2 S. 2 wurde weitgehend durch die ablehnenden Stellungnahmen der Landesjustizverwaltungen veranlaßt, sie erfolgte mit einer Mehrheit von 11:9 (Lang-Hinrichsen, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten für den 43. Dt. Juristentag, 1960, S. 69, 72).

geben, indem sie die Unentbehrlichkeit der Strafe für die „Errichtung des rechtlichen Zustandes“, welches ihm als der alleinige Staatszweck erscheint, nachzuweisen sucht. Die Abschreckung als Strafzumessungsgrund des konkreten Strafauspruchs<sup>14</sup> liegt nicht nur außerhalb seiner theoretischen Absicht, sondern wird von ihm sogar als schädlich zurückgewiesen<sup>15</sup>.

Dies zeigt, daß *Feuerbach* mit der Theorie des „psychologischen Zwangs“ von dem Gedanken der Strafe als „moralische Vergeltung“ abrücken wollte, den er ablehnte, weil er einer sittlichen, nicht einer rechtlichen Ordnung angehöre, und weil seine Verwirklichung unmöglich sei<sup>16</sup>. *Radbruch* nennt deswegen „die scharfe Trennung von Recht und Moral“ *Feuerbachs* „rechtsphilosophische Großtat“<sup>17</sup>, obwohl doch *Feuerbach* Recht und Sittlichkeit nur trennte, weil er die alte Moral durch eine neue, liberale<sup>18</sup> und utilitaristische, ersetzen wollte. Als gesellschaftliches Phänomen kann das Strafrecht schlechthin nicht jenseits der jeweiligen ethischen Vorstellungen bestehen. Worin deshalb *Feuerbachs* Originalität zu sehen ist, ist seine rationale Auffassung von der Strafe<sup>19</sup>, nicht die Verreibung der Sittlichkeit aus dem Strafrecht, sondern die Ersetzung einer irrationalen durch eine, wiewohl einseitig eudämonistische, rationale Moral.

2. In der heutigen Theorie hat der Strafzweck der Generalprävention ein anderes Gesicht. Daß die Strafe abschrecken soll, insofern als ein sanktionsloses Strafrecht nicht auf hinreichende Befolgung rechnen könnte, ist kein Streitpunkt. Worum vielmehr die Auseinandersetzung kreist, ist die Frage, ob Gesetz und Richterspruch den Gedanken der allgemeinen Abschreckung in der Weise verwirklichen sollen und dürfen, daß die im Einzelfall zu bemessende Strafe in ihrer Höhe dadurch beeinflusst wird. Ist die Generalprävention ein rechtlich zulässiger oder wenigstens rechtspolitisch wünschbarer Strafzumessungsgrund?

Die Eigentümlichkeit generalpräventiver Strafzumessung besteht darin, daß sie sich nicht an dem zu Bestrafenden als dem Täter der Tat ausrichtet, sondern an der Tat des Täters<sup>20</sup>, deren friedensstörende Wirkung sie nicht (rückblickend) ausgleichen will, sondern nur (vorausblickend) zum Anlaß nimmt, um möglichen anderen Tätern das Risiko eines Rechtsbruches einzuschärfen. Die generalpräventive Strafzumessung geht aus einem psychologischen Kalkül hervor, dessen einzige sichere Größe die geschehene Tat ist, dessen andere Faktoren aber — Vorhandensein möglicher Täter, Kenntnis dieser möglichen Täter von der Bestrafung, Eindruck der Bestrafung auf diese Täter — hypothetisch vorausgesetzt werden müssen<sup>21</sup>. *Eberhard Schmidt* hält es angesichts dieses Befundes für eine „reine Fiktion“, vom Einzelurteil als solchem eine abschreckende Wirkung zu erwarten<sup>22</sup>. Doch sind diese kriminalpolitischen Überlegungen über die Wirksamkeit generalpräventiver Strafzumessung nicht die einzige und nicht einmal die wesentliche Bewertungsgrundlage für die Beurteilung der Generalprävention. Denn ausschlaggebend ist, ob eine Begründung dafür gefunden werden kann, daß gerade dieser Täter, den ja die generalpräventive Strafzumessung nur wegen der gewünschten Wirkung seiner Bestrafung auf die Rechtsgemeinschaft, also von ihm aus gesehen zufällig, in dieser Höhe büßen läßt, zum Vehikel der Abschreckung gemacht, daß ihm ein „stellvertretendes Leiden“ (*Baumann*) auferlegt, daß er — wie es die

Strafrechtslehre vielfach ausdrückt<sup>23</sup> — als bloßes Mittel eines staatlichen Zweckes benutzt werden darf, da er doch die etwaige rechtsfeindliche Absicht möglicher Täter nicht zu vertreten hat. „Wo ist die Verantwortung des Verurteilten für jene anonyme Masse der Dritten, die eine solche Schärfung allenfalls rechtfertigen könnte?“ (*Eberhard Schmidt*). Es ist die nahezu einhellige<sup>24</sup> Auffassung der Strafrechtstheorie, daß sich eine derartige Verantwortung des Täters nicht begründen läßt und daß eine das Maß der Schuld übersteigende Strafverschärfung aus generalpräventiven Gründen vor dem Forum der erreichten Rechtskultur ungerecht, weil willkürlich ist. In der schuldentsprechenden Strafe wird die allein sinnvolle Verwirklichung des Abschreckungsgedankens gesehen<sup>25</sup>, so wie es auch die Denkweise des Entwurf von 1956 war. Selbst wenn eine bestimmte Kriminalität gefährlich zunimmt, soll der Strafrichter nicht die Rolle der Polizei übernehmen, indem er generalpräventive Strafschärfungen ausspricht; vielmehr kann dieser Tatumstand zum Schuldfaktor werden<sup>26</sup> und auf diesem Wege, aber auch nur so, zu einer Strafschärfung führen.

3. Während die Theorie eine generalpräventive Strafzumessung de lege lata und de lege forenda verwirft, erkennt die Praxis der Strafgerichte die Abschreckung als erlaubten Strafzumessungsgrund an<sup>27</sup>. Als Einfallstor der Generalprävention hat sich besonders § 23 III Nr. 1 StGB erwiesen, wonach eine Strafaussetzung zur Bewährung nicht angeordnet werden darf, wenn „das öffentliche Interesse“ die Vollstreckung der Strafe erfordert<sup>28</sup>.

Das RG hatte den Abschreckungszweck als einen bei der Strafzumessung berücksichtigungsfähigen Nebenstrafzweck zugelassen<sup>29</sup> und daran hat die Rechtsprechung nach 1945 festgehalten<sup>30</sup>. Die Korrelation von Schuld und Strafe ist jedoch dadurch deutlicher als Rückgrat der Strafzumessung in den Vordergrund gestellt worden, daß die Berücksichtigung der Generalprävention nur in dem Rahmen als erlaubt betrachtet wird, den einerseits die „schon schuldangemessene“, andererseits die „noch schuldangemessene“ Strafe abstecken. Diese „Spielraumtheorie“ des 5. Strafsenats des BGH<sup>31</sup> beruht auf der Annahme, daß der einem Täter für eine Tat vorzuwerfenden Schuld nicht eine einzige, genau bestimmte Strafe, sondern eine endliche Anzahl von noch bzw. schon schuldangemessenen Strafen zuzuordnen sei, unter denen der Strafrichter nach seinem Ermessen eine Strafe zu wählen habe, wobei er dem Abschreckungsgedanken durch die Wahl einer höheren Strafe Rechnung tragen kann. Diese Theorie vermag, wie es scheint<sup>32</sup>, die Antinomie der Strafzwecke zu lösen, allerdings durch das Paradox, daß zwar eine Überschreitung der schuldangemessenen Strafe um der Abschreckung willen nicht zu-

<sup>14</sup> *Baumann*, Grundbegriffe und System des Strafrechts, 1962, S. 14; *Jagusch*, LK. 8. Aufl. 1957, vor § 13, B I 2 c; *Maurach*, Strafr, AT, 2. Aufl. 1958, § 7 II 2; *Hellmuth Mayer*, Strafr aaO § 8 III 2 und Strafrechtsreform aaO S. 32; *Stree* aaO S. 38 ff.; *Warda* aaO S. 166 f.; *Weizel*. Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl. 1960, § 32 II.

<sup>15</sup> *Abw. Dreher-Maassen*, StGB, 3. Aufl. 1959, Vorbem. vor § 13, I 1 b; *Hardwig*, Tat- und Täterstrafrecht im Lichte der Strafrechtsreform, MSchrKrim 43 (1959), 1/12 f.

<sup>16</sup> *Baumann*, Strafrecht, AT, 2. Aufl. 1961, § 3 II 2, und Grundbegriffe aaO S. 14 f.; *Bruns* aaO S. 24; *Maurach* aaO § 7 I 3.

<sup>17</sup> *Lang-Hinrichsen* aaO S. 71 f.; *Hellmuth Mayer*, Strafr aaO § 58 III 2 a; *Warda* aaO S. 168; *Weizel* aaO § 33 II.

<sup>18</sup> Bei der Entscheidung darüber, ob eine Jugendstrafe erforderlich oder ein Zuchtmittel ausreichend ist, dürfen, wie § 17 II JGG ergibt, generalpräventive Gesichtspunkte keine Rolle spielen (BGH JR 54, 149).

