



DER AUFGERÄUMTE HORIZONT,  
DIENSTAGS  
REINHARD MERKEL

---

Studium der Rechtswissenschaft, Philosophie und Literaturwissenschaft in Bochum, Heidelberg und München. Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für internationales Sozialrecht, München. Assistent am Institut für Rechtsphilosophie, München. 1988–1990 Redakteur der Wochenzeitung *Die Zeit* (Feuilleton). 1991 Jean-Améry-Preis für Essayistik. 1993 Promotion (München). 1997 Habilitation (Frankfurt/M.). Seit 2000 Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg. 2003–2005 Mitglied der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestags. Seit 2008 Mitglied der transatlantischen Forschergruppe „The Hinxton Group: An International Consortium on Stem Cells, Ethics & Law“. Publikationen: *Nutzen und Schaden aus klinischer Forschung am Menschen* (zusammen mit Joachim Boos, Heiner Raspe, Bettina Schöne-Seifert, 2009). *Willensfreiheit und rechtliche Schuld: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung* (2008). *Intervening in the Brain – Changing Psyche and Society* (zusammen mit Gerard Boer, Jörg Fegert et al., 2007). *Forschungsobjekt Embryo: verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen* (2002). „Früheuthanasie“ – *Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin* (2001). – Adresse: Juristische Fakultät, Universität Hamburg, Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg. E-Mail: reinhard.merkel@jura.uni-hamburg.de

Der Plan, mit dem ich nach Berlin kam, war ein wenig zu ehrgeizig. Und doch auch wieder nicht. Denn einerseits war mir das dunkel bewusst (wenngleich ich wohl halb unbewusst auf mancherlei Wunder einer produktiven Inspiration wartete), andererseits

gibt es ihn natürlich noch immer, und schließlich ist, drittens, seine Verwirklichung in den zehn Monaten am Wiko immerhin ein großes Stück vorangekommen.

## I.

Hier ist er: eine Philosophie desjenigen Teils des Strafrechts zu schreiben, der heute in den meisten entwickelten Rechtsordnungen „Allgemeiner Teil“ heißt. Gewöhnlich wird er den mehr oder weniger ausgedehnten Katalogen einzelner, genauer umschriebener Handlungen, die bei Strafe verboten sind, vorangestellt. Er regelt, was allen diesen Einzeltaten – vom Hochverrat über die Beleidigung und den Mord bis zu den Insolvenzdelikten – gemeinsam ist. Das scheint nicht viel zu sein: Es muss (1.) einen Täter geben, der (2.) gehandelt (oder, seiner Rechtspflicht zuwider, zu handeln unterlassen) und dadurch (3.) den Tatbestand eines konkreten Delikts verwirklicht hat, der (4.) für dieses Verhalten keine besonderen Umstände einer ausnahmsweisen Rechtfertigung (wie etwa der Notwehr) geltend machen kann, und dessen mentale Fähigkeiten und Zustände zur Zeit der Tatbegehung schließlich (5.) den Mindestbedingungen für die Feststellung persönlicher Schuld genügt haben.

Man wird vielleicht fragen, ob das wirklich alles sei. Aber erstens ist schon das bei weitem mehr, als die knappen Kennzeichnungen verraten; und zweitens ist es natürlich nicht annähernd alles. Es kann ja (z. B.) auch mehrere Täter (oder deren Anstifter oder Gehilfen) geben; oder: eine Tat kann bloß versucht worden sein; der Täter kann sich über allerlei faktische Umstände und normative Bewertungen seines Handelns, ja seiner ganzen Person, geirrt haben; besondere rechtfertigende Umstände, auf die er sich berufen mag, mögen nicht die der Notwehr gewesen sein, sondern (bloß) die eines Notstands, in welchem eine tödliche Gefahr für viele sich nur durch die Tötung einiger weniger Unschuldiger abwenden ließ – eine Interventionsform immerhin, die der Gesetzgeber mit dem verblichenen § 14 Abs. 3 des deutschen Luftsicherheitsgesetzes vor einigen Jahren dem Staat erlauben wollte, woran ihn freilich das Veto des Bundesverfassungsgerichts gehindert hat. Oder schließlich: das Handeln eines Täters mag zwar ein verbotenes Resultat verursacht haben, aber auf einem so labyrinthischen Kausalweg, dass man zweifelt, ob es wirklich dem Täter als dessen eigene Tat zugerechnet werden und seine Strafbarkeit begründen kann. Aus einem philosophischen Aufsatz ist mir eine Wildwest-Anekdote in Erinnerung, deren scheinbar flache Pointe ein durchaus tiefes Problem vorführt: Cowboy C schießt aus dem Hinterhalt mit Tötungsabsicht auf den Indianer I, aber weit

