

Recht – Philosophie – Literatur

Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Jan Christoph Bublitz, Jochen Bung, Anette Grünewald,
Dorothea Magnus, Holm Putzke und Jörg Scheinfeld



Duncker & Humblot · Berlin

Recht – Philosophie – Literatur

Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag

Schriften zum Strafrecht

Band 355

Recht – Philosophie – Literatur

Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag

Teilband I

Herausgegeben von

Jan Christoph Bublitz, Jochen Bung, Anette Grünewald,
Dorothea Magnus, Holm Putzke und Jörg Scheinfeld



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpfing

Druck: Das Druckteam Berlin

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-15566-8 (Print)

ISBN 978-3-428-55566-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Am 12. April 2020 wird Reinhard Merkel siebzig Jahre alt. Mit den Beiträgen zu dieser Festschrift ehren die Autoren einen Wissenschaftler von besonderem Rang. Dem Leser seiner Werke begegnet ein begnadeter Analytiker und Feuilletonist, der gleichermaßen in der Welt der Wissenschaft reüssiert wie er geschätzt wird als wortgewandter Autor. Es gibt kaum einen anderen Rechtswissenschaftler, der sich ähnlich häufig und mit frischer Sicht in öffentliche Debatten einmischt. Er ist, wie er selber sagt, ein „renitenter Denker“, der es dem Üblichen selten erlaubt, unwidersprochen das Feld zu behaupten.

Geboren wurde Reinhard Merkel 1950 in Hof, wo er die Schulzeit durchlebte und 1969 das Abitur am Humanistischen Jean-Paul-Gymnasium ablegte. Obwohl sein geisteswissenschaftliches Wirken den weitaus größeren Teil seines Lebens betrifft, wird der Jubilar immer wieder auf ein bestimmtes Ereignis seines Lebens angesprochen, das nunmehr über ein halbes Jahrhundert zurückliegt: seine Teilnahme an den Olympischen Spielen in Mexiko City im Jahre 1968 – mit einem sechsten Platz im Finale des 400-Meter-Lagenschwimmens. Diese sportliche Höchstleistung hat im Leben von Reinhard Merkel Spuren hinterlassen. Als Sportler erhielt er nach dem Abitur ein Stipendium an der University of Southern California in Los Angeles, wo er in den Jahren 1970/71 die Fächer Englisch, Amerikanische Geschichte und Ökonomie belegte. Das Studium der Rechtswissenschaft nahm er 1971 an der Ruhr-Universität in Bochum auf und schloss es, nach einer Zwischenstation in Heidelberg, im Jahr 1977 an der Ludwig-Maximilians-Universität in München ab.

In den Jahren 1977 bis 1979 hatte Reinhard Merkel am Max-Planck-Institut für internationales und vergleichendes Sozialrecht bei Hans F. Zacher eine Stelle als wissenschaftlicher Mitarbeiter inne. Gleichzeitig studierte er bis 1982 Philosophie und Literaturwissenschaft an der LMU, wo insbesondere die Vorlesungen von Wolfgang Stegmüller sein Bild der Philosophie prägten. Nach dem Rechtsreferendariat in München, das er 1980 mit dem zweiten juristischen Staatsexamen abschloss, arbeitete der Jubilar als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Arthur Kaufmann am Institut für Rechtsphilosophie der Universität München, wo er später als Akademischer Rat a. Z. beschäftigt wurde. Der German Marshall Fund ermöglichte ihm eine sechswöchige Gesprächsreise zu den Größen der amerikanischen Philosophie: unter anderem zu Hilary Putnam, Richard Rorty, Donald Davidson, Thomas Kuhn und John Searle. Diese teilweise vom Bayrischen Rundfunk ausgestrahlten Gespräche schärfen sein Verständnis für die analytische Philosophie, insbesondere ihre Methodik der begrifflichen Klarheit und die Abneigung vor *sweeping claims*, was sein Denken nachhaltig prägte.

Während seiner Zeit am Münchener Institut übersetzte der Jubilar Allen Janiks und Stephen Toulmins Studie „Wittgensteins Wien“, die als Klassiker der Kulturgeschichte gilt. Wien sollte ein fester Bezugspunkt im Merkel'schen Denken bleiben. Zugleich schrieb er Essays und Rezensionen für den „Merkur“ und auch den „Spiegel“. Seine Texte weckten die Aufmerksamkeit der Wochenzeitung „Die Zeit“, die ihm 1981 unvermittelt das Angebot einer Stelle als Redakteur unterbreitete. Für sie zog Merkel nach Hamburg. Zwei seiner Dossiers fanden große Resonanz. Die ausgewogen-wohlwollende Besprechung der Thesen des Bioethikers Peter Singer, dessen Auftritte aufgrund von Gegenprotesten mehrfach abgebrochen werden mussten („Singer-Affäre“), rief Kritik hervor. Einen Coup hingegen landete der Jubilar mit einem Dossier zum hundertsten Geburtstag Wittgensteins, für das er gemeinsam mit dem Brenner-Archiv der Universität Innsbruck bis dato unbekannte Briefwechsel Wittgensteins erschloss. Für seine Schriften wurde Reinhard Merkel 1991 mit dem Jean-Améry-Preis für Essayistik ausgezeichnet.

