

GUSTAV ERMECKE

Sittlichkeit und Recht¹

Grundfragen² der Rechtsreform, speziell im Strafrecht

I. FREIHEIT UND RECHT

In unserer Zeit sehr bedeutender Rechtsreformen³, wir denken da vor allem⁴ an die Reform des Ehescheidungs-, des Straf- und des Wirtschafts-, des Arbeits- und des Sozialrechts⁵, taucht immer wieder die Frage auf, woher die Rechtsreformer nicht bloß die legale Macht neh-

¹ Leider ist dieses Thema im Dialog mit der modernen Rechtslehre und Rechtspraxis im allgemeinen und ganz besonders im innerkirchlichen auch rechtlich zu ordnenden Bereich viel zu wenig artikuliert und diskutiert. – Viele, wenn nicht die meisten, innerkirchlichen Querelen könnten vielleicht doch zurückzuführen sein auf die durch die geschichtliche Entwicklung herbeigeführte Diskrepanz zwischen einem Kern gleichbleibender Menschlichkeit bzw. Christlichkeit in ihren mannigfaltigen Ausprägungen in der Vertikalen und in der Horizontalen der Geschichte und deren jeweiliger Normierung, d. h. die menschliche bzw. christliche Freiheit ermöglichende Bindung an die konkrete Gestaltung des gleichbleibenden Kerns im Leben der Gemeinschaft.

² Wir müssen heute überall zu den Grundfragen durchstoßen, weil deren geschichtlich bedingte Beantwortungen möglicherweise überholt sind. Daher ist auch für die Christliche Gesellschaftslehre Grundlagenforschung notwendig, weil nur von dort aus eine konkrete soziale Zeitkritik und Zeitgestaltung möglich ist.

³ Für die anstehende und auf vielen Gebieten, z. B. dem liturgischen, schon durchgeführte Rechtsreform sind die folgenden Ausführungen darum wichtig, weil es z. B. auch im kirchlichen Bereich im kirchlichen Recht vor allem um die äußere Ordnung des kirchlichen Gemeinschaftslebens geht. Um nicht mehr, aber auch um nicht weniger. Dabei sollte sich gerade das hier allerdings nicht näher zu untersuchende kirchliche Recht mehr mit allgemeinen Grundnormen begnügen, deren je konkreter Inhalt regional aufgefüllt werden sollte. Wegen der wachsenden geschichtlichen Differenzierung und den je konkreten kirchlichen geistlichen Gemeinwohlforderungen muß das Kirchenrecht bei aller grundgesetzlichen Einheitlichkeit flexibel in seiner konkreten Ausformung sein.

⁴ Es geht im Nachfolgenden vor allem um das weltliche Recht, sei es das Privat- oder das Sozial- oder das öffentliche (hoheitliche) Recht.

⁵ Dieses hat sich seit dem ersten Weltkrieg immer mehr entfaltet. Es vereint privatrechtliche und öffentlichrechtliche Faktoren innerhalb der modernen ohne staatliche Hilfe rein privatkapitalistisch nicht mehr allein zu ordnenden Wirtschafts- und Arbeitsgesellschaft.

men, um ihre Rechtsauffassung durchzusetzen, sondern woher sie die innere Legitimität⁶ oder Berechtigung zu ihrer Rechtsreform nehmen. Da Macht allein zu dieser Legitimation nicht ausreicht, weil der Mächtige nicht immer Recht hat, obwohl es in der Geschichte oft genug so aussah und vertreten wurde, muß man fragen nach dem tieferen Grund dafür, warum der durch ein allgemeines Rechtsgesetz legal gewordene Wille einzelner und einzelner Gruppen (z. B. Parteien) andere, die unter Umständen gar nicht damit übereinstimmen, legitimerweise in ihrer Freiheit einengen darf und diese unter Umständen bei Strafe jenen gesetzgewordenen Willen anderer befolgen müssen⁷.