<sup>19</sup> Die entspr. Vorschrift in E 1960 und 1962 ist § 75 I: „Strafaussetzung wird nicht angeordnet, wenn die Schuld des Verurteilten oder die Aufgabe der Strafe, der Begehung von Straftaten entgegenzuwirken, die Vollstreckung gebietet.“

<sup>20</sup> RGSt 58, 106. RG JW 37, 3083 (betr. § 5 BlutschutzG) ließ eine generalpräventive Strafschärfung sogar zu, wenn erst nach der Tat eine starke Zunahme der Fälle von „Rassenschande“ eingetreten ist. — Eine eindrucksvolle Schilderung der terroristischen Praxis generalpräventiver Strafzumessung im Dritten Reich gibt *Bruns*, Generalprävention aaO.

<sup>21</sup> OGHSt 3, 150; BGHSt 6, 125, 126 f. = JZ 54, 516; 10, 330; BGH bei *Dallinger* MDR 57, 527.

<sup>22</sup> BGHSt 7, 28, 32 = JZ 55, 504 mit Anm. v. *Schneidewin*; 7, 88, 89.

<sup>23</sup> Auf die möglichen Einwände wird später eingegangen werden.

<sup>14</sup> Dies war die Theorie *Kleins*, des literarischen Gegners *Feuerbachs*.  
<sup>15</sup> aaO § 18. <sup>16</sup> aaO § 18.

<sup>17</sup> Eine *Feuerbach-Codenkrede*, 1952, S. 9.

<sup>18</sup> *Radbruch* stellt an anderer Stelle (Rechtsphilosophie, § 22) dar, inwiefern die Abschreckungstheorie aus liberaler Ideologie entspringt.

<sup>19</sup> Vgl. dazu *Bloch*, Naturrecht und menschliche Würde, 1961, S. 107, 295.

<sup>20</sup> Vgl. *Franz v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I. Bd., 26. Aufl., bearb. von *Eb. Schmidt*, 1932, S. 32.

<sup>21</sup> Wie unsicher eine kriminologische Beurteilung der generalpräventiven Strafe ist, hat jüngst wieder *Joachim Hellmer* (Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, JZ 63, 193, 199) ins Gedächtnis gerufen.

<sup>22</sup> Strafzweck und Strafzumessung aaO S. 18 und Vergeltung, Sühne und Spezialprävention aaO S. 193.

lässig ist<sup>33</sup>, aber gleichwohl die Höhe der konkreten Strafe auch durch generalpräventive Gesichtspunkte bestimmt wird. Deshalb darf die „außergewöhnliche Häufung“ von bestimmten Straftaten „in der letzten Zeit oder im Bezirk des Gerichts“ strafschärfend berücksichtigt werden<sup>34</sup>. Hierbei darf jedoch nicht einfach unter Berufung auf die „ständig zunehmende Anzahl“ bestimmter rechtswidriger Handlungen gesagt werden, daß der Gedanke der Abschreckung allgemein eine harte, abschreckende Strafe erheische, sondern es muß die generalpräventive Strafschärfung aus der „besonderen Gestaltung des einzelnen Falles“ begründet werden<sup>35</sup>.

Bei der Auslegung des Ausdrucks „öffentliches Interesse“ in § 23 III Nr. 1 StGB wurde zunächst dem Strafzweck der Generalprävention eine besondere und selbständige Bedeutung beigemessen, im folgenden<sup>36</sup> aber die Heranziehung des Abschreckungsgedankens eingeschränkt, indem eine „umfassende Abwägung“ der Tat gegen die Täterpersönlichkeit, orientiert an den Gesichtspunkten der Sühne, der Abschreckung, der Wirkung auf die allgemeine Rechtsüberzeugung und gegebenenfalls der Genugtuung des Verletzten verlangt, und indem eine Substantiierung der möglichen Abschreckungsfunktion<sup>37</sup> gefordert wurde<sup>38</sup>.

Die Praxis räumt somit dem Strafzweck der Generalprävention nach wie vor einen Einfluß auf Höhe und Vollstreckung der konkreten Strafe ein, wenn sie auch den Abschreckungsgedanken mit dem Schuldprinzip zu versöhnen sucht und seine Verwirklichung im Einzelfall an einschränkende Voraussetzungen bindet.

4. Die Grundsätze über die Strafzumessung sind im geltenden Recht weitgehend in ungeschriebenen Rechtssätzen niedergelegt. Deshalb kann auch in der Regel dem geschriebenen Recht über die Zulässigkeit generalpräventiver Strafzumessung im allgemeinen und im Einzelfall nichts entnommen werden. Eine wichtige Ausnahme macht hier allerdings das Militärstrafrecht.

Im II. Weltkrieg bot der § 5 a der VO über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz (KSSVO) vom 17. 8. 1938 i. d. F. der VO vom 31. 3. 1943 (RGBl. I S. 261) eine fragwürdige Rechtsgrundlage für terroristische Strafurteile in bestimmten Fällen, „wenn es die Aufrechterhaltung der Manneszucht oder die Sicherheit der Truppe“ erforderte. In dieser Vorschrift trat das allein zweckhafte und nach der Gerechtigkeit, d. h. der Rechtsidee, nicht fragende Denken der Staatsräson, das sich hinter dem für die Strafzumessung zugelassenen Abschreckungsgedanken als letztes Agens verbirgt, ungebrochen zutage.

Das geltende Militärstrafrecht schreibt — wie es scheint — die Berücksichtigung des Abschreckungsgedankens für einen eng begrenzten Bereich in § 12 WStG vor. Danach ist bei nicht-militärischen Straftaten die Verurteilung zu einer Geldstrafe ausgeschlossen, wenn das Gesetz die Wahl zwischen Freiheitsstrafe und Geldstrafe läßt oder wenn an sich eine Anwendung des § 27 b StGB in Betracht käme, sofern „die Wahrung der Disziplin eine Freiheitsstrafe erfordert“. „Disziplin“ bezieht sich dabei sowohl auf das Verhalten des Täters selbst, als auch auf das der Mitglieder des Truppenkörpers, dem der Täter angehört. Nach der Auslegung von Dreher-

*Lackner-Schwalm*<sup>39</sup> läßt diese Norm eine Überschreitung der schuldangemessenen Strafe, die nämlich eine Geldstrafe wäre, aus Gründen der Generalprävention zu, fordert also selbst für den Fall eine Strafschärfung, daß dem Täter die Gefährdung der Disziplin nicht vorzuwerfen ist.<sup>40</sup>

## II.

Wenn der Frage nachgegangen wird, ob Strafurteile, die der Generalprävention einen Einfluß auf die Strafhöhe oder Strafart einräumen, und Rechtssätze, die dem Strafrichter eine Berücksichtigung des Abschreckungsgedankens bei der Strafzumessung erlauben oder vorschreiben, mit Art. 1 I GG in Einklang stehen, kann auf einen gesicherten rechtlichen Inhalt dieses Verfassungsrechtssatzes nicht rekurriert werden. Die Auslegung, die Art. 1 I GG bisher in Theorie und Praxis gefunden hat, hat zwar eine Anzahl ethischer, anthropologischer, metaphysischer und selbst theologischer Gesichtspunkte zutage gefördert, die in dieser Norm rezipiert sein sollen, doch dabei ihr Augenmerk vorzüglich diesen philosophischen Vorstellungen zugewandt, wenig aber der Frage, ob, inwieweit und in welcher Weise derartige Auffassungen durch die Positivierung Rechtsfolgen hervorzubringen vermögen. Ebenso sind bisher kaum<sup>41</sup> methodische Kriterien angegeben worden, die eine sichere Aussage darüber begründen könnten, welche der verschiedenen Anthropologien der zeitgenössischen Philosophie als durch Art. 1 I GG rezipiert gelten darf.

1. Bei der Suche danach, was unter „Würde des Menschen“ zu verstehen sei, übte naturgemäß *Kants* Lehre von der Autonomie der sittlich handelnden Person eine große Anziehungskraft aus. Besonders ein Halbsatz aus der „Metaphysik der Sitten“, der von *Kant* als Begründung dafür niedergeschrieben ist, daß die richterliche Strafe niemals bloß ein Mittel sein dürfe, ein anderes Gute (Besserung des Täters, Schutz der Gesellschaft) zu befördern<sup>42</sup>, ist — formelhaft abgeschliffen — weithin als Interpretament eingeführt worden: Handlungen, die den Menschen nicht als Selbstzweck, sondern als Mittel zu einem ihm äußerlichen Zweck, als Objekt staatlicher Tätigkeit, benutzen, verletzen Art. 1 I GG<sup>43</sup>. Nach nahezu einhelliger Auffassung hat Art. 1 I GG die Anthropologie der idealistischen, „personalen“ Ethik verfassungsrechtlich verankert, wonach der Mensch „Persönlichkeit“ sei, dadurch, daß er anders als das Tier zu verantwortlichem ethischen Handeln befähigt sei; der Verfassungsbefehl gebiete, alle staatliche Tätigkeit an dieser Auffassung vom Menschen auszurichten, und verbiete alle staatliche Tätigkeit, die diese Auffassung vom Menschen mißachte<sup>44</sup>. Auch das *BVerfG* sieht die „Würde“

<sup>33</sup> Wehrstrafgesetz, 1958, § 12, RNR. 9.

<sup>34</sup> Wie sich aus RNR. 20 zu § 11 ergibt, lassen *Dreher-Lackner-Schwalm* an O eine Überschreitung der schuldangemessenen Strafe im Interesse der Disziplin auch im Rahmen der Strafzumessung bei militärischen Straftaten zu. *Herbert Arndt*, Wehrstrafrecht, 1958, S. 121, nennt die Wahrung der „Manneszucht“ als einen im Militärstrafrecht allgemein zulässigen Strafschärfungsgrund.