Als ihm „Die Zeit“ die zuvor erwünschte dauerhafte Stelle im Feuilleton anbot, lehnte Merkel ab. Er wollte Texte anderer Art schreiben. So beendete er die Arbeiten an seiner Dissertation, die seine Interessen paradigmatisch spiegelt: „Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus“. In ihr behandelt der Jubilar eine Fülle von Streitfragen rund um das liberale Strafrecht und den liberalen Strafprozess – unter vollständiger Auswertung der Kraus'schen Schriften und sämtlicher Bände der von ihm herausgegebenen satirischen Zeitschrift „Die Fackel“ (1899–1936). Merkels herausragende Schrift wurde 1993 von der LMU als Dissertation angenommen, von Suhrkamp verlegt und 1996 als eines der juristischen Bücher des Jahres ausgezeichnet. Die Auseinandersetzung mit Kraus – auch in stilistischer Hinsicht – beschäftigt ihn bis heute.

Habilitiert worden ist Merkel bei Klaus Lüderssen an der Goethe-Universität in Frankfurt am Main (1997) mit seiner Habilitationsschrift „Früheuthanasie – Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin“. Der Verleihung der *Venia Legendi* für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Kriminologie folgten bis 1999 Rufe auf Strafrechtsprofessuren der Universitäten Bielefeld und Rostock, ferner Erstplatzierungen auf Berufungslisten in Köln und Regensburg. Schon lange Wahl-Hamburger, entschied Merkel sich für die Annahme des Rufes der Universität Hamburg, wo er ab April 2000 Strafrecht und Rechtsphilosophie lehrte und von 2011 bis 2015 Geschäftsführender Direktor des Instituts für Rechtsphilosophie war.

Merkels Habilitationsschrift steht als eindrucksvolles Beispiel für die Neigung des Jubilars, normative Dilemmata unter Anwendung rechtsprinzipieller Erwägungen neu zu durchdenken – neben der Früheuthanasie etwa: Sterbehilfe im Allgemeinen, Schwangerschaftsabbruch, embryonale Stammzellenforschung, Klonen, Notwehrfolter, „Kopftransplantation“, Rationierung in der Medizin, klinische Interventionen ins Gehirn sowie militärische Interventionen, von Jugoslawien bis Libyen. All diese Themen hat der Jubilar in Aufsätzen, Kommentaren, Monographien und Zei-

tungsartikeln behandelt. Gemein ist diesen Texten, dass Merkel seine Thesen verteidigt gegen Argumentationen, die „Gewissheiten ... aus wohlfeilen Weltanschauungen beziehen“, und dass er stets beharrt auf einer rationalen und ideologiefreien Argumentation. Dem aufgeklärten Geist mag das selbstverständlich erscheinen, zumal es sowohl das Grundgesetz als auch die Wissenschaftlichkeit ohnehin gebieten. Deshalb wird zwar vorderhand niemand eine andere Herangehensweise propagieren, was aber am Ende die Dinge verkompliziert, weil es nicht selten zu einer verschleiерnden Argumentation führt, die sich bloß den Mantel der Rationalität überstreift. Dass Merkel vielfach die Inkonsistenzen solcher Argumentationen entlarvt und ihren Kern – ideologisch-parteiisch motivierte Haltungen – offengelegt hat, ist nicht sein geringstes Verdienst als Strafrechtler und Rechtsphilosoph. Erinnerung sei an das Luftsicherheitsgesetz, dessen Erlaubnis zum Töten Unschuldiger der Jubilar als einer der ersten in einem Beitrag in der „Zeit“ als „Jenseits des Rechts“ verurteilt. Oder an die Debatte um die Knabenbeschneidung, über die es 2012 erst auf das argumentative Intervenieren Merkels hin überhaupt zu einer eingehenderen Diskussion im Ethikrat gekommen ist.

Überzeugungskraft und Unabhängigkeit seines Denkens mögen sich auch an dem eher ungewöhnlichen Umstand erweisen, dass Merkel von verschiedenen Parteien – erst der FDP, dann der SPD – als Mitglied für den Deutschen Ethikrat nominiert wurde. Von 2003 bis 2005 war er Mitglied der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestags („Recht und Ethik der modernen Medizin“), von 2012 bis 2020 dann Mitglied des Deutschen Ethikrats. Gerade dort war Merkels freiheitliches Denken gefordert. Zeugnis davon geben einige eloquent ausbuchstabierte Minderheitsvoten, in denen er die Stellungnahme der Mehrheit beleuchtet, durchaus erneut im Stile zeitkritischer, aufklärerischer Essays. Es war dann nur folgerichtig, dass er sich seit 2017 institutionell engagiert für eine säkulare Rechtspolitik, und zwar als Beirat sowohl in der Giordano-Bruno-Stiftung (gbs) als auch in deren Ableger, dem Institut für Weltanschauungsrecht (ifw).