Es geht also darum zu erkennen, wo der Grund dafür liegt, daß die Freiheit der einen durch den gesetzgewordenen Freiheitswillen der anderen begrenzt werden darf⁸. Man überlege auch: Da der Gebrauch der Freiheit das ausmacht, was wir Sittlichkeit oder Ethos nennen, geht es um das Problem, warum das allgemeine Rechtsgesetz gewordene Ethos der einen die anderen nicht bloß in ihrem äußeren sozialen Verhalten gemäß dem Rechtsgesetz begrenzt⁹, sondern auch in ihrer ethischen Freiheit verpflichtet; denn gültige Rechtsgesetze verpflichten ja auch sittlich im Gewissen!

II. SITTLICHKEIT UND RECHT¹⁰

Im ganzen: Wie verhält sich Sittlichkeit als personale Freiheit und Wertentscheidung in der Erfüllung des ethischen Grundgesetzes: »Sei, der du bist, und werde, der du werden kannst«¹¹ zum positiven Recht

⁶ Diese betrifft die naturrechtliche Grundlage der positiven Gesetzgebung. Soll diese nicht auf bloßer Gewalt beruhen, dann muß sie der »Natur der Sache« folgen.

⁷ Allein die Lehre vom Gemeinwohl als der *suprema lex*, der jeder in der Gemeinschaft um seines sozialen und auch individualen Selbst willen sich unterwerfen muß, kann hier die Frage nach der Rechtssetzungsbefugnis des sozialen Gesamt, hier des Staates, beantworten.

⁸ Hier wird der tiefste Sinn von Recht als äußerer gemeinwohldienlicher Gemeinschaftsordnung sichtbar: Ermöglichung und Schutz der persönlichen Freiheit im Verbund mit anderen im Ganzen.

⁹ Diese Formulierung ist ungenau. Die Frage ist, warum die Beurteilung und Normierung einer geschaffenden Gruppe andere verpflichten kann. Die Antwort: Die Erfordernisse des Gemeinwohles. Aber nicht die Moral dieser Gruppe ist Grund für die Geltung der von ihr erlassenen positiven Rechtsgesetze, sondern die von dieser Gruppe durchgesetzten äußeren Lebensnormen um des Gemeinwohls willen.

¹⁰ Die nachfolgenden Darlegungen gelten sowohl dem Abweis der Identifizierung von Sittlichkeit und Recht als auch ihrer Auseinanderreißung.

¹¹ Vgl. R. Hofmann, *Moraltheologische Erkenntnis- und Methodenlehre*, München 1963.

als der durch ein formal und material¹² gültiges positives Gesetz¹³ festgelegten und geforderten äußeren sozialen Verhaltensweise der vom Gesetz betroffenen Bürger.

Das Problem Sittlichkeit (Ethos) und positives Recht ist so alt wie beide menschlichen Verhaltens- bzw. Lebensweisen. Auch heute wird gerade im Hinblick auf die eingangs genannten Rechtsreformen unser Grundproblem aufgeworfen: Die einen beklagen sich, daß die Rechtsreformen sich zu weit von den Forderungen der Sittlichkeit entfernen, und andere befürchten, daß in diese Reformen bestimmte, z. B. christliche Sittlichkeitsauffassungen eingingen und diese so durch die Macht des positiven Gesetzes andere in ihren davon abweichenden Sittlichkeitsauffassungen vergewaltigen.

Am extremen Ende beider Auffassungen steht: die *Identifizierung* von Sittlichkeit und Recht bzw. ihre *Auseinanderreißung*. Dort wird dann das Recht in Sittlichkeit aufgelöst und dadurch ein furchtbarer Rigorismus herbeigeführt, weil dann das Recht nicht nur das *äußere* Gemeinschaftsleben schützt, sondern auch die Ordnung des *inneren* Menschen bestimmt. So würde der irdische Gesetzgeber sich direkt auch die Herrschaft über das Innere des Menschen anmaßen. Dort jedoch, wo jene Identifizierung die Sittlichkeit im Recht aufgehen ließe, käme es zu einer Veräußerlichung der Sittlichkeit oder zu dem, was man als »Legalismus« bezeichnet: sittlich gut oder böse wäre hier nur bestimmt durch äußere Rechtsgesetze. Rigorismus dort und veräußerlichter Legalismus hier vernichten aber dort das Recht und hier die Sittlichkeit, wie leicht einzusehen ist¹⁴.