<sup>35</sup> Dies gilt nicht für *Wertenbruch*, Grundgesetz und Menschenwürde, 1958, wo die hermeneutischen Fragen gestellt und untersucht werden.

<sup>36</sup> „... der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandelt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wiewohl ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt...“ (Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, Der Rechtslehre zweiter Teil: Das öffentliche Recht, Erster Abschnitt: Das Staatsrecht, Allgemeine Anmerkung E, I).

<sup>37</sup> *Dahm*, Deutsches Recht, 2. Aufl. 1963, S. 504; *Dürig*, Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117, 127 und Maunz-Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1, RNR. 28; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 1961, S. 118; *Hellmuth Mayer*, StrafR aaO § 7 II; *Nipperdey*, Die Würde des Menschen, Die Grundrechte II (1954), 1, 7, 10; *Stree* aaO S. 37; *Wernicke*, BonnKomm., Art. 1 Erl. II 2 b; *BVerfGE* 1, 159, 161 — JZ 54, 757.

<sup>38</sup> *Bohne*, Menschenwürde und Strafrecht, Recht Staat Wirtschaft 3 (1951), 20, 28 f.; *Coling*, Das Grundrecht der Menschenwürde usw., SJZ 47, Sp. 641, 644; *Dürig*, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 52, 259, 260 f. und Grundrechtsatz aaO S. 125 und Maunz-Dürig aaO RNR. 17, 18; *Arthur Kaufmann* aaO S. 117; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, C II; *Löw*, Ist die Würde des Menschen im GrundG eine Anspruchsgrundlage? DÖV 58, 516, 519; v. *Mangoldt-Klein*, GG, Bd. 1, 1957, Art. 1 Anm. III 7; *Maunz*, DStR, 10. Aufl. 1961, § 14 II 1; *Hellmuth Mayer*, StrafR aaO § 7 II; *Niese*, Narkoanalyse als doppeifunktio-

<sup>33</sup> Vgl. *BGH VRS* 11, 49.

<sup>34</sup> *BGHSt* 17, 321, 324. Ebenso: *BGHSt* 17, 354, 357 (Fahren unter Alkoholeinfluß); *BGH*, Urt. v. 23. 11. 1982 — 4 StR 368/82 (nach *Bruno*, Generalprävention aaO S. 14); *OLG Hamm* NJW 56, 1729 (Meineld durch unrichtigen Offenbarungseid).

<sup>35</sup> *BGH MDR* 58, 180 (betr. tödliche Verkehrsunfälle).

<sup>36</sup> Wichtig hierfür ist der sogen. *Waldshuter Fall* (*BGH MDR* 57, 389 = *VRS* 13, 24).

<sup>37</sup> Vgl. *BGH GA* 1900, 20; *BGH VRS* 20, 429. Dem Versuch des *OLG Köln* (NJW 61, 1936; abl. Anm. v. *Seibert* und *Hanack* NJW 61, 2221 f.), bei Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr auch noch zwischen Männern und Frauen zu differenzieren, ist der *BGH* allerdings, nach einer Vorlage des *OLG Braunschweig*, nicht gefolgt (*BGHSt* 17, 354).

<sup>38</sup> *BGH LM* § 23 StGB Nr. 7; *BGHSt* 8, 125; *BGH* NJW 55, 30 und 996; *BGH VRS* 15, 412 und 18, 347; *BGHSt* 11, 393; *Bruno*, Die Strafaussetzung zur Bewährung, GA 1956, 193/214 ff.; *Maurach* aaO § 59 II F 3.

des Menschen in seiner „sittlichen Persönlichkeit“<sup>44</sup>. Der Bay-VerfGH hat sich diese Auffassung in einer ganzen Reihe von Entscheidungen zu Art. 100 BayVerf zu eigen gemacht, noch besonders unterstützt durch die Formulierung dieses Verfassungsrechtssatzes, der nicht von der „Würde des Menschen“, sondern von der „Würde der menschlichen Persönlichkeit“ spricht<sup>45</sup>. Diese persönlichkeitsorientierte Interpretation des Art. 1 I GG ist häufig mit einer Anlehnung an die *Scheler-Hartmannsche* „materiale Wertethik“ verbunden und begreift dann die in diesem Satz gefundene Positivierung der personalen Anthropologie als „obersten“ oder „zentralen“ Wert und „tragendes Konstitutionsprinzip“ des Grundgesetzes<sup>47</sup>; „Würde“ sei ein „Wertbegriff“, der den Menschen nicht als isoliertes Individuum, sondern als „Wertträger“, der wenigstens potentiell eines „Werterlebnisses“ fähig sei, voraussetze<sup>48</sup>.

„Würde des Menschen“ ist jedoch nicht nur im Sinne der Kantischen Tradition verstanden worden. *Wertenbruch* hat Art. 1 GG als eine Aufnahme der Vorstellung von einer theonomen Personalität des Menschen gedeutet<sup>49</sup> und damit die Verfassungsrechtslehre über die Philosophie hinaus auf die Theorie verwiesen. Andererseits hat *Bloch*, allerdings nicht in verfassungsrechtlicher Absicht, eine auf *Marx* fußende Auffassung von der menschlichen Würde entwickelt<sup>50</sup>.

2. Eine Auslegung des Art. 1 I GG, die darin die Positivierung einer bestimmten philosophischen Anthropologie erblickt, die überdies als Bestandteil einer vorgegebenen Wertordnung verstanden wird, müßte angeben können, welche Anhaltspunkte der auszulegende Rechtssatz selbst oder das System von Rechtssätzen, in den dieser eingeordnet ist, dafür bieten, daß überhaupt eine philosophische Anthropologie rezipiert werden sollte und daß gerade diese Anthropologie rezipiert werden sollte. Diese methodische Forderung muß gestellt werden, weil es seit dem Ende des Mittelalters eine von allen Rechtsgenossen als selbstverständlich empfundene und deshalb auch als Grundlage allen gesetzten Rechts vorausgesetzte Ethik

nelle Prozeßhandlung, ZgesStrW 63 (1951), 199, 225; *Nipperdey* aaO S. 2, 4, 10; *Sax* aaO S. 937, 963; *Wernicke*, BonnKomm., Art. 1 Erl. II 1 a; *Wintrich*, Die Bedeutung der „Menschenwürde“ für die Anwendung des Rechts, BayVerfBl. 57, 137, 138; *Ernst Wolf*, Die Freiheit und Würde des Menschen, Recht Staat Wirtschaft 4 (1953), 27, 31. — *Hamann*, Das Grundgesetz u.s.f., 2. Aufl. 1961, Art. 1, Anm. B 1 a, wendet sich dagegen, Art. 1 I GG auf ein bestimmtes „Menschenbild“ zu beziehen.

<sup>45</sup> BVerfGE 9, 167, 171.

<sup>46</sup> Der Mensch als Person sei Träger höchster geistig-sittlicher Werte und verkörpere einen sittlichen Eigenwert, der unverlierbar und auch jedem Anspruch der Gemeinschaft gegenüber eigenständig und unantastbar sei. Die Würde der Person sei dieser Innere und zugleich soziale Wert und Achtungsanspruch, der dem Menschen um seinerwillen zukomme (BayVerfGH VCHE n. F. 1 II 29, 32; 2 II 85, 91; 8 II 52, 57; 9 II 27, 37; 9 II 109, 111; 10 II 63, 68; 11 II 81, 89). In den ersten Entscheidungen war noch hinzugefügt, daß eine Verletzung der Persönlichkeit nur dann vorliege, wenn über die Auswirkung für den Betroffenen hinaus die menschliche Würde als solche ohne Berücksichtigung der Einzelperson getroffen erscheine. Dies mochte das Mißverständnis begünstigen, daß es mehr um einen sittlichen Wert der Gemeinschaft gehe, als um den einzelnen, stieß deshalb auf Kritik (*Nipperdey* aaO S. 3) und ist später nicht wiederholt worden.

<sup>47</sup> Nach *Nowitsky-Lusser*, BayVerf. 1948, Erl. zu Art. 100, und *Nowitsky-Lechner*, Ergänzungsband, 1953, Erl. zu Art. 100, war bei der Schaffung des Art. 100 BayVerf an die Aufstellung eines zentralen Rechtsgutes als elementarer Grundlage der Grundrechte „in keinem Augenblick“ gedacht; dieser Satz sollte nur die Anerkennung der menschlichen Persönlichkeit im neuen Staat betonen.

<sup>48</sup> *Dürig*, Grundrechtssatz aaO S. 119 und Maunz-Dürig aaO RNr. 4; *Wintrich* aaO S. 137, 138; *BVerfGE* 6, 32, 36, 41 = JZ 57, 167 ff. mit Anm. v. *Dürig*.

<sup>49</sup> *Dürig*, Menschenauffassung aaO S. 259 und Maunz-Dürig aaO RNr. 15, 17; v. *Mangoldt-Klein* aaO Anm. III 3 b und c; *Nipperdey* aaO S. 2. — *Jescheck*, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, Recht und Staat H. 198/199, 1957, S. 7, verteidigt das Denken in einer transsubjektiven Wertordnung gegen *Sartres* Existentialismus, für den der Mensch selbst der alleinige Schöpfer der Werte ist, die Werte also nicht vorgefunden werden.