Aus den Publikationen des Jubilars hervorgehoben seien nur die folgenden Schriften: „Reinhard Merkels Abhandlung zur Willensfreiheit“, schreibt Rolf Herzberg, „ragt aus dem einschlägigen Schrifttum weit heraus. Sie beleuchtet die Problematik scharfsinnig und kenntnisreich von allen Seiten.“ Die Schrift „Willensfreiheit und rechtliche Schuld – Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung“ wurde 2008 als eines der „Juristischen Bücher des Jahres“ ausgezeichnet. – Merkels Erläuterungen im Nomos Kommentar zu den Vorschriften des Schwangerschaftsabbruchs bieten eine tiefeschürfende Aufarbeitung der rechtsethischen, verfassungsrechtlichen und strafrechtlichen Aspekte dieser besonders umstrittenen Rechtsmaterie. Der Kommentator spürt darin Fragen nach, die vielen, auch Kennern der Materie, zuvor noch nicht untergekommen sein dürften. Mit der Kommentierung in einem gewissen Zusammenhang steht die Schrift „Forschungsobjekt Embryo – Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen“ (2002). Die drei genannten Schriften weisen das Charakteristische des Merkel'schen Denkens aus: In Anwendung einer verfassungstreuen Methodik, die auf

dem Boden einer freiheitlichen, nicht ideologischen Philosophie steht, entfaltet er die Probleme und findet durch eine nicht selten zuspitzende, aber gleichwohl austarierte Dogmatik zu Lösungen, die insbesondere auf dem Gebiet der Bioethik und des Medizinrechts beklemmende Unbarmherzigkeiten vermeiden.

Die Wertschätzung seines Schaffens drückt sich darin aus, dass Reinhard Merkel in einige renommierte Forschergemeinschaften aufgenommen wurde: Er war 2008 und 2009 Fellow am Wissenschaftskolleg (Institute for Advanced Study) zu Berlin; seit Januar 2011 ist der Jubilar Mitglied der Nationalen Akademie der Wissenschaften – Leopoldina, Sektion Wissenschaftstheorie; von 2013 bis 2014 war er Fellow am Wissenschaftskolleg Greifswald; 2016 wurde er Fellow an der Kolleg-Forscherguppe „Theoretische Grundfragen der Normenbegründung in Medizinethik und Biopolitik“ in Münster. Auch im Ausland wird Merkel wahrgenommen, etwa im Rahmen internationaler Gremien und *think tanks*, von der „Hinxton Group“ zur Stammzellforschung zu Fachgesellschaften für Leitlinien zum medizinischen Einsatz der Tiefenhirnstimulation. 2016 hielt er die Max Weber Lecture an der New York University.

Mit der Emeritierung im Jahr 2015 hat die Universität Hamburg einen hochkarätigen Rechtslehrer verloren. Merkels Vorlesungen, so erfuhr man 2012 bei Spiegel-Online, sind „ein erlesener Denksport“, „rasant, elegant, kraftvoll“, „nichts für Lerner, was für Denker“: „Für Merkel ist jeder Fall eine Ansammlung hochinteressanter Probleme, für die es ebenso faszinierende Lösungen gibt.“ Dies wird unumwunden bestätigen, wer schon einmal einen Vortrag des Jubilars gehört hat: Ein sezierender analytischer Blick verbindet sich mit der Kunst, noch die vertracktesten Dinge der Rechtsphilosophie und der Rechtsdogmatik hochanschaulich zu transportieren.

Wer nur einige der Merkel'schen Schriften oder Vorträge kennt, weiß zudem um seine Vorliebe, Argumentationen mit Gedankenexperimenten zu illustrieren und zu garnieren. Sind gewisse Gegenstände seines Denkens schon phantastisch genug und muten – jedenfalls aus der Ferne – an wie Science Fiction-Szenarien, etwa klinische Interventionen ins menschliche Gehirn (wiewohl derlei Eingriffe längst Realität sind), so fordert Merkel seinen Leser und Zuhörer auf, sich auch (derzeit) Unrealisierbares vorzustellen, etwa den Einsatz eines Teletransporters zu erwägen, um Fragen zur personalen Identität des Menschen zu klären. Im persönlichen Gespräch hat der Jubilar einmal den Mangel an Bereitschaft der Juristen beklagt, Gedankenexperimente ernsthaft zu erwägen: Bei den Philosophen, so Merkel augenzwinkernd, könne man sagen: „Stellen wir uns vor, der Mond sei aus gelbem Käse!“ Dann komme als Reaktion ein: „Gut – bitte!“ Bei manchen Juristen stoße schon auf Ablehnung, wer einen nicht alltäglichen Fall zur Erprobung unterbreite. Dass diese Haltung eher eine Immunisierungsstrategie des Meinungsgegners ist, wird man nicht allein deshalb annehmen dürfen, weil die Rechtswirklichkeit zum Teil bizarre Sachverhalte zu beurteilen einfordert. Denn unabhängig vom Realitätsgehalt vermögen Gedankenexperimente, auch im Juristischen, normative Probleme auf ihre *Essentialia* zuzuspitzen. Verwickelte Strukturen auf diese Weise aufzuhellen, das gelingt

Reinhard Merkel immer wieder besonders ideenreich. Wir möchten es daher – was Gedankenexperimente angeht – mit Aristoteles halten, der bekanntlich für Metaphern und gute Philosophie reklamiert hat, dass, in weit Auseinanderliegendem das Gemeinsame zu erkennen, besonderen Scharfsinn verrät.