Das andere Extrem ist, Sittlichkeit und Recht völlig auseinanderreißen, als gehörten sie zwei ganz verschiedenen Welten an. Auch hier kann es wiederum zu zwei extremen Irrtümern kommen: auf der einen Seite anerkennt man nur »Sittlichkeit« als innere persönlich freie nur vom eigenen Gewissen gelenkte Tat (was rechtlich gleichzusetzen ist mit einem utopischen anarchistischen Anomismus); auf der anderen Seite sieht man nur mehr die äußere Gesetzesordnung, völlig getrennt von

¹² »Formal« meint vom zuständigen Gesetzgeber in gemäßer Form erlassen und »material« meint, daß die Gesetzesmaterie in ihrer Eigenart im Hinblick auf die geschichtlichen Erfordernisse des konkreten Gemeinwohls geordnet wird.

¹³ Über die immer noch gültige Lehre der Moraltheologie über ein sittlich verbindliches menschliches Gesetz vgl. *Mausbach-Ermecke*, *Katholische Moraltheologie*, Bd. I (1959).

¹⁴ Daß diese beiden Extreme in der Geschichte, das Verhältnis von Sittlichkeit und Recht, zu allen Zeiten als Gefahren lauerten, ist bekannt. Das NT wendet sich ebenso wie die Kirche in ihrer Verkündigung und die darauf aufbauende Moraltheologie gegen eine solche Identifizierung.

jeder personalen sittlichen Entscheidung (das wäre gleichzusetzen mit totalitärem Kollektivismus). Weder Identifizierung noch Auseinanderreißung von Sittlichkeit und Recht ist also erlaubt. In beiden Bereichen handelt es sich um Normen, d. h. um für den Menschen und seine freie Entscheidung zu beachtende Verbindlichkeiten. Normen sind also die Formulierung verbindlicher Zusammenhänge¹⁵. In der *Sittlichkeit* geht es darum, daß der Mensch sich selbst in Freiheit in seiner Totalität und Radikalität als vor- und aufgegeben annimmt und auf das hin ausrichtet, was er in Entfaltung seines Menschseins werden kann und soll, da er nicht auf einem status quo verharren oder stehenbleiben kann und sich darauf nicht ausruhen darf¹⁶. Im *Recht* geht es darum, daß der Mensch seine Freiheit im Sozialen¹⁷, d. h. im mit- und zwischenmenschlichen¹⁸ Bereich so äußert, daß er sein und anderer Menschsein im Zu-

¹⁵ Der Normbegriff ist entscheidend wichtig. Norm oder Gesetz meint die Formulierung eines verbindlichen Zusammenhangs. Je nach den Zusammenhängen gibt es auch verschiedene Normen. Näheres bei *Mausbach-Ermecke*, a. a. O., § 11.

¹⁶ Sittlichkeit (von bloßer auf Konvention beruhender äußerer Verhaltensregelung als Sittlichkeit unterschieden) ist a) praktisch gelebte Moral = praktisch in Freiheit und in Normbindung (wie immer sie im Bewußtsein beschaffen und begründet sein mag) gelebtes menschliches Selbstverständnis; b) theoretische Moral aa) entweder ein praktisches Moralsystem = ein totales oder partiales Ganzes von die Sittlichkeit betreffenden Erkenntnissen und deren Anerkenntnis oder bb) ein theoretisches wissenschaftliches Ganzes von solchen Erkenntnissen und Anerkenntnissen als normative Anthropologie.

¹⁷ Diese Definition des Sozialen ist näherhin so zu verstehen, daß die tatsächlich reale soziale Wirklichkeit auf dem Mit-sein beruht. Dieses besteht »von Natur« (wie z. B. bei der Familie) oder »von Übernatur« (wie bei der Kirche) in einem einigenden Band der Glieder des Sozialen oder wird in beiden Bereichen, dort z. B. beim weltlichen Ehevertrag und hier bei der gegenseitigen Spendung des Ehesakramentes, gestiftet durch menschlichen Vertragswillen, oder schließlich wird ein Mit-sein ohne *dauerndes* einigendes Band, z. B. beim Kaufvertrag, gleichsam punktuell begründet. Zwischen dem seinhaften Band natürlichen oder übernatürlichen ontologischen Mit-seins und dem zuletzt genannten punktuellen vertraglich begründeten Mit-sein liegt das heute so lebhaft diskutierte (z. B. hinsichtlich der Unauflöslichkeit der Ehe oder auch der Lösung von der durch Priesterweihe und Ordensprofeß übernommene) lebenslange Band. In beider Hinsicht stehen weniger die *praktischen* Probleme der Auflösung der Ehe, z. B. bei dem Privilegium Paulinum und Privilegium Petrinum bzw. die Lösung von den mit freiem Willen eingegangenen Bindungen als Folge von Priesterweihe und Ordensprofeß, sondern gerade die *theoretischen* Probleme heute wissenschaftlich im Vordergrund mit allerdings großer praktischer Fernwirkung. – Vgl. dazu *Walter Brugger*, Das Mitsein. Eine Erweiterung der scholastischen Kategorienlehre, in *Scholastik* 31 (1956) 370–383.