<sup>50</sup> Grundgesetz und Menschenwürde, 1958, insbes. S. 181 ff. — Auch *Dürig*, Menschenauffassung aaO S. 260, sieht in Art. 1 I GG eine bewußte oder unbewußte Rezeption des christlichen Persönlichkeitsbegriffes.

<sup>51</sup> Naturrecht und menschliche Würde, 1961.

nicht gibt, sondern nur konkurrierende Auffassungen vom Guten und vom Menschen. Wie aus dieser Situation der weltanschaulich neutrale Staat als Instrument der Sozialordnung in einer weltanschaulich gespaltenen Gesellschaft hervorgehen mußte, so das Rechtsetzungsmonopol dieses Staates und damit zwangsläufig eine Unterscheidung der Sätze des Rechts und der Sätze der Ethik. Diese Unterscheidung bedeutet nicht eine Trennung der Bereiche des Rechts und der Ethik; denn das Rechtserzeugungsorgan der Rechtsgemeinschaft kann sich bei der Rechtsetzung an den in dieser Gemeinschaft vorherrschenden und sogar an den nur von einer Minderheit anerkannten ethischen Normen orientieren und ist bei einer ganzen Anzahl von Sachverhalten nur so in der Lage, eine sachgemäße Regelung zu schaffen. Doch bleibt auch in diesem Fall die Unterschiedenheit der ethischen und der rechtlichen Sätze erhalten<sup>51</sup>, da die verschiedene Entstehung, Funktion und Wirkungsweise beider Klassen von Sätzen nicht aufgehoben wird. Daraus folgt für die Sätze der Ethik, daß sie an Geltung nichts gewinnen, wenn sie durch ein Rechtsetzungsorgan einem Rechtssatz zugrunde gelegt werden, und für die Sätze des Rechts, daß ihr Inhalt nicht ohne weiteres, d. h. ohne Anhaltspunkte in der Rechtsordnung, durch einen Rekurs auf eine Ethik festgestellt werden kann.

Das Grundgesetz enthält weder explizit noch implizit einen Hinweis darauf, daß durch seinen Art. 1 I eine personale und materiale Ethik zur Basis des Verfassungsrechts und damit der gesamten Rechtsordnung gemacht werden sollte. Es ist zwar stets möglich, Rechtssätze unter dem Blickwinkel einer bestimmten Vorstellung vom Menschen zu betrachten, doch können sich aus diesem rechtssoziologischen oder rechtsphilosophischen Ansatz nicht ohne weiteres Aussagen über Rechtsfolgen ergeben. Demgegenüber besitzt das weitere Argument, daß die personale Anthropologie und die materiale Wertethik in dem Forum, in welchem über ihre Stichhaltigkeit zu entscheiden ist, nämlich im Forum der Philosophie, starken Einwänden ausgesetzt sind<sup>52</sup>, nur zweiten Rang. Immerhin aber wird dadurch insofern das Augenmerk auf die notwendige Unterscheidung von Sätzen der Ethik und des Rechts gelenkt, als die rechtliche Geltung und die rechtliche Bedeutung des Art. 1 I GG nicht mit dem Schicksal einer bestimmten philosophischen Lehre verknüpft sein können.

Das Verständnis des Art. 1 I GG im Sinne einer personalen Wertethik ist überdies einem spezifisch verfassungsrechtlichen Bedenken unterworfen, das in der Diskussion um die Methode der Grundrechtsauslegung eine wesentliche Rolle spielt und das besonders *Forsthoff* verdeutlicht hat. Eine nicht mit den Mitteln einer juristischen Interpretationslehre — und das brauchten und dürften nicht nur die Mittel der herkömmlichen Hermeneutik sein — arbeitende, sondern in einer Wertordnung denkende Anwendung des Grundrechtskatalogs verringert die Berechenbarkeit der Rechtsfolgen<sup>53</sup>, weil die Rechtsfindung zur Wertfindung und -abwägung wird, dieser Vorgang aber im Kern nicht rationales Erkennen, sondern — wenn auch innerhalb bestimmter Grenzen — voluntatives Wählen ist, begünstigt eine Ideologisierung der Rechtsordnung<sup>54</sup>, weil es

<sup>51</sup> Ebenso *Apelt*, Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz, NJW 49, 481, und *Dürig*, Menschenauffassung aaO S. 260.

<sup>52</sup> Vgl. *Weischedel*, Recht und Ethik, 2. Aufl. 1959; *Weisel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1962, S. 170 ff. und 220 ff.; *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, 1958, und Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 61, 337—345.

<sup>53</sup> *Heinrich Lehmann* schrieb zu Art. 151 I WRV: „Wenn Abs. 1 nur ein allgemeines vages Gerechtigkeitsideal aufstellen würde, unter dem sich jeder vorstellen kann, was ihm beliebt, wenn man in ihm die positiv-rechtliche Feststellung eines grundlegenden naturrechtlichen Rechtsprinzips zu erblicken hätte, würde man schon aus Gründen der Rechtssicherheit den Versuch ablehnen müssen, aus ihm eine Schranke der Gesetzgebung zu gewinnen“ (Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, III/1930, S. 125, 130).

<sup>54</sup> Indem ein Freiheitsrecht als Schutznorm für einen in die allgemeine Wertordnung des Grundgesetzes eingebetteten Wert verstanden wird, erfährt es eine zusätzliche, ideologische Begrenzung. Die Implikationen dieses Grundrechtvorbehalts zeigen zwei Entscheidungen zu Art. 4 I GG (*BVerfGE* 12, 1 = JZ 61, 120; *BGH* NJW 63, 761). Das *BVerfG* relativ-

nicht einen allgemein akzeptierten Wertkosmos, sondern nur konkurrierende Wertvorstellungen gibt, und verändert das verfassungsrechtlich eingesetzte Verhältnis von gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt, weil es dem Verfassungsgericht eine, wenn auch beschränkte, Möglichkeit gibt, Wertentscheidungen des Gesetzgebers zu korrigieren. Alle diese Gesichtspunkte müssen sich mit weittragender Schärfe gerade bei der Anwendung des Art. 1 I GG auswirken, wie deutlich an einem Ausspruch des *BayVerfGH* zu Art. 100 BayVerf sichtbar wird. Nach dieser Entscheidung fehlt in Art. 100 BayVerf ein fest umrissener gesetzlicher Tatbestand, da dieser Verfassungssatz sittliche Werte in die Rechtsordnung übernehme. Deswegen sei es Aufgabe der Rechtsprechung, diesen Tatbestand näher zu konkretisieren<sup>64</sup>. Bedenkt man, daß der Satz von der „Würde des Menschen“ als Basis der Verfassung und der Rechtsordnung betrachtet wird, muß diese Auffassung dazu führen, daß die Herrschaft des Gesetzgebers, des „geborenen“ und natürlichen Organ(s) der Rechtsetzung<sup>65</sup>, in Frage gestellt wird, daß die Herrschaft des Gesetzes Gefahr läuft, durch die Herrschaft der Entscheidungen der Verfassungsgerichte verdrängt zu werden, und daß durch die Verflüssigung der Grenze zwischen Recht und Sittlichkeit die nur dem demokratisch legitimierten Recht eigentümliche gesellschaftliche Ordnungsfunktion verlorenzugehen droht. Daß diese in der werttheoretischen Auslegung angelegten Tendenzen bisher nicht wirksam geworden sind, ist das Verdienst der sorgfältig auf die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit achtenden Rechtsprechung des *BVerfG*.

Diese Überlegungen lassen es fraglich erscheinen, ob mit dem Verständnis des Art. 1 I GG als einer Basis für ein Wertsystem der Grundrechte<sup>67</sup> wirklich etwas gewonnen ist. Die angeschnittenen Aporien, in die eine werttheoretische Interpretation zwangsläufig geraten muß, ließen sich möglicherweise vermeiden, wenn man eine teleologische Auslegung bevorzugt und den rechtlichen Inhalt des Satzes von der Würde des Menschen durch eine Kasuistik klarer Verletzungstatbestände zu sichern sucht.

3. Die Aufstellung von Grundrechtssätzen erklärt sich genetisch aus sozialen Auseinandersetzungen und Gewalttätigkeiten; eine systematische Absicht mag der Gliederung der Grundrechtskataloge und der Formulierung der einzelnen Verbürgungen zugrunde liegen, der sachliche Gehalt entspringt nicht der Spekulation, sondern der empfundenen Ungerechtigkeit und Freiheitsverkürzung. Die Grundrechte sind Antworten auf Gewalt, Unterdrückung und Willkür.

Mit Hilfe dieses allgemeinen Gedankens lassen sich für die Auslegung des Art. 1 I GG drei Anhaltspunkte gewinnen:

(a) Dieser Verfassungssatz reagiert auf die allgemeine Erfahrung, daß Abhängige, psychisch Abnorme, Asoziale, Ange-

vierte die Freiheit der Religionsausübung auf solche Betätigungen eines Glaubens, die sich bei den heutigen Kulturvölkern auf dem Boden gewisser übereinstimmender Grundanschauungen im Laufe der geschichtlichen Entwicklung herausgebildet haben. Der *BGH* führte den Gedanken weiter: Dem Grundgesetz liege das sittliche Bewußtsein der von seinem Geltungsbereich umfaßten Rechtsgemeinschaft zugrunde, daß alles wertbezogene Handeln unter dem Anspruch eines allgemein gültigen Wertens und Wollens stehe. Durch die Anerkennung dieses Anspruches und durch den Willen, ihm Geltung zu verschaffen, solle den in der Entwicklung der menschlichen Gesellschaft wirksamen sinn- und wertverwirklichenden Grundkräften des Daseins Raum gegeben und sollen die gleichfalls in ihr noch wirksamen wertverneinenden und wertezerstörenden Mächte abgewehrt werden. Einige Sätze weiter wird Mark. 2, 27 dafür herangezogen, was als sinnvolle Weise des Gottesdienstes und der Gottesverehrung zu gelten habe.