Die Herausgeber der Festschrift bedanken sich für vielfältige Unterstützung: zunächst beim Verlag Duncker & Humblot, insbesondere bei Regine Schädlich für die exzellente verlegerische Betreuung. Für das Gewähren großzügiger Druckkostenzuschüsse gilt unser Dank der Giordano-Bruno-Stiftung sowie der Hamburger Stiftung zur Förderung von Wissenschaft und Kultur. Die Autoren der Festschrift haben ihr Mitwirken durchweg unverzüglich zugesagt. Dafür und für ihre Beiträge danken wir ihnen ganz besonders. Viele haben an das Werk Reinhard Merkels angeknüpft und dürfen einem weiteren Austausch mit dem Jubilar freudig entgegensehen. Zu nennen ist ferner Barbara Fisz. Als Sekretärin am Lehrstuhl von Reinhard Merkel hat sie den Jubilar über viele Jahre unterstützt; mittlerweile tätig bei seinem Nachfolger, Jochen Bung, hat sie das Entstehen der Festschrift in jeder Phase umsichtig betreut. Dafür danken wir ihr sehr. – Von Herzen danken wir schließlich Reinhard Merkel selbst, dem Lehrer, Vorbild, Förderer und Freund.

Hamburg, im April 2020

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

TEILBAND I

I. Literarisches

<i>Jochen Bung</i>	
Vom Recht, sich betasten zu lassen, von wem man will. Bemerkungen zu Kraus und Adorno	3
<i>Sigurd Paul Scheichl</i>	
Prozesse als Bestandteil des Werks von Karl Kraus – Prozessakten als Quellen zu seinem Wirken. Am Beispiel des Prozesses Pisk gegen Kraus (1929–1931)	13
<i>Jan Philipp Reemtsma</i>	
Das Vergleichen als eigenartige intellektuelle Tätigkeit betrachtet. Ein Gespräch	23
<i>Birgit Recki</i>	
Eine Poetik der Menschenwürde. Stil als weiche Normativität bei Ferdinand von Schirach	37
<i>Heinz Müller-Dietz</i>	
Warum schreiben Schriftsteller über Recht und Justiz?	51
<i>Alfred Nordmann</i>	
Die rechten Dinge	63

II. Politische Philosophie und Rechtsphilosophie

<i>Michael Pauen</i>	
Eine kontraktualistische Rechtfertigung von Freiheit	73
<i>Julian Nida-Rümelin</i>	
Zur Legitimität von Staatlichkeit. Eine kosmopolitische Kritik offener Grenzen	87
<i>Daniela Demko</i>	
Demokratie im Kontext von Globalisierung und Kosmopolitismus. Philosophische Reflexionen zur Begründung und zum Wesen einer Weltgemeinschaft als einer <i>freiheitlichen Konstruktion</i>	105
<i>Anton Leist</i>	
Gleichheit und/oder Verdienst?	129

<i>Jan C. Joerden</i>	
Kant und Hegel zur Gewaltenteilung im Staat – Skizze eines Vergleichs	153
<i>Kurt Bayertz und Thomas Gutmann</i>	
Thomas Dunson und Ethan Edwards im Lichte von Immanuel Kant und Carl Schmitt	167
<i>Matthias Mahlmann</i>	
Politische Verbrechen und europäische Kultur – Joseph Conrads „Heart of Darkness“ und die Gegenwelten der Gerechtigkeit	183
<i>Eric Hilgendorf</i>	
Kritischer Rationalismus und das Recht	213
<i>Martin Hein</i>	
Dogmatik und Hermeneutik als Leitbegriffe in Rechtswissenschaft und Theologie	235
<i>Christian Becker</i>	
Rechtswissenschaft, positives Recht und politischer Protest. Überlegungen anlässlich der Campus as Safe Space-Bewegung	257
<i>Benno Zabel</i>	
Handeln, Entscheiden, Zurechnen. Wie der Einsatz intelligenter Technik die deontologische Deutung des Rechts verändert	271
<i>Till Zimmermann</i>	
Vom Leid und Eigeninteresse künstlicher Rechtsträger: Juristische Personen als moralische Subjekte?	295
III. Grundlagen des Strafrechts	
<i>Bettina Walde</i>	
Zum normativen Charakter menschlicher Freiheit und der Frage nach dem objektiven Fundament des Schuldprinzips	317
<i>Christian Fahl</i>	
Das schlechte Gewissen des Strafrechtlers und die Willensfreiheit	335
<i>Urs Kindhäuser</i>	
Setzt Unrecht Schuld voraus?	351
<i>Rolf Dietrich Herzberg</i>	
Das Anderskönnen in der strafrechtlichen Schuldlehre	371
<i>Thomas Fischer</i>	
Zur Feststellung schwerer seelischer Abartigkeit, oder: Wieviel Selbstreferentialität verträgt die Schuld?	395
<i>Volker Haas</i>	
Schuldfähigkeit als Fertigkeit. Zu denkbaren Konsequenzen im Erwachsenenstrafrecht	413