¹⁸ Das Mit-menschliche aktualisiert sich oder wird gelebt in mehr oder weniger festen Formen, die den Raum des Zwischen-menschlichen ausmachen. Jene mit-menschlichen Gesellschaftsformen (man nennt sie z. B. Sozialinstitution oder Kommunikationsgebilde oder Personenmehrchaft oder im anthropologisch-

sammensein und -wirken bewahren und entfalten kann. Es geht also beim Recht um eine *äußere* Zuordnung der Rechtsgenossen, um sie in ihrem Menschsein in Freiheit zu erhalten und dadurch ein gemeinsames Zusammenwirken zum Wohl aller zu erreichen¹⁹.

III. SITTLICHE NORMEN UND RECHTLICHE »SACH«-NORMEN

Bei den sittlichen Normen handelt es sich um Normierung der Freiheit im Ganzen; beim Recht um die Ermöglichung äußerer²⁰ Freiheit im Zusammenleben mit anderen. Sittliche Normen und Rechtsnormen kommen also darin überein, daß beide Normen sind²¹ (aber im analogen Sinne[!]). Ferner, daß beide es mit der Freiheit des Menschen zu tun haben, welche durch solche in Normen formulierten gültigen Zusammenhängen zwar begrenzt, aber dadurch auch erst menschenwürdig und mit-menschenmöglich gewährleistet wird²². Dabei wird hier immer angenommen, daß es sich um »richtiges Recht« handelt, d. h. um Normen, welche das äußere Zusammenleben der Menschen in der Rechtsgemeinschaft auf das Gemeinwohl hin ordnen.

ontologischen Sinne – und damit völlig abweichend von *Tönnies* und anderen – auch Gemeinschaft bzw. Gesellschaft) leben in mehr oder weniger stabilisierten Kommunikationsweisen, die wir Sozialinstitute nennen. Die Bedeutung dieser sozialen Kategorien für unser Thema ist von der Christlichen Gesellschaftslehre noch näher herauszuarbeiten.

¹⁹ Somit ist das Recht die Gesamtheit der Normen, welche das äußere Zusammenleben der sozial Verbundenen im Hinblick auf das Gemeinwohl ordnet. Näheres vgl. *Mausbach-Ermecke*, Katholische Moraltheologie, Bd. III (1961).

²⁰ Das ist mehr als bloß äußerliche Freiheit. Es geht hier um die Äußerungsfreiheit, um den sozialen mit- und zwischenmenschlichen Gebrauch der Freiheit. Veranschaulichen kann man es sich, wenn man drei konzentrische Kreise zeichnet und in den innersten ein I = innerseelische Sphäre, in den nächst weiteren Kreis ein P = Privatsphäre *ausschließlich* »innerhalb der eigenen vier Wände« und in den weitesten Kreis ein R = Rechtssphäre einfügt, von der nur das Äußere der Gemeinschaft geordnet werden kann: *De internis non iudicat praetor*. Die 2. Sphäre ragt sehr oft in die 3. hinein und daher kommt es, daß die Grenzen zwischen beiden Sphären je nach der Weltanschauung der Menschen, je nach politischen Bestrebungen, je nach Kriegs- oder Friedenszeiten usw. bald im Hinblick auf die Erweiterung der Rechtssphäre und damit Verengung der Privatsphäre verschoben werden (im Totalitarismus wird sogar die innere seelische Sphäre unter Druck gesetzt). Umgekehrt kann auch die Rechtssphäre zugunsten der Privatsphäre eingeschränkt werden (im absoluten Liberalismus und Anarchismus wird die Rechtssphäre völlig von der Privatsphäre unterdrückt).