Ein solches Grundrechtsverständnis muß das Verfassungsrecht seiner friedensstiftenden Funktion berauben und die Freiheitsrechte einer unabwehrbaren Beschneidung aussetzen, weil es nur solche Tätigkeiten schützt, die jeweils als konform mit den „sinn- und wertverwirklichenden Grundkräften des Daseins“ betrachtet werden, die also m. a. W. nicht von den ideologischen Anschauungen der Mehrheit abweichen. Demgegenüber wurden die Freiheitsrechte, und gerade die Religionsfreiheit, im 17. und 18. Jh. nicht zuletzt als Schutzwehr der Minderheiten gegen die Mehrheit erkämpft und in diesem Gegensatz besitzen sie auch heute ihre vornehmste Funktion.

<sup>64</sup> BayVCHE n. F. 8 II 52, 57.

<sup>65</sup> *BVerfG* NJW 63, 32, 33.

<sup>67</sup> Vgl. *Dürig*, Grundrechtssatz aaO und *Maunz-Dürig* aaO RNr. 5.

hörige weltanschaulicher und rassischer Minderheiten und der staatlichen Straf- und Polizeigewalt Ausgesetzte in ihrer Rechtsstellung und persönlichen Integrität besonders gefährdet sind.

(b) Dieser Verfassungssatz reagiert auf die besondere Erfahrung des „Dritten Reiches“.

(c) Rechtssätze, in denen begrenzte Tatbestandsgruppen in Bezug zur Würde des Menschen gebracht worden sind, in denen diese also einen deutlicheren Inhalt erhalten hat, sind für die Auslegung des Art. 1 I GG heranzuziehen.

a) Die werttheoretische und personalistische Interpretation des Art. 1 I GG sieht den Menschen nicht so, wie er ist, sondern so, wie er nach einem bestimmten ethischen Ideal sein soll; seine Würde besteht gerade darin, daß er diesem Ideal entsprechen kann. Darin liegt eine Umfunktionierung dieses Verfassungsrechtssatzes; denn auf dessen Schutz ist gerade derjenige angewiesen, der durch Konstitution — der Geistesranke — oder Verhalten — der Asoziale — diesem Ideal der autonomen Persönlichkeit nicht entspricht. Deswegen ist das personalistische Verständnis paradoxerweise genötigt, die Anwendbarkeit des Art. 1 I GG auf die Personengruppen, deren „Würde“ vornehmlich in Gefahr ist, besonders zu betonen und zu begründen<sup>68</sup>, wie wenn es sich dabei um einen Grenzfall handeln würde. Darüber hinaus aber — und das ist gravierender als eine rechtssystematische Unebenheit — öffnet dieses Verständnis einen Weg, um die besonders schutzbedürftigen Personen unter gewissen Voraussetzungen von der Reichweite des Art. 1 GG auszuschließen. So hält es *Klein* für möglich, daß gegenüber „ausgekochten“ Verbrechern auch die Anwendung sonst menschenunwürdiger Vernehmungs- und Beweispraktiken denkbar wäre<sup>69</sup>, und *Arthur Kaufmann* vertritt die Ansicht, daß wegen der sittlichen Natur von Schuld und Strafe der Verbrecher durch die Tat seinen Anspruch, als Person respektiert zu werden, „teilweise verwirkt“ habe und erst durch die Strafe wieder so weit entschuldigt werde, daß er wieder in den „Vollbesitz“ seiner personalen Würde gelange<sup>70</sup>.

b) Willkür und Terror des „Dritten Reiches“, die einen atavistischen Rückfall hinter die in Jahrhunderten errungenen zivilisatorischen Regeln der Menschlichkeit darstellten und sich allgemein als eine Mißachtung der Würde des Menschen charakterisieren lassen, waren für den Verfassungsgeber des Grundgesetzes der Grund, vor den überkommenen Katalog der Grundrechte einen Satz über die Würde des Menschen zu stellen, so wie sie die erschreckte Menschheit veranlaßten, die „allen Mitgliedern der Menschheitsfamilie innewohnende Würde“ in der Präambel der UN-Deklaration der Menschenrechte vom 10. 12. 1948 anzurufen. Diese geschichtliche Erfahrung vermag deutlicher als jede Theorie über die sittliche Persönlichkeit des Menschen darüber Aufschluß zu geben, wie der Schutz der „Würde des Menschen“ in Art. 1 I GG vorzustellen ist. Eine Unterstützung für diese Auslegung sind dabei solche Rechtssätze des einfachen Gesetzesrechts, die aus derselben Erfahrung entsprungen sind. So verbietet Art. II Ziff. 4 der Proklamation des Kontrollrates Nr. 3 (Grundsätze für die Umgestaltung der Strafrechtspflege) vom 20. 10. 1945 (ABl. S. 6) Strafen, die gegen das gerechte Maß oder die Menschlichkeit verstoßen („excessive or inhuman punishments“). In Art. II Ziff. 1 lit. c des KontrollratsG Nr. 10 (Bestrafung von Personen, die sich Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen den Frieden oder gegen die Menschlichkeit schuldig gemacht haben) vom 20. 12. 1945 (ABl. S. 22) ist beispielhaft angegeben, was insbesondere als „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ („crimes against humanity“) anzusehen sind: Ausrottung, Versklavung,

<sup>68</sup> Z. B. *BayVerfGH* BayVGHE n. F. 10 II 101 für den Geisteskranken; *BGHSt* 5, 332, 334 für den Tatverdächtigen und den Straffälligen.

<sup>69</sup> v. *Mangoldt-Klein* aaO Anm. III 5 a.

<sup>70</sup> Das Schuldprinzip, 1961, S. 201.

<sup>71</sup> Vgl. dazu: v. *Hodenberg* SJZ 47, Sp. 113—124; *Cerhard Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, 1962, S. 98—100; *Radbruch* SJZ 47, Sp. 131—136. *Radbruch* verwies in diesem Zusammenhang bereits auf *Kant*, der die Humanität vornehmlich in der Achtung der Menschen-

Zwangverschleppung, Folterung, an der Zivilbevölkerung begangene unmenschliche Handlungen („inhuman acts“), Verfolgung aus politischen, religiösen und rassistischen Gründen . . . Ebenfalls mit Blick auf die Praxis des Dritten Reiches droht § 130 StGB Bestrafung für bestimmte friedensstörende Angriffe auf die Menschenwürde an, darunter die Aufstachelung zum Haß gegen Teile der Bevölkerung und die Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie<sup>62</sup>. Auch § 3 Nr. 3 a G 131<sup>63</sup>, wonach Personen i. S. der §§ 1 und 2 G 131, die durch ihr Verhalten während der Herrschaft des Nationalsozialismus gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen haben<sup>64</sup>, Rechte nach Kap. I G 131 nicht zustehen, gehört in diesen Zusammenhang<sup>65</sup>.

c) Geschriebene und ungeschriebene Rechtssätze, die den Verfassungsrechtssatz von der Würde des Menschen konkretisieren, finden sich besonders im Strafverfahrensrecht, so in § 136 a StPO<sup>66</sup>, durch den das staatliche Interesse an der Aufklärung einer Straftat auf eine Grenze stößt<sup>67</sup>. Ebenso verbietet dieser Verfassungsrechtssatz bestimmte Strafen und Nebenstrafen, wie etwa die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher<sup>68</sup>. Eine aus Art. 1 I GG allgemein für das Verfahrensrecht abzuleitende Rechtsfolge ist das Gebot des rechtlichen Gehörs für den Betroffenen<sup>69</sup>.

Eine weitere Gruppe von Tatbeständen, die sich als Mißachtung der Würde des Menschen darstellen, sind Eingriffe in die Intimsphäre des einzelnen, die diesen ungewollt an andere preisgeben, wie z. B. die geheime Tonbandaufnahme<sup>70</sup>.

Da die Selbstverwirklichung des einzelnen auch auf die Mittel des elementaren Lebensbedarfs angewiesen ist, ergeben sich aus Art. 1 I GG Rechtsfolgen für die Gestaltung und den Vollzug des Fürsorgerechts<sup>71</sup> und des Wirtschaftsrechts. Dementsprechend hatte bereits Art. 151 I WRV gefordert, daß die Ordnung des Wirtschaftslebens an dem Ziel einer gerechten Gewährleistung eines „menschenswürdigen Daseins für alle“ auszurichten sei und die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen nur in diesem Rahmen gegeben sein dürfe<sup>72</sup>. Im geltenden Fürsorgerecht bezeichnet es § 1 II S. 1 BSozialhilfeG als die Aufgabe der Sozialhilfe, dem Empfänger der Hilfe die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht. —

Diese auf verschiedene Sozialbereiche bezogenen Rechtssätze, Lehrmeinungen und gerichtlichen Erkenntnisse, in denen sich die gegenwärtige Rechtskultur in Aussagen über Be-

würde gesehen habe, die es gebiete, den Menschen als Selbstzweck zu behandeln, und verbiete, ihn zu einem bloßen Mittel für fremde Zwecke herabzuwürdigen.