Wolfgang Wohlers
 Das tradierte Schuldstrafrecht – ein Auslaufmodell? 423

Luís Greco
 Identität, Authentizität und Schuld – Reflexionen anlässlich der jüngsten Prozesse gegen „alte Nazis“ 443

Jan Christoph Bublitz
 Die Genealogie der Vergeltung, oder warum retributiven Überzeugungen nicht zu trauen ist. Ein Beitrag zu einer neuropsychologisch informierten Strafrechtswissenschaft 459

Gerhard Seher
 Wert und Grenzen der expressiven Theorie der Strafe. Zugleich eine Skizze über Begriff und Zweck staatlicher Strafe 493

Tatjana Hörnle
 Das Ideal des Bürgerstrafrechts vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Fragmentierung 511

Michael Kubiciel
 Das Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft 529

Tonio Walter
 Zur Demokratisierung des Strafrechts 545

Kai Ambos
 Strafrecht und Verfassung: Gibt es einen *Anspruch* auf Strafgesetze, Strafverfolgung, Strafverhängung? 565

Martin Böse
 Der EuGH und die Strafrechtsdogmatik. Grund und Grenzen einer Harmonisierung des Allgemeinen Teils 589

IV. Strafrecht Allgemeiner Teil

Peter Mankowski
 Auslandsrechtsanwendung, Auslandsrechtsprüfung, Auslandsrechtsberücksichtigung und Auslandsrechtsermittlung im deutschen Strafverfahren 609

Hans Kudlich
 Die Expansion des Strafens durch § 9 II 2 StGB. Drohende Friktionen und vorsichtige Einhegungsversuche 625

Günther Jakobs
 Garantenstellung bei tätiger Verletzung negativer Pflichten 639

Ralf Stoecker
 Der Unterschied zwischen Töten und Sterbenlassen und die Bedeutung von Handlungssphären 649

Sebastian Simmert und Joachim Renzikowski
 Causa efficiens 667

<i>Ingeborg Puppe</i>	
Über einige Probleme des Kausalitätsbegriffs im Strafrecht und Merckels Lehren dazu	681
<i>Kurt Seelmann</i>	
Zurechnung zu künstlicher Intelligenz?	695
<i>Lorenz Schulz</i>	
Der Irrtum als Seismograph des Strafrechts. Ein Fallbeispiel	707
<i>Heinz Koriath</i>	
Was für ein Irrtum	717
<i>Uwe Murmann</i>	
Tatentschluss und Legitimation der Versuchstrafbarkeit	727
<i>Horst Schlehofer</i>	
Strafbarkeitseinschränkende Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht?	745
<i>Susanne Beck</i>	
Fiktion vs. Realität. Warum nicht alle Fälle der „hypothetischen Einwilligung“ gleich zu behandeln sind	761
<i>Rainer Keller</i>	
Nothilfe für Tiere als Anthropozentrik	779
<i>Ulfrid Neumann</i>	
Rechtspositionen, Rechtsgüter und Rettungsinteressen in der aktuellen Diskussion zu Problemen des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB)	791
<i>Andreas Hoyer</i>	
Das Grundrecht auf Leben als Tötungsverbot für den Staat und als Schutzanspruch gegen den Staat	813
<i>Wolfgang Mitsch</i>	
Die Weigerung ein menschlicher Schutzschild zu sein	827
<i>Volker Erb</i>	
Der Lebensnotstand bei siamesischen Zwillingen	845
<i>Elisa Hoven</i>	
Tötung im Notstand? – Überlegungen zur Reichweite des Notstandsrechts insbesondere im Völkerstrafrecht	857
<i>Milan Kuhli</i>	
Roboterprogrammierung im Dilemma. Neue Verhaltensnormen für tödliche Notstandssituationen mit Unbeteiligten?	887
<i>Thomas Rönau</i>	
Die Haftungsfreistellung des „Whistleblowers“ nach § 5 Nr. 2 GeschGehG – eine gelungene Regelung?	909

TEILBAND II**V. Strafrecht Besonderer Teil**

<i>Carl-Friedrich Stuckenberg</i>	
Digitaler Hausfriedensbruch? Von trügerischen Analogien zur analogen Welt	931
<i>Gereon Wolters</i>	
Das gesetzliche Merkmal „gegen den erkennbaren Willen“ in der Neufassung des § 177 Abs. 1 StGB	951
<i>Claus Roxin</i>	
§ 184 j StGB im Streit der Meinungen	973
<i>Armin Engländer</i>	
Politische Tötungsmotive als niedrige Beweggründe?	983
<i>Peter Singer</i>	
The Challenge of Brain Death for the Sanctity of Life Ethic	1001
<i>Dieter Birnbacher</i>	
„Hirntod und kein Ende“ – nach zwanzig Jahren	1015
<i>Dietmar von der Pfordten</i>	
Menschenwürde und Sterbehilfe	1031
<i>Carl Friedrich Gethmann</i>	
Ethische Fragen der Selbsttötung angesichts der aktuellen deutschen Diskussion um ärztliche Sterbehilfe und um Sterbehilfevereine	1045
<i>Frank Saliger</i>	
Zur prozeduralen Regelung der Freitodhilfe	1063
<i>Friedhelm Hufen</i>	
Weiterleben als Schaden? – Weiterleiden als Schaden! Grundrechtsschutz gegen Übertherapie vor dem Tode	1079
<i>Thomas Hillenkamp</i>	
Abgestufte Anforderungen an selbstbestimmtes Sterben?	1091
<i>Christoph Sowada</i>	
Die Tatherrschaft als Zurechnungsinstrument im Spannungsfeld von Selbst- und Fremdtötung	1109
<i>Thomas Weigend</i>	
Teilnahme am nicht freiverantwortlichen Suizid?	1129
<i>Véronique Zanetti</i>	
Verhältnismäßigkeit und Kompromisse am Beispiel des deutschen Abtreibungsgesetzes	1141
<i>Thomas Rotsch</i>	
Zur Täterschaft der Schwangeren beim Schwangerschaftsabbruch	1163