²¹ Bei Ethikern und vor allem den Moraltheologen herrscht häufig eine Abneigung zu normativer Betrachtungsweise vor, obwohl gerade die Normierung personaler Freiheit Gegenstand ihrer Wissenschaft ist. Bei Moraltheologen wirkt oft hinein ein völliges Mißverständnis des *Nomos*-Begriffs im Neuen Testament.

²² Freiheit ohne Bindung ist ein Widerspruch in sich und, wo sie erstrebt wird, bedeutet sie Selbstvernichtung des Menschen durch Willkür.

Aus dem Gesagten folgt: Der Mensch muß seine Freiheit sittlich so gebrauchen, daß er nicht nur nach innen und nicht bloß für sich als (nur in der gedanklichen Abstraktion gegebene) isolierte Vereinzelung sich seinem Wesen und Ziel gemäß seinsgerecht verhält, sondern der Mensch muß auch diese seine Freiheit nach außen im sozialen Raume so einsetzen, wie es die zur äußeren Ordnung dieses Raumes notwendigen und darum geltenden und zu beachtenden Zusammenhänge zur Erhaltung und Entfaltung von Menschenwürde und Menschenwohlgehen vorschreiben.

Diese äußeren im Recht normierten Zusammenhänge sind gleichsam soziale »Sach«-Normen²³ (obwohl sie personale Bereiche betreffen, seien sie einmal so wegen ihrer sozialen Tatsachenbezogenheiten gekennzeichnet), welche jedoch zu beachten auch die personalen sittlichen Normen gebieten.

Ein Beispiel aus einer ganz anderen Welt, die aber leider heute in verkehrter Weise oft zur Erklärung von Rechtsproblemen herangezogen wird: der Arzt ist sittlich verpflichtet, dem kranken Menschen zu dienen. Sein Menschsein, spezifiziert auch in seinem Arztsein, kann sich nur entfalten, wenn der Arzt seine Freiheit als Mensch in der Entfaltung seines Arztseins betätigt²⁴. Wie das zu geschehen hat, sagt ihm noch nicht dieser sein allgemeiner *ethischer* Imperativ, sondern die »Sache«, d. h. der ihm zur Heilung vorgegebene Tatsachenbereich. Diesen Bereich hat der Arzt sowohl hinsichtlich seiner normalen Geordnetheit ebenso studiert, wie er daran »Fälle«²⁵ zu messen gelernt hat, in denen Menschen an dieser oder jener Krankheit als störende Abweichung von

²³ Daher bedeutet und verlangt auch z. B. das richtig verstandene Naturrecht »Sachlichkeit«, Realismus, Objektivität, d. h. die in dem zur rechtlichen Ordnung aufgegebenen Bereich gelegenen Zusammenhänge sind im Hinblick auf den Menschen zu ordnen und so diesem auch zur Ordnung aufgegeben. Und das meint Naturrecht als Gegensatz zu Willkürrecht!

²⁴ Daß er das generische Menschsein in seinem spezifischen Arztsein schließlich in einer konkreten individuellen Einmaligkeit mit ihren Möglichkeiten zu verwirklichen hat, muß stets zusammengeschaut werden. Überwog früher mehr die generische und spezifische Betrachtung, so glauben manche heute, nur die geschichtlich konkrete existentielle Sicht pflegen zu können. Jene einseitige Blickrichtung übersah Geschichtlichkeit und Existenz, diese einseitige Sicht führt zur Aufhebung des Allgemeinen und zur Absolutsetzung des Einmaligen, wie es in radikaler Weise im Recht der Anarchismus und in der Ethik die Situationsethik versuchen.