an diesem vorbei. Doch macht der Schuss eine in der Nähe grasende Herde von Büffeln rebellisch, die losstürmen und den armen I zu Tode trampeln. Hat C den I getötet? Vorrätlich? Mit seinem Schuss?

Vielleicht. So etwas, wird man sagen, komme eben nur in flachen Witzen vor, aber das ist nicht richtig. Vor Jahren entschied das Oberlandesgericht Stuttgart den Fall eines Autofahrers, der einen Fußgänger fahrlässig überfahren und schwer verletzt hatte, unter anderem am Kehlkopf. Das machte eine wochenlange künstliche Ernährung des Unfallopfers notwendig. Als dieses danach wieder allmählich lernte zu schlucken, passierte das Unglück: In einem unbeobachteten Moment verschluckte sich der Patient an seiner Suppe und erstickte. Hat ihn der Autofahrer fahrlässig getötet?

Solche Probleme legen einen theoretischen Blickwechsel des Strafrechts mit der Philosophie nahe. Denn auch sie befasst sich mit ihnen. Drei Ebenen, auf denen diese Kommunikation viel verspricht, lassen sich unterscheiden: eine begriffliche, eine metaphysische und eine normative. Im Bereich der letzteren wird man eine Reihe von Unterkategorien auseinanderhalten: Probleme der Zurechnung (wie in unserem Indianer-Fall), solche der ausnahmsweisen Legitimation grundsätzlich verbotenen Handelns (wie im ehemaligen § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes), solche der Normativierung des Begriffs persönlicher Schuld, und einige weitere. Zur Illustration ein paar Stichworte: Was ist Kausalität? (Ein naturgesetzlicher Zusammenhang? Der Inhalt des entsprechenden Gesetzes oder das in der Natur, was dieses Gesetz wahr macht?) Was ist eine Handlung? Ein Unterlassen? Wonach lässt sich entscheiden, welche Handlungsfolgen zur Verantwortlichkeit des Handelnden gerechnet werden können? Kann der große Nutzen, den ein Handeln für viele Menschen hat, den ebenso großen Verlust rechtfertigen, den es einigen wenigen absehbar aufzwingt? Nach welchen Prinzipien lassen sich welche Möglichkeiten der Legitimation generell verbotenen Verhaltens begründen? Gibt es einen freien Willen? Muss es ihn geben, damit man Menschen für ihr Handeln Schuld zuschreiben und sie bestrafen kann?

Das alles sind ebenso sehr philosophische wie strafrechtliche Fragen; und die meisten der zahllosen Einzelfragen, die in ihren Problemkreisen auftauchen, sind es ebenfalls. Umso mehr ist man überrascht, wenn man die bisherigen wissenschaftlichen Diskussionen zwischen Philosophen und Strafrechtstheoretikern mustert: Es gibt sie kaum, jedenfalls in Deutschland, von sehr vereinzelt Ausnahmen abgesehen. Dabei könnte jede der beiden Seiten von der anderen viel lernen. Manche Lösungen, die zu gleichartigen Problemen da wie dort entwickelt worden sind, fallen ganz unterschiedlich aus, andere

sehr ähnlich. Je tiefer man sich einliest in diese unverbunden parallelen Diskussionssphären, umso bedauerlicher findet man die wechselseitige Sprachlosigkeit. Der letzte Versuch einer „Philosophie des Strafrechts“ ist vor über hundert Jahren erschienen. Mir erscheint das als ein Misstand. Ihm in den Grenzen meiner Möglichkeiten abzuhelfen, das war und ist der Plan.