<i>Klaus Rogall</i>	
§ 219a StGB in neuer Gestalt. Anmerkungen zu einem Lehrstück zeitgenössischer Rechtspolitik	1181
<i>Anette Grünewald</i>	
Intersexualität und Strafrecht	1203
<i>Detlev Sternberg-Lieben</i>	
Verletzungen beim Fußballsport – strafbare Körperverletzung?	1223
<i>Martin Heger</i>	
Strafrechtliche Grenzen von Enhancements im Sport	1245

VI. Strafverfahrensrecht

<i>Matthias Jahn und Sascha Ziemann</i>	
Frankfurter Strafprozessordnung. Der Kaufhausbrandstifterprozess von 1968 als epochemachender Schauplatz politischer Inszenierung	1265
<i>Karsten Gaede</i>	
§ 81g StPO – Musterbeispiel für die schöne neue Welt der Strafverfolgungsvorsorge?	1283
<i>Henning Rosenau und Carina Dorneck</i>	
Die Rolle der forensischen Molekulargenetik im Strafprozess	1301
<i>Guido Britz</i>	
Die „formlose Einziehung“: Kritische Anmerkungen zu einem Phänomen ...	1321

VII. Völkerrecht

<i>Claus Kreß</i>	
Die Anfänge des Völkerstrafrechts im Spiegel von Reinhard Merkmals Völkerstrafrechtsverständnis	1345
<i>Bernd Schünemann</i>	
Von den trüben Quellen und seichten Mündungen des Völkerstrafrechts	1361
<i>Dorothea Magnus</i>	
Verfolgung und Anklage von Völkerrechtsverbrechen nach deutschem Recht: wie weit zulässig und geboten?	1375
<i>Ulrich Steinvorth</i>	
Kollateraltötungen und Optimierungspflichten	1395
<i>Albin Eser</i>	
Tödliche „Kollateralschäden“ durch militärische Aktionen: zu deutscher Mitverantwortung für ausländische Drohneneinsätze	1409

<i>Stefanie Bock</i>	
Individuelle Verantwortlichkeit für staatliche Angriffshandlungen. Überlegungen zum Verbrechen der Aggression	1433
<i>Georg Meggle</i>	
Zum „Terrorismus“ im Sicherheitsrat	1453

VIII. Recht und Ethik der Medizin und Biowissenschaften

<i>John Harris</i>	
Gene Editing in Humans	1463
<i>Gunnar Dutte</i>	
Moderne Pränataldiagnostik: Legitimer Freiheitsgebrauch fern von „Diskriminierung“ und „Selektion“?	1473
<i>Thomas Schramme</i>	
Manipulation und mentale Selbstbestimmung	1489
<i>Ingmar Persson and Julian Savulescu</i>	
No Matter, Never Mind: The Bodily Basis of Mental Integrity	1501
<i>Neil Levy</i>	
Nudge, Nudge, Wink, Wink: Nudging is Giving Reasons	1507
<i>Jonathan Glover</i>	
Privacy, Neuroscience and the Inner Life	1531
<i>Bettina Schöne-Seifert und Marco Stier</i>	
Zur Autorität von Demenzverfügungen: Merkels Vorschlag einer notstandsanalogen Interessenabwägung	1545
<i>Ulrich Schroth</i>	
Zur Legitimation der gesetzlichen Regelungen der Nierenlebenspende	1565
<i>Holm Putzke und Jörg Scheinfeld</i>	
Zur Widerspruchsregelung bei der Leichenorganspende. Gedanken zur Diskussion im Ethikrat und im aktuellen Schrifttum	1579
<i>Nikolaus Knoepffler</i>	
Die Widerspruchsregel bei der Organspende – Überlegungen zu Reinhard Merkels Position	1603

IX. Varia

<i>Wolfram Höfling</i>	
„Eine Zensur findet ... statt“. Schlaglichter auf die Filmkontrolle in der frühen Bundesrepublik Deutschland	1619

<i>Jacqueline Neumann</i>	
Von der Formung des Rechts auf Weltanschauungsfreiheit	1633
Publikationen Reinhard Merkel	1651
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	1669