<sup>62</sup> Vor Inkrafttreten der Neufassung des § 130 StGB durch das 6. StrafrechtsändG v. 30. 6. 1990 entschied der BGH, daß eine Schrift, welche fordere, daß kein Jude in der Bundesrepublik auf „irgendeinem maßgebenden Posten sitzen“ dürfe, verfassungsfeindlich sei, da rassistische Diskriminierung die Menschenwürde verletze.

<sup>63</sup> Diese Vorschrift ist durch Art. 1 Nr. 2 a des 2. ÄndG zum G 131 v. 11. 9. 1957 (BGBl. I S. 1275) in das G 131 eingefügt worden; sie ist nicht verfassungswidrig (BVerfGE 12, 264).

<sup>64</sup> Vgl. auch die zeitlich älteren, gleichlautenden Formulierungen in §§ 3 I S. 1, 11 Nr. 2 BVFG (dazu BVerwG DÖV 58, 119) und § 2 I Nr. 2 HäftlingshilfeG (dazu BVerwG DÖV 63, 509).

<sup>65</sup> Gemäß § 38 II S. 2 BRRG, § 56 II S. 3 BBG, Art. 65 II S. 3 BayBG bleibt die Verantwortung eines Beamten für eine dienstliche Handlung, die die Würde des Menschen verletzt, selbst dann bestehen, wenn die zugrunde liegende Anordnung trotz Gegenvorstellungen bestätigt wird. Vgl. auch § 11 I S. 2 SoldatenG.

<sup>66</sup> Nipperdey aaO S. 30 f.; Wintrich aaO S. 139.

<sup>67</sup> Dadurch sind auch „Geständnisdrogen“, Narkoanalyse und Lügendetektor, Ermittlungsinstrumente, die zu einer Aufschreibung ohne Achtung vor der Selbstbestimmung und der Intimsphäre des vermutlichen Täters führen, ausgeschlossen (Niese, Narkoanalyse aaO S. 226; Nipperdey aaO S. 30 f.; Wernicke, BonnKomm., Art. 1 Erl. II 2 b; BGHSt 5, 333).

<sup>68</sup> Jescheck, Menschenbild aaO S. 9.

<sup>69</sup> BVerfGE 9, 89, 95 = JZ 59, 207, 208.

<sup>70</sup> BGHZ 27, 284 = JZ 59, 60, dazu Reinhardt JZ 59, 41.

<sup>71</sup> Vgl. BVerwGE 1, 159, 161.

<sup>72</sup> Heinrich Lehmann aaO sah in diesem Verfassungssatz nicht nur ein Programm, sondern eine Richtlinie der Rechtsanwendung und eine Schranke des Gesetzgebers (insoweit abw. Anschütz, Die Verfassung des Dt. Reiches, 14. Aufl. 1933, Art. 151 Anm. 1).

grenzung und Auftrag der Staatsgewalt in Hinblick auf die Achtung des Menschen manifestiert, vermögen Anhaltspunkte für die Auslegung des Art. 1 I GG zu geben. Art. 151 I WRV hatte den Ausdruck „Menschenwürde“ in einen bereits konkretisierteren Kontext gestellt, das Grundgesetz dagegen hat ihn ohne Bindung an einen bestimmten Sozialbereich verwandt. Damit hat es einen Verfassungsrechtssatz von umfassender Allgemeinheit geschaffen, zugleich aber die Notwendigkeit hervorgerufen, diesem Satz durch Herausarbeitung typischer Anwendungsfälle einen berechenbaren Bezirk rechtlicher Wirkung zu geben.

4. Eine zugleich praktikable und juristisch scharfkantige Formel, die den Verfassungsrechtssatz von der Würde des Menschen für die Rechtsanwendung verdeutlichen könnte, ist nicht aufstellbar, ohne hinter dem teleologisch zu ermittelnden rechtlichen Gehalt des Art. 1 I GG zurückzubleiben oder ihn zu überschreiten. Das gilt auch für die bereits erwähnte Interpretationshilfe, daß alle die Handlungen die Menschenwürde verletzen, die einen Menschen nicht als Selbstzweck, sondern als Mittel für einen anderen Zweck behandeln. Denn dieser Satz läßt einerseits solche Handlungen, die gewiß auszuschließen sind, zu — beispielsweise die systematische Verfolgung rassistischer Minderheiten — und schließt andererseits Handlungen, die gewiß zuzulassen sind, aus — beispielsweise eine gesetzliche Verpflichtung zur Röntgenreihenuntersuchung zum Zwecke der Volksgesundheit<sup>73</sup>. Dieser Satz kann daher nur in der Weise für die Auslegung herangezogen werden, daß er als Verallgemeinerung über einen Teil der Kasuistik verstanden wird. Die andere Einsicht, daß die Menschenwürde eine Schranke der Staatsräson ist<sup>74</sup>, gibt zwar deutlich die für Art. 1 I GG wesentliche Grundanschauung wieder, daß die Interessen des Staates und der Gemeinschaft nicht schlechthin den Vorrang vor den Interessen des einzelnen haben, doch wird damit ebenfalls für die Rechtsprechung nur eine sehr allgemeine Richtlinie gegeben. Löst man die metaphorische Redeweise des Art. 1 I S. 1 GG auf, so läßt sich die Bedeutung dieses Satzes so ausdrücken: In der durch das Grundgesetz geordneten Rechtsgemeinschaft soll von Verfassungs wegen bei allen rechtlich relevanten Handlungen die Auffassung zugrunde liegen, daß jeder Mensch, von welcher Art er auch sei und wie auch immer er sich verhalte und in welcher Situation auch immer er sich befinde, Mensch sei und bleibe und deswegen einen rechtlichen Anspruch<sup>75</sup> darauf habe, nach dem dem erreichten Zivilisationsstand entsprechenden Regeln behandelt zu werden. Diese Regeln lassen sich mit Hilfe der oben unter II 3 erörterten Gesichtspunkte ermitteln.

### III.

1. Hält man den im Anschluß an Kant für die Auslegung des Art. 1 I GG herangezogenen Gedanken, daß der Mensch nicht zum Objekt eines ihm äußerlichen Zweckes gemacht werden dürfe, und die in der Strafrechtstheorie nahezu allgemein vertretene Beurteilung der generalpräventiven Strafzumessung als ungerecht, weil den Täter zum Mittel der Abschreckung anderer benutzend, gegeneinander, ergibt sich das verfassungs-

<sup>73</sup> Vgl. BayVerfGH BayVGH n. F. 8 II 1. — Zu bemerken ist auch, daß eine spezialpräventive Strafzumessung, die Kant nach dem oben unter II 1 zitierten Satz als eine Handhabung des Menschen als Mittel für ein anderes Gute betrachtet, heute allgemein nicht als eine Verletzung der Menschenwürde angesehen wird.

<sup>74</sup> Wernicke, BonnKomm., Art. 1 Erl. II 2 b.

<sup>75</sup> Art. 1 I GG muß deshalb, im Einklang mit der Praxis (vgl. BVerfGE 1, 97, 104 = JZ 52, 140, 142; BayVerfGH VGHE n. F. 11 II 81, 89; BayVGH BayVerwBl. 56, 378), als Grundrecht angesehen werden, auf das eine Verfassungsbeschwerde gemäß § 90 BVerfGG gestützt werden kann (ebenso: Löw aaO S. 519; Nawiaty-Leusser aaO; Nipperdey aaO S. 11 ff.).

Dies wird insbes. von Autoren bestritten, die in Art. 1 I einen „ideellen Ausgangspunkt“ der Grundrechte oder ein „oberstes Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts“ erblicken (Dürig, Menschenauffassung aaO S. 280 und Grundrechtssatz aaO S. 119 und Maunz-Dürig aaORNr. 4; v. Mangoldt-Klein aaO Anm. III 2; Maunz aaO § 14 II 1; Wertenbruch aaO S. 31 ff., 102). Auch Apelt aaO S. 482 verneint die Grundrechtsqualität.

rechtliche Verdikt über die Generalprävention als Untersatz eines Syllogismus. Dieser Deduktion folgend mehren sich die Stimmen in der Strafrechtslehre, welche eine Überschreitung der schuldangemessenen Strafe aus generalpräventiven Gründen als eine Verletzung der Menschenwürde verwerfen<sup>76</sup>.

Stree will die Generalprävention allerdings insoweit für die Strafzumessung nicht ausschließen, als sie innerhalb der schuldangemessenen Strafe Berücksichtigung findet, weil die Schuld wohl das Höchstmaß der Strafe bestimme, doch nicht der alleinige Berechnungsfaktor für sie sei<sup>77</sup>. Wenn eine bedenkliche Zunahme bestimmter Delikte zu beobachten sei, müsse der Richter, auch wenn eine Verantwortung des Täters dafür nicht bestehe, im Interesse der Allgemeinheit unnachsichtig „durchgreifen“, indem er die Schuld für das Strafmaß voll ausschöpfe; dem Täter widerfahre dabei nur, „was seine Tat wert ist“. Dieser Gedankengang ist nur sinnvoll, wenn vorausgesetzt wird, daß einer Tat eine begrenzte Zahl schuldangemessener Strafen zuzuordnen sei, unter denen dann mit Hilfe der Nebenstrafzwecke eine Auswahl getroffen wird. Das aber ist die Annahme, die auch der „Spielraumtheorie“ des BGH<sup>78</sup> zugrunde liegt, und Warda hat deshalb mit dieser auch Strees Argumentation angegriffen<sup>79</sup>.