²⁵ Wie dort Genus – Species – Individualität zusammenhängen, so hier Gesamtordnung – Teilordnung – »Fall« (Casus) als unmittelbare konkrete Ordnungsgestalten. Vgl. G. Ermecke, Die Ortsbestimmung von Existenzialität – Dialogizität – Geschichtlichkeit als dominierende Kategorien des heutigen Denkens und Verhaltens, in: Trierer Theologische Zeitschrift 79 (1970) 24–32.

der Norm litten. Auf die Gesundheit in der Normalität durch die Heilung der Krankheit oder auch nur auf die Erträglichmachung der Krankheit ist das Tun des Arztes mit seiner Therapie gerichtet. So sind ähnlich (aber dieser Vergleich ist angesichts bestimmter strafrechtlicher Theorien mit großer Vorsicht zu nehmen) die Rechtsnormen »Sach«-Normen zur Ordnung des äußeren Zusammenlebens. Und die sittlichen Normen gebieten, *diese* »Sach«-Normen zu beachten. Wenn die gesetzlichen Normen dieser äußeren auf das Gemeinwohl ausgerichteten Ordnung nicht mehr genügen, müssen sie geändert werden, und zwar nach den konkreten Gemeinwohlerfordernissen eben des äußeren Zusammenlebens in dem betreffenden sozialen oder mit- und zwischen-menschlichen Bereich²⁶.

IV. JEDE RECHTSREFORM MUSS LEGITIM, NICHT NUR LEGAL SEIN²⁷

Jede Rechtsreform muß sich also zunächst orientieren an der »Sache«, d. h. an den sozialen Notwendigkeiten um des Gemeinwohls willen. Daher muß jede Rechtsreform in diesem Sinne »sach«-gerecht sein. Dasselbe besagt: sie muß sich ausrichten am Naturrecht²⁸, welches verlangt negativ: daß der Gesetzgeber nicht willkürlich vorgeht, und positiv: daß das konkrete Gemeinwohl durch sach-gerechte Ordnung des betreffenden sozialen Zusammenlebens und -wirkens möglichst erreicht, zum mindesten aber angestrebt wird.

Das Recht ist somit begründet im Sozialen, d. h. im mit- und zwischen-menschlichen Verbundensein und um des Wohles aller willen in ihrem Aufeinanderangewiesensein. Und weil dieser soziale Lebensbereich vom Menschen bei seiner Selbstentfaltung in Freiheit zu beachten ist, darum ist der Bereich des Rechtes auch sittlich relevant und verbindlich. Es ist eben wesentliche Pflicht der Sittlichkeit, sich »sach«-gerecht oder besser: seinsgerecht oder menschengerecht zu verhalten.

Wenn wir also sagen, das Recht gründet in der Sittlichkeit oder ist Teil der sittlichen Gesamtlebensordnung, so muß das richtig verstanden werden:

Das Recht hat seinen Grund in der Sittlichkeit, weil der Mensch die sittliche Aufgabe hat, die äußere Lebensordnung durch posi-

²⁶ Dieser Bezug der Normen auf das Gemeinwohl ist keine bloße äußerliche Opportunität und soziale Utilität, sondern es geht um seinshafte und darum ethische und dann auch rechtliche Konkretisierung im Genus – Species – Individuum. S. Anm. 24, 25.

²⁷ Über den Unterschied vgl. *Mausbach-Ermecke*, a. a. O., Bd. III (1961).

²⁸ S. Anm. 24.

tives Gesetzesrecht als Konkretisierung des Naturrechts zu gestalten. Denn anders ist ein menschliches Individual- und Sozialleben nicht möglich.

Aber nicht bloß die Rechtsetzung ist eine sittliche Pflicht, sondern auch die Achtung des »sach«-gerecht gesetzten Rechts. Von hierher sind daher *alle* Rechtsreformen zu beurteilen. Sie setzen voraus »sach«-orientierte Rechtskritik²⁹ und werden herbeigeführt durch sach-gerechte Sozialgestaltung, d. h. Politik³⁰.