I. Literarisches

Vom Recht, sich betasten zu lassen, von wem man will

Bemerkungen zu Kraus und Adorno

Von Jochen Bung

1964 schreibt Adorno einen Aufsatz über Karl Kraus. Der seiner Freundin Lotte Tobisch gewidmete Text erscheint nicht selbständig, sondern ein Jahr später im Zusammenhang der Sammlung *Noten zur Literatur III* bei Suhrkamp. Anlass des Aufsatzes ist die Neuedition der Schrift *Sittlichkeit und Kriminalität* als elfter Band der Kraus-Werkausgabe des Münchener Kösel-Verlags. Adorno greift die Bemerkung des Herausgebers Heinrich Fischer auf, „kein Buch von Karl Kraus sei aktueller als dies vor bald sechzig Jahren publizierte“¹ und bekräftigt, dies sei „die pure Wahrheit“². Es war in der Tat die Wahrheit. Die radikale Kritik an einem moralisierenden Sexualstrafrecht, welche die Texte des Bandes wesentlich bestimmt, traf den Nerv einer rechtspolitischen Diskussion, die acht Jahre nach dem Erscheinen von Adornos Text in das 4. Strafrechtsreformgesetz mündete, das als augenfälligsten Reformschritt die Abschaffung der Überschrift des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuches, *Straftaten gegen die Sittlichkeit*, und dessen Umbenennung in *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung* bewirkte. Dieser Schritt und die damit verbundenen Umgestaltungen des Sexualstrafrechts lassen sich bruchlos mit den Überlegungen von Kraus in Verbindung bringen, dessen Schrift nichts Geringeres als eine Theorie legitimer und illegitimer Rechtsgüter im Strafrecht liefert und vehement die Restriktion des Sexualstrafrechts auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung fordert.³

Wie sieht es heute aus? Heute firmiert *Sittlichkeit und Kriminalität* in der von Christian Wagenknecht herausgegebenen Werkausgabe bei Suhrkamp als Band 1. Das Sexualstrafrecht hat sich als Dauerbaustelle erwiesen, die zeigt, dass das Interesse am Zusammenhang von „Sexualität und Wahrheit“⁴ ungebrochen ist, indem die

¹ Theodor W. Adorno, *Sittlichkeit und Kriminalität*. Zum elften Band der Werke von Karl Kraus, in: ders., *Noten zur Literatur*, Frankfurt am Main 1981, S. 367.

² Ebd.

³ Zum Begriff der sexuellen Selbstbestimmung *Karl Kraus*, *Sittlichkeit und Kriminalität*, hrsg. v. Christian Wagenknecht, Frankfurt am Main 1987, S. 326. Kraus nennt daneben noch den Minderjährigen- und den Gesundheitsschutz als legitime Aufgaben des Sexualstrafrechts, ebd., S. 15, 69, 182.

⁴ Zu diesem Zusammenhang *Michel Foucault*, *Der Wille zum Wissen, Sexualität und Wahrheit* Bd. 1, Frankfurt am Main 1983.

psychologisch vielschichtige und nicht selten ambivalente sexuell motivierte Interaktion zwischen Menschen am Muster veritativer Diskurse, ganz konkret am Muster von Ja/Nein-Stellungnahmen, ausgerichtet und verrechtlicht werden soll.⁵ Die im 19. Jahrhundert vom Erfinder der Kriminologie, Cesare Lombroso, ausgesprochene Prophezeiung, dass die Strafgesellschaften der Zukunft sich hauptsächlich mit Wirtschafts- und Sexualdelinquenz beschäftigen werden⁶, hat sich als zutreffend erwiesen. Das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft an einer Juridifizierung des Sexuellen hat alle historischen Formationen des Bürgertums überdauert. Kann man also auch heute noch sagen, dass kein Buch von Kraus aktueller ist als dieses vor nun mehr als hundert Jahren publizierte? Ich zögere ein wenig mit der Antwort und sehe mich nicht in der Lage, Adornos Diktum, das sei die „pure Wahrheit“, heute einfach zu wiederholen. Ganz zweifellos gibt es in Kraus' Werk Anmerkungen zur Sexualität und zum Sexualstrafrecht auf der Höhe der Zeit, Passagen für die gilt, was Reinhard Merkel, einer der tiefsten Kraus-Kenner in seiner Untersuchung *Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus* in Anknüpfung an die Bemerkung Adornos gesagt hat, dass sie „eine bis in die Gegenwart reichende Aktualität [demonstrieren]“⁷. Andererseits gibt es Passagen, über die die Zeit hinweggegangen ist, in denen Kraus sich in den Geschlechterstereotypen seiner Zeit verheddert und schließlich sogar in eine Art von „Sexualmetaphysik“⁸ verfällt.