Auch sonst sind gegen die „Spielraumtheorie“ von verschiedenen Seiten Einwände erhoben worden<sup>80</sup>. Das Phänomen eines „Spielraumes“ bei der Zuordnung von Schuld und Strafe durch den Richter ist, wie der Sache nach bereits Arthur Kaufmann — allerdings auf dem Boden einer hier nicht geteilten ontologischen Schuldauflassung — betont hat, nicht eine Folge des Umstandes, daß das Ziel der schuldentsprechenden Bestrafung theoretisch mehrere in Betracht kommende Strafen zuläßt oder notwendig hervorbringt, sondern eine Folge der praktischen Unmöglichkeit eines tabellenartigen Ablesens einer Punktstrafe von der festgestellten Schuld. Die Strafzumessung ist daher, geht man von einem konsequenten Schuldstrafrecht aus, keine Ausübung richterlichen Ermessens, sondern ähnlich der verwaltungsrechtlichen Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs mit „Beurteilungsspielraum“, der zwar nur eine rechtmäßige Entscheidung zuläßt, doch die Substituierbarkeit dieser Entscheidung, und damit ihre Kontrolle, aus praktischen Gründen scheitern läßt. Die Aussage, daß der Richter bei der Auffindung der schuldentsprechenden Strafe im Rahmen eines „Spielraums“ handle, betrifft also nur ein Hindernis in der Kommunikation, nicht eine Eigentümlichkeit der eigentlichen Strafzumessung; sie dokumentiert das Unvermögen, den zum Strafausspruch führenden Gang der richterlichen Erwägungen zu quantifizieren und damit mitteilbar zu machen. Diese Aussage impliziert aber nicht, wie ebenfalls Arthur Kaufmann hervorgehoben hat, daß anderen Strafzwecken ein Eingang in die Strafzumessung eröffnet ist. Diese Annahme, welche die Pointe der Spielraumtheorie und zugleich ihr Paradox darstellt, ergibt sich nicht als analytischer Schluß aus ihren Prämissen, sondern ist eine zusätzliche, verdeckt eingeführte Behauptung. Damit bricht die Antinomie der Strafzwecke erneut auf. Es kann ja auch, um noch einen anderen Blickwinkel einzunehmen, die Spielraumtheorie selbst nicht in Abrede stellen, daß der Abschreckungsgedanke nach ihrem Verfahren auf die Höhe

der konkreten Strafe einen Einfluß gewinnt. Denn die konkrete Strafhöhe beruht auch danach auf Schuld- und auf Abschreckungserwägungen<sup>81</sup>. Der von der Spielraumtheorie vorgesehene Rahmen von „schon“ und „noch“ schuldangemessener Strafe ist eine nur hypothetische, für sich allein die konkrete Strafe nicht bestimmende Festsetzung, er kann daher dafür, ob die konkrete Strafe nur schuldbestimmt ist, kein Kriterium abgeben. Der Versuch Strees, generalpräventive Strafzumessungserwägungen unter den genannten Kautelen anders zu beurteilen als für den Fall, daß sie offen als schuldüberschreitend deklariert werden, vermag somit nicht zu überzeugen.

2. Wird die generalpräventive Strafzumessung auf dem Boden der personalistischen Auslegung des Art. 1 I GG und der als deren Bestandteil angesehenen Formel vom Menschen als Selbstzweck als verfassungswidrig verworfen, scheint es so, wie wenn Kant dank des Verfassungsgebers des Grundgesetzes einen späten Sieg über Feuerbach davongetragen hätte. Doch kann, wie zu zeigen versucht wurde, der Satz von der Würde des Menschen nicht für eine bestimmte Ethik in Anspruch genommen werden, weil es sonst darauf hinausläufe, daß eine ethische Aussage über das Bestehen von Rechtsfolgen entscheidet. Art. 1 I GG entfaltet dabei keine eigene (rechts-)normative Kraft, wie es die Eigenschaft eines Rechtssatzes ist, sondern ist als bloßes Blankett, als „Leerformel“ (*Topitschi*), rein äußerlicher Anknüpfungspunkt für eine tatsächlich nicht ihm, sondern anderen Quellen entnommene Ableitung. Der Satz, daß der Mensch nicht als Mittel für ihm fremde Zwecke benutzt werden darf, kann deswegen die Verfassungswidrigkeit der generalpräventiven Strafzumessung nur begründen, wenn er auch durch die geschilderten Gesichtspunkte einer teleologischen Auslegung gedeckt ist.

a) Ein die Strafzumessung als ungeschriebener Rechtssatz beherrschender Grundsatz ist das Verbot grausamen und übermäßig harten Strafers, das außer Verhältnis zur Tatschuld steht<sup>82</sup>. Dieser Grundsatz ist zugleich durch Art. 1 I GG gefordert<sup>83</sup>. Damit erweist sich eine in erster Linie von dem Gedanken der Abschreckung geleitete Androhung und Verhängung von Strafen als verfassungswidrig, weil dabei die Strafe, den Täter sozusagen nur als Akzidenz der Tat betrachtend, zur Polizeiaktion denaturiert ist. Der Mißbrauch der Strafe zur Einschüchterung der Bevölkerung ist nicht Rechtsanwendung, sondern Willkür<sup>84</sup>.

Durch diesen Gesichtspunkt wird jedoch der allein kontroverse Fall generalpräventiver Strafzumessung, in dem die schuldangemessene Strafe nur geringfügig überschritten oder nach dem Verfahren der „Spielraumtheorie“ dem Abschreckungsgedanken Einfluß auf die konkrete Strafhöhe oder Strafart eingeräumt wird, in dem also die Schuld klar Hauptfaktor bleibt und die Generalprävention nur als Nebenstrafzweck verwirklicht wird, nicht erfaßt.

b) In jedem Fall, in dem der Abschreckungsgedanke als Strafzumessungsgrund verwendet wird und die konkrete Art

<sup>76</sup> Vgl. Warda aaO S. 166 f.

<sup>76</sup> Hellmuth Mayer, StraFR aaO § 7 II, III und Strafrechtsreform aaO S. 32, 42; Sax aaO S. 937, 959; Stree aaO S. 38 ff., 51 ff.; Warda aaO S. 166 f., zust. Bruns, Generalprävention aaO S. 15 f. — Abw. Hardwig aaO unter Berufung auf die Verantwortung des Täters für die Rechtsgemeinschaft. Diese „Verantwortung“ kann in der angegebenen Form nur eine sittliche, nicht eine rechtliche sein und kann daher das Argument, daß die generalpräventive Strafzumessung den Täter für etwas leiden läßt, was ihm rechtlich nicht vorwerfbar ist, nicht ausräumen (gegen Hardwig auch: Stree aaO S. 40 f.; Warda aaO S. 164 f.).

<sup>77</sup> aaO S. 42 ff.

<sup>78</sup> S. o. unter I 3.

<sup>79</sup> aaO S. 165 ff.

<sup>80</sup> Jagusch, LK, 8. Aufl. 1957, vor § 18 Anm. 4 II; Arthur Kaufmann aaO S. 261; Eb. Schmidt, Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der dtsh. Strafrechtsreform, ZGesStrW 69 (1957), 359, 373; Schneiderwitt, Anm. zu BGHSt 7, 23, JZ 55, 505—508. — Für die „Spielraumtheorie“ sind eingetreten: Dahm aaO S. 504, 507; Lang-Hinrichsen aaO S. 70; Hellmuth Mayer, StraFR aaO § 58 III 2.

<sup>81</sup> BGHSt 3, 110, 119; 10, 294, 301. — Dieses Verbot ist ein allgemein anerkanntes Strafrechtsprinzip der neuzeitlichen Zivilisation. Bereits Sect. 9 der Virginia Bill of Rights vom 12. 6. 1776 bestimmte: „That excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.“ Fast denselben Wortlaut hat Amendment VIII der amerikanischen Unionsverfassung, Art. II Ziff. 4 der Proklamation des Kontrollrates Nr. 3 nennt das Verbot von „excessive or inhuman punishments“ ein Recht des Angeklagten, wie es die „demokratische Rechtsauffassung anerkennt“. Schließlich ordnet Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention an, daß niemand der Folter oder „unmenschlicher oder erniedrigender Strafe“ oder Behandlung unterworfen werden darf (dazu Woessner, Die Menschenrechtskonvention in der dtsh. Strafrechtspraxis, NJW 61, 1381, 1384).

<sup>82</sup> BVerfGE 1, 332, 348 = JZ 52, 589, 591; BayVerfGH VGHE n. F. 1 II 93, 100 und 14 II 49, 57 (zu Art. 100 BayVerf.); Dürig, Mauz-Dürig aaO RnR. 31; Nipperdey aaO S. 31 f. — Gelegentlich ist diese Folgerung auch aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet worden: BVerfGE 6, 389; BayVerfGH VerwRspr. 3, 145, 150.