Rechtsreformen haben sich also zunächst an den sozialen, d. h. mit- und zwischenmenschlichen »sachlichen« Forderungen hinsichtlich einer äußeren gemeinwohlorientierten Gemeinschaftsordnung auszurichten. Dabei geht es um solche Sachgerechtigkeit oder um eine realistische Einstellung, die ihr konkretes Maß nimmt 1. an der wesensmäßig *und* geschichtlich vor- und aufgegebenen Mit- und Zwischen-*menschlichkeit*; 2. an der um des Gemeinwohls willen geforderten konkreten *äußeren* Lebensordnung. Es muß dabei immer wieder kritisch verfahren werden: d. h. die vorhandenen oder die zu schaffenden positiven Gesetznormen sind am Menschen in seiner Sozialität und am konkreten Gemeinwohl aller zu messen. Dagegen verstoßen nicht bloß jene, welche Sittlichkeit und Recht identifizieren oder auseinanderreißen, sondern auch jene, welche die durch das positive Gesetz zu ordnenden »Sachen«, z. B. Ehe und Familie, Arbeit und Eigentum, überhaupt den Rechtsschutz von konkreten Gütern in ihrer Natur (»Natur der Sache«) und/oder in deren konkret-geschichtlicher Ausprägung³¹ verkennen. Hier bedarf es zur Rechtskritik und Rechtspolitik nicht bloß einfacher Lebenserfahrung, sondern weithin tatsachenwissenschaftlicher Erforschung der zu ordnenden Rechtsmaterie. Leider, und das ist besonders heute so fatal, gehen viele an die zu ordnende soziale Sache heran aus einer ideologischen oder auch utopischen Vorentscheidung³²: Nicht was die »Sache« ihrer Natur und in ihrer konkreten geschichtlichen

²⁹ Hierbei kommt es entscheidend auf den Maßstab der Kritik an. Dieser ist stets ein Wertmaßstab und daher letztlich auch weltanschaulich und nicht bloß weltbildhaft, d. h. die Welt nur in ihrer Tatsächlichkeit oder geschichtlichen Wirklichkeit überschauend, sondern weltbewertend begründet. Und hier scheiden sich die Geister.

³⁰ Vgl. zum Begriff des Politischen *Mausbach-Ermecke*, a. a. O., Bd. III (1961).

³¹ Zur Frage der Geschichtlichkeit vgl. *G. Ermecke*, Die Kategorie der Geschichtlichkeit des Menschen in der Moraltheologie, in: *Theologie und Glaube* 58 (1968) 110–130; *ders.*, Zur Christlichkeit und Geschichtlichkeit der »Moral in der Krise«, in: *Münchener Theologische Zeitschrift* 72 (1971, 297–312); *ders.*, s. Anm. 25.

³² Vgl. dazu *G. Ermecke*, Ideologie und Utopie, in: *Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften*, Bd. 10 (1969) 259–271.

Ausprägung als zu ordnende verlangt, und nicht das konkrete Gemeinwohl aller in der Rechtsgemeinschaft wird zum Maßstab der Rechtsreform gemacht, sondern man geht so vor, wie man die gesetzlich zu ordnende Sache aus persönlicher Interessenperspektive sieht und bewertet, d. h. entweder interessengebunden-ideologisch oder utopisch, wie man sich das Privat- und das Gruppenwohl oder das Allgemeinwohl in Zukunft absolut vollkommen vorstellt. So wird heute weithin über die eingangs erwähnten Rechtsreformen »politisch« entschieden. Während Politik *im wahren Sinne* so viel heißt wie praktische Gestaltung des konkreten Gemeinschaftslebens auf sein Gemeinwohlziel hin, wird hier »Politik«³³ ideologisch verstanden als Durchsetzung der eigenen Interessenstandpunkte unter dem Deckmantel der Gerechtigkeit u. a.

V. STRAFRECHTSREFORM UND SOZIALSCHÄDLICHKEIT

Aus dem Gesagten können wir nun auch klar bestimmen, um was es bei der »*Sozialschädlichkeit*«³⁴ als Ansatzpunkt für die strafrechtliche Pönalisierung eines Verhaltens geht. Wie wir darlegten, geht es nicht um die Pönalisierung einer sittlichen Einstellung der Moralauffassung, sondern um den Schutz von Rechtsgütern, welche für das äußere Gemeinschaftsleben nicht anders als durch Strafandrohung geschützt werden können. Nur soweit das Recht reicht, vermag ein solcher strafrechtlicher Schutz von Rechtsgütern diese vor ihrer Beschädigung (durch Gefährdung oder Minderung oder gar Zerstörung) bewahren, und wo ihre Beschädigung durch einen Akt von Sozialschädlichkeit recht nicht ausreichen, das kriminelle Strafrecht eintreten.