Dieser merkwürdigen Ambivalenz möchte ich eine Weile nachgehen und zwar nicht in erster Linie aus Interesse an einem Beitrag zur Literaturwissenschaft, sondern weil sie uns über den Autor (Kraus) und seinen Interpreten (Adorno) hinaus etwas über das spannungsvolle Verhältnis von Sexualität und Strafrecht vermittelt. Und natürlich tue ich es in diesem Zusammenhang auch in der Absicht, Reinhard

⁵ Vgl. BT-Drs. 18/9097 (sog. Nein-heißt-Nein-Gesetz), die Diskussionen dazu und zur Reform des Sexualstrafrechts sind kaum mehr zu überblicken, sie sollen auch nicht Gegenstand dieses Beitrags sein. Nur als Anhaltspunkte: Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung (BGBl I 2016, 2460). Als ambivalent bewertet von *Joachim Renzikowski*, Nein! – Das Neue Sexualstrafrecht, NJW 2016, S. 3353 ff.; s. auch *Tatjana Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, NSTZ 2018, S. 13 ff., die das Gesetz zwar für grundsätzlich überzeugend hält, aber die Fassung für „schlecht durchdachte, zu schnell auf öffentliche Empörung reagierende Gesetzesänderung“ in den Einzelheiten kritisiert. Kritisch zum Entstehungsprozess des Gesetzes und mit dem Aufruf an die Strafrechtswissenschaft, sich stärker an der öffentlichen Diskussion zu beteiligen *Elisa Hoven*, Das neue Sexualstrafrecht – Der Prozess einer Reform, KriPoZ 2018, S. 2 ff. (mit Kommentar von *Tatjana Hörnle*, ebd., S. 12 ff.). Zum Muster von Ja/Nein-Stellungnahmen im Sexualstrafrecht *Jochen Bung*, Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung, in: Philipp Thiee (Hg.), Menschen Handel. Wie der Sexmarkt strafrechtlich reguliert wird, Berlin 2008, S. 49 ff.

⁶ *Cesare Lombroso*, Criminal Man, hrsg. von Mary Gibson und Nicole Hahn Rafter, Duke University Press (Durham und London) 2006, S. 332 f.

⁷ *Reinhard Merkel*, Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus, Frankfurt am Main 1998, S. 398.

⁸ So zutreffend Merkel (Fn. 7), S. 360, der freilich richtigerweise hervorhebt, „dass sie [diese Metaphysik] für die Kritik des Satirikers am Sexualstrafrecht keine entscheidende logische Rolle spielt“, ebd., S. 361.

Merkel zu ehren, dessen Untersuchungen zu Karl Kraus nicht nur zu den unverzichtbaren Beiträgen zur Kraus-Forschung, sondern auch zu den bemerkenswertesten Hervorbringungen einer methodisch aufgeschlossenen, interdisziplinären Strafrechtswissenschaft gehören, die gerade auch Impulse aus der Literatur aufnimmt und produktiv verarbeitet.

I. Geschlecht und sexuelles Selbstbestimmungsrecht

In *Sittlichkeit und Kriminalität*, das Artikel aus der von Karl Kraus herausgegebenen Zeitschrift *Die Fackel* versammelt, führt Kraus einen Angriff auf das geltende Sexualstrafrecht seiner Zeit. Vor allem ist es eine Kritik der Strafjustiz in Sittlichkeitsprozessen. Die Texte sind zwischen 1902 und 1907 verfasst. Neben der Justizkritik geht es Kraus darum, die legitimen Grenzen des Sexualstrafrechts zu bestimmen. Kraus formuliert, seiner Zeit weit voraus, das Thema „Geschlecht und Selbstbestimmungsrecht“⁹, er spricht vom „Selbstverfügungsrecht der Frauen“¹⁰, der Ausdruck „sexuelles Selbstbestimmungsrecht“ findet sich explizit¹¹, und dieses Recht wird – ganz modern und in erstaunlicher Vorwegnahme heutiger Verständnisse – bestimmt als „das Recht des Individuums, sich betasten zu lassen, von wem es selbst betastet sein will“¹².

Diese Bestimmung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts entwickelt Kraus in der Darstellung einer historischen Episode, die am 16. November 1906 in einem Zoologischen Garten in New York spielt. Hier soll der weltberühmte Tenor Caruso eine Frau durch unerwünschte Berührungen bedrängt haben, woraufhin er festgenommen und ein Ermittlungsverfahren gegen ihn eingeleitet wurde.¹³

Kraus geht mit der heimischen kritischen Berichterstattung über diesen Vorgang hart ins Gericht: „Nur die Flachköpfe unserer liberalen Presse halten es für Prüderie, wenn die amerikanischen Frauen einen Angriff auf ihr sexuelles Selbstbestimmungsrecht zurückweisen. Ich weiß nicht, nach welchem Gesetz Herr Caruso verurteilt wurde, aber ich vermute, dass nicht die öffentliche Schamhaftigkeit, sondern das Recht des Individuums, sich betasten zu lassen, von wem es selbst betastet sein

⁹ Kraus (Fn. 3), S. 36.

¹⁰ Ebd., S. 37.

¹¹ Ebd., S. 151, 326. Ob Kraus diesen Begriff als erster geprägt hat, wäre eine Untersuchung wert. Dass er einer der ersten war, halte ich nach – freilich unvollständigen – Recherchen für einigermaßen sicher. Ich danke Thomas Jänicke für empirisch fundierte Hinweise auf die Richtigkeit dieser Vermutung. Sensibilisiert war Kraus womöglich durch den Sprachgebrauch bei Franz von Liszt, der von der „freie[n] Selbstbestimmung über den geschlechtlichen Verkehr“ spricht, vgl. Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 10. Aufl., Berlin 1900, S. 347.

¹² Kraus (Fn. 3), S. 326.

¹³ S. ebd., S. 325 f.