<sup>84</sup> Vgl. BGHSt 3, 110, 120 zu einem Strafurteil des Dritten Reiches; ein ähnlicher Fall: BGHSt 4, 66, 70.

oder Höhe einer verhängten Strafe beeinflusst, wird der Täter für etwas zu leiden gezwungen, das sich der Richter als objektive Wirkung der Tat hypothetisch vorstellt — nämlich die Abschreckung —, ohne daß die Bestrafung insoweit aus der Verantwortung des Täters für seine Tat entspringt. Der Richter verwirklicht damit einen allgemeinen Staatszweck, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, anläßlich der Ahndung einer Straftat, die und weil sie ihm zufällig eine Handhabe dafür bietet. Der bestrafte Täter wird zum Vehikel der Wahrnehmung dieses Staatszweckes, weil er eine Straftat begangen hat, weil er dadurch einen staatlichen Strafanspruch gegen sich begründet hat und weil er demzufolge in die Reichweite der staatlichen Strafgewalt gelangt ist. Damit ist seine Stellung gegenüber der staatlichen Gewalt in besonderer Weise geschwächt, er ist in eine Lage geraten, die seine körperliche Integrität, seine Freiheit und sein Vermögen in eine Gefahr gebracht hat, die er mit den anderen Rechtsgenossen nicht teilt. Es ist das die Situation ungewöhnlicher Hilflosigkeit, für die es vor allem nötig ist, daß die Organe des Staates nicht vergessen, einen Menschen vor sich zu haben, der zwar durch seinen Verstoß gegen die Rechtsordnung einer Sanktion zu unterwerfen ist, der aber in seinem Menschsein nach dem Willen der Verfassung dadurch keinen Abstrich erfährt. Indem der Richter aber die abzuurteilende Tat zum Anlaß nimmt, durch die Bestrafung nicht nur die vorgesehene Sanktion zu realisieren, sondern auch den anderen Rechtsgenossen ein besonderes und über die Sanktionierung hinausgehendes Warnzeichen zu setzen, ergreift er die Gelegenheit, die sich durch die geschwächte Position des Straffälligen ergibt. Art. 1 I GG will diese geschwächte Position durch einen Verfassungsbefehl ausgleichen und verhindern, daß sie als solche

zum Anlaß einer Kränkung desjenigen wird, der in sie geraten ist, die generalpräventive Strafzumessung ist gerade eine Ausnutzung dieser geschwächten Position. Eben darin liegt das Anstößige der Generalprävention, daß sie den Rechtsbrecher als einen Menschen geminderter Rechtsstellung behandelt und als geeignet, im Rahmen des ihm zugefügten Strafübels zugleich auch als Instrument der Polizeifunktion des Staates zu dienen, indem ihm neben der gerechten Strafe auch noch eine nur durch Zweckmäßigkeit diktierte Einbuße von Freiheit oder Eigentum auferlegt wird. So erweist es sich, daß die generalpräventive Strafzumessung die Schranke der Staatsräson, die der Satz von der Würde des Menschen in erster Linie für die in besonderer Weise der Staatsgewalt Ausgelieferten errichten will, durchbricht.

Daraus folgt, daß Strafurteile, die dem Abschreckungsgedanken einen selbständigen Einfluß auf die Strafhöhe oder Straftat einräumen, und Rechtssätze, die dem Strafrichter eine Berücksichtigung der Generalprävention bei der Strafzumessung erlauben oder vorschreiben<sup>66</sup>, eine Verletzung des Art. 1 I GG darstellen; die Generalprävention ist ein von der Verfassung nicht gebilligter Strafzumessungsgrund.

<sup>66</sup> § 12 WStG ist deswegen nicht verfassungswidrig. Denn diese Strafzumessungsregel kann in der Weise verfassungskonform ausgelegt werden, daß nur dann angenommen wird, daß die Wahrung der Disziplin eine Freiheitsstrafe erfordert, wenn dem Täter die Gefährdung der Disziplin vorzuwerfen ist; denn seine Schuld ist erhöht, wenn seine Tat die Disziplin und damit möglicherweise andere Menschen in Gefahr bringt. Art. 1 I GG schließt es aus, daß die Disziplin als ein höheres Gut angesehen wird als die Würde des einzelnen Menschen, und verhindert hier, wie auch sonst im Militärstrafrecht, daß eine Straftat als hinreichende Legitimation dafür angesehen wird, den Täter in der Weise für die Kampfkraft einer Truppe verantwortlich zu machen, daß an ihm „ein Exempel statuiert“ wird.

### Zur Scheidung wegen Glaubenswechsels

Bemerkungen zu BGHZ 38, 317 (Scheidung wegen Übertritts zu den „Zeugen Jehovas“)

Von Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, Freiburg i. Br.

#### V. Zur richterlichen Bewertung von Religionsgemeinschaften im Scheidungsprozeß\*

Die Gefahr besteht, daß weltliche Gerichte eine „schwere Eheverfehlung“ bereits im Übertritt in eine bestimmte Religionsgemeinschaft finden<sup>73</sup>. Sie entschieden dann von ihrer Beurteilung dieser Religionsgemeinschaft aus, ohne daß es weiter auf das konkrete Verhalten des übergetretenen Ehegatten ankäme. Damit gingen sie von einer Differenzierung zwischen schützenswerten und nicht schützenswerten Religionsgemeinschaften aus.

Wohl können die Gerichte nicht den Beitritt zu einer gegen die öffentliche Ordnung<sup>74</sup> oder das allgemeine Sittengesetz verstoßenden Gemeinschaft<sup>75</sup> — und sei sie religiöser Art — schützen, ebenso wie der Glaubenswechsel keinen Schutz

\* Der erste Teil der Abhandlung (Abschnitt I—IV) ist in JZ 64, 305 abgedruckt.

<sup>73</sup> Mit Recht lehnt es darum das BayObLG FamRZ 63, 192 ff. ab, bei der Anwendung des G über die religiöse Kindererziehung einen Unterschied zwischen den großen und kleinen Religionsgemeinschaften zu machen. Vgl. auch den Beschluß FamRZ 63, 195 f. (beide Entscheidungen betreffen die „Zeugen Jehovas“).

<sup>74</sup> So betonte *Justice Mintum* im Falle *Knibb v. Knibb*, 94 N. J. Eq. 747, 121 Atl. 715, 28 A. L. R. 1159 (1923): „... one's religious views are entirely a matter for the individual conscience, and not for the courts to pass upon, unless the views, reduced to action, are of such character as to contravene the law of the land“ (1162).

<sup>75</sup> OLG Stuttgart FamRZ 55, 256. Das deutsche Gericht zog nicht in Zweifel, daß die Gemeinschaft der „Zeugen Jehovas“ eine mit dem allgemeinen Sittengesetz vereinbare Religionsgemeinschaft sei. Anders entschied dagegen das Oberste schwedische Gericht in einem Prozeß über die Verteilung der elterlichen Gewalt nach der Scheidung. Es lehnte ab, die elterliche Gewalt der zu den „Zeugen Jehovas“ übergetretenen Kindesmutter zu belassen, insbesondere mit der Begründung, daß diese Sekte in verschiedener Hinsicht „gesetzwidrig“ sei (Nytt Jurid. Arkiv I (1951) 613 ff. (618/9)). Die kommunistischen Staaten haben heute, soweit ersichtlich, die „Zeugen Jehovas“ verboten (dazu „Religion in Geschichte und Gegenwart“, 3. Aufl., Bd. VI, Sp. 1905 und *Marley Cole*, Zeugen Jehovas, 1956, S. 296 ff.).

verdient, den ein Gatte nur vollzieht, um seinen Partner zu verletzen oder in seiner gesellschaftlichen Stellung zu schädigen<sup>76</sup>. Soweit die Gerichte aber mit ihrer Zensur darüber hinausgehen, beurteilen sie allgemein Glaubensfragen. Darunter fallen auch polemische Wendungen gegen die „Sekten“, wie sie das Urteil BGHZ 38, 317 wiederholt aufweist. Es geht gleichermaßen nicht an, daß von den Gerichten den „Sekten“ Vorschriften gemacht werden, wie es der BGH mit seiner Feststellung tut: „keine religiöse Gemeinschaft darf von ihren Angehörigen eine Einstellung und ein Verhalten fordern, das mit diesen Grundsätzen unvereinbar ist“, denn die Glaubensfreiheit verbietet zwar staatliche, nicht aber kirchliche Intoleranz.

Das Ergebnis solcher Bemühungen ist, daß dann von Gerichten wegen zwischen „gerechten“ und „ungerechten“ Religionsgemeinschaften unterschieden wird. Die „ungerechten“ Religionsgemeinschaften trifft per se u. a. der Nachteil, daß ein Verheirateter, der zu ihnen übertreten will, damit rechnen muß, bei entsprechender Klage seines Partners schuldig geschieden zu werden mit allen Folgen immaterieller und materieller Art.

Eine solche Wertung führt die Gerichte auf ein ihnen fremdes Gebiet<sup>77</sup>. Nur zu leicht können dabei Fehlurteile unterlaufen, wie auch das Urteil BGHZ 38, 317 beweist. Das oberste deutsche Zivilgericht beruft sich darin, um ein Mu-

<sup>76</sup> Wie RGZ 73, 254 mit Recht betont hat, beschränkt sich die Anwendbarkeit des § 226, der „ein Gebot der sozialen Ethik in beschränktem Umfange als Rechtsgrundsatz aufstellt — nicht auf Vermögensschäden, sondern umfaßt auch die Verletzung idealer Werte und Interessen“.

<sup>77</sup> BGH JZ 57, 20, 21: „Es kann nicht außer acht gelassen werden, daß in einem Staate, dessen Angehörige keinen einheitlichen Glauben besitzen und dessen Rechtsordnung, weil es die eines Rechtsstaates ist, dieser Glaubensspaltung Rechnung tragen muß, nicht einem Glauben vor dem anderen ein Vorzug eingeräumt werden darf (KG Rspr. 7, 419).“