Sozialschädlichkeit ist mit Recht der Ansatzpunkt für jede Pönalisierung. Es geht um den Schutz von Rechtsgütern, deren Verletzung einen sozialen Schaden ausmacht. Es ist also falsch zu meinen, durch das Her-

³³ In Wirklichkeit ist diese »Politik« nicht eine sachgerechte soziale Gestaltung, sondern mit Macht erfolgende Durchsetzung von Einzel- oder Gruppeninteressen. Und das ist zwar »auch Politik«, aber es ist nicht Politik. Vgl. Anm. 30.

³⁴ Leider wird von den einen dieser Begriff mißverstanden, indem manche meinen, er klammere zu sehr die eigentlich strafrechtlich ethischen Probleme aus, andere verwässern den Begriff, insofern sie den Schaden rein individual- oder gruppeninteressenmäßig sehen, statt vom Wohl des Ganzen und den ihm notwendigen Rechtsgütern und deren Schutz vor Beschädigung auszugehen. Beschädigung von gemeinwohl-notwendigen und darum und insoweit rechtlich relevanten Gütern kann geschehen durch Gefährdung, Minderung, Vernichtung.

ausstellen der Sozialschädlichkeit als Grund für Pönalisierung würde die sittliche Ordnung relativiert oder gar mißachtet.

VI. STRAFE IST BEGRÜNDET IN SCHULDHAFTER RECHTSVERWIRKUNG³⁵

Die Rechtsgemeinschaft pönalisiert im eigentlichen Straf- (= Schuldstraf)gesetz durch ihren Gesetzgeber eine Sozialschädlichkeit nur, wo eine solche schuldhaft herbeigeführt wird. Hier haftet der Übeltäter (nicht bloß wie im Zivilrecht) mit ihm gehörigen privaten Rechtsgütern. Durch seine Tat hat er sozialen Schaden angerichtet. Durch seine Bestrafung werden ihm soziale Rechtsgüter entzogen, die er durch sein Tun *verwirkt* hat. Es geht dabei nicht um Rache oder Vergeltung, sondern einfach darum: der Verbrecher kann für sich eine soziale Position und sozial geschützte Rechtsgüter nicht verlangen und in Anspruch nehmen, wenn er sie anderen und damit dem sozialen Gesamt genommen hat. Er wird gleichsam nur mit dem bestraft, womit er »gesündigt« hat. Die staatliche Bestrafung ist gleichsam die »Zwangsvollstreckung« der Rechtsgüterminderung, welche der Übeltäter durch sein sozialschädliches Verhalten kompensatorisch auf sich nehmen muß. In welcher Form und Weise die Rechtsgemeinschaft diese Bestrafung androht und durchführt, ist sicher nicht in ihr Belieben gestellt. Das steht auch hier unter dem Gebot, daß nur die äußere gemeinwohlschädliche Tat der Rechtsgüterverletzung in einer sozialen, d. h. mit- und zwischen*menschlichen* Form bestraft werden kann, wobei die Art und Größe der Rechtsgüterverletzung, bemessen an dem Grad ihrer Gemeinwohlwidrigkeit, auch bestimmend sein müssen für die Androhung und Durchführung der Strafe³⁶.

³⁵ Es ist nicht bloß überraschend, sondern geradezu erschütternd, daß »man« eigentlich nicht weiß, warum »man« strafen soll. Die sogenannte »Resozialisierung« ist nicht Grund des Strafens, sondern Ziel des Strafvollzugs, sonst dürften Kriminelle, welche nur einmal eine bestimmte Tat begangen haben und sie nie wieder werden begehen können (z. B. Vatermord) nicht bestraft werden; denn sie sind schon wieder resozialisiert. Auch entfällt alles Strafen, wenn man nur von der »*défense sociale*« ausgeht, sofern von einem Täter fürderhin keine soziale Gefahr ausgeht, z. B. von einem KZ-Mörder aus der NS-Zeit. Über andere falsche oder unzureichende Begründungen von Strafe vgl. die am Ende der Ausführungen angegebene Literatur des Verfassers.

³⁶ Diese von uns genannte »Rechtswirkungstheorie« ist näher begründet in der Schrift: Zur ethischen Begründung der Todesstrafe, ²Paderborn 1963, und in: *Mausbach-Ermecke*, a. a. O., Bd. III (1961).