## II.

Anfang Februar, Dienstagskolloquium, Vortrag zum ersten Aspekt meines Themas. Strafrechtler neigen dazu, ihn gänzlich zu ignorieren: Wer ist eigentlich „Wer“ in jener Grundstruktur fast aller Straftatbestände, die so aussieht: „Wer x tut, wird bestraft.“? Nun, potentiell jeder, sagen Strafrechtler, und sehen deshalb hier kein Problem. Die Philosophie hat freilich schon vor über dreihundert Jahren, nämlich in Gestalt John Lockes, den Umstand entdeckt, dass die Identität von Menschen über deren biografische Zeit hinweg ein instabiles und bedrohtes Merkmal der Person sein kann. Strafrechtler setzen dagegen ohne weiteres voraus, dass Personen während ihrer gesamten Lebenszeit mit sich selbst identisch bleiben, jedenfalls in sämtlichen Hinsichten, die für eine Zurechnung von Taten oder von ehemals gegebenen Erklärungen maßgeblich sind. Das ist aber in bestimmten Fällen höchst unplausibel. Anhand der (freilich durchgängig umstrittenen) Kriterien, die in der Philosophie zur Bestimmung personaler Identität herausgearbeitet worden sind, kann man das zeigen. Daraus ergeben sich mancherlei Konsequenzen für das Strafrecht, die dort bislang übersehen werden. Auch das habe ich zu zeigen versucht – bis hoch in die Judikatur des Bundesgerichtshofs, der die entsprechenden Probleme nicht als das wahrnimmt, was sie sind: solche der personalen Identität; und der sie deshalb, meine ich, irrig entscheidet.

Das ist im Dienstagskolloquium gerade von philosophischer Seite nicht unwidersprochen geblieben: Jim Conant übernahm mit dem ihm eigenen Scharfsinn die Verteidigung der angedeuteten strafrechtlichen Indolenz. Sie habe recht gegen jederlei Invasion philosophischer Argumente zur personalen Identität. Das hat mich nachhaltig beeindruckt, überzeugt aber am Ende dennoch nicht. Die Sache ist zwischen uns, wenn ich recht sehe, unentschieden geblieben. Aber diese Kontroverse war der Beginn einer Reihe strafrechtsphilosophischer Dialoge, die bis zum Ende unserer gemeinsamen Wiko-Zeit anhielten. Und wenn ich noch einer Beglaubigung meines Wiko-Vorhabens bedurft hätte, hier war sie: Der Philosoph Jim Conant war es, der mir gerade den strafrechtlichen Blick für man-

cherlei Fragen nachhaltiger geschärft hat, als ich es aus den geläufigen Diskussionen unter Strafrechtlern gewohnt bin.

Das wäre ein plausibles Stichwort für ein längeres Raisonement über den Wert einer besonderen und vermutlich Wiko-spezifischen Interdisziplinarität: der täglich *inter personas* gelebten, einmal wöchentlich kulminierend im dienstäglichen Kolloquium. Dessen Wert wurde von vielen vor mir in beredteren Worten gepriesen, als ich sie fände. Also belasse ich's bei einer etwas ungewaschenen Ergänzung: Man geht hinein, im Kopf ein unwegsames Problemknäuel aus hundert ineinander verschlungenen Fragen, präsentiert es einer Gruppe ahnungsloser, aber ausgeschlafener Köpfe jenseits der eigenen Disziplin, kassiert eine Vielzahl unbefangener argumentativer Zurechtweisungen – und kommt mit einem so aufgeräumten inneren Horizont wieder heraus, wie man ihn gar nicht für möglich gehalten hätte und als Ergebnis einer fachinternen Tagung noch nicht erlebt hat. Oder so ähnlich, bei mir jedenfalls. Ich schlage vor, das Dienstagskolloquium zum wahren Höhepunkt des Wiko-Daseins zu erklären. Freilich würde ich, um ehrlich zu sein, sofort jedem zustimmen, der mich jetzt darauf hinwiese, dass ich dieses und jenes andere doch ungebührlich zu unterschätzen scheine – Catherine Robson's Poetry Group, die Donnerstagabend-Dinners, überhaupt die Küche, die allmüttäglichen Konversationen mit den anderen Juristen, den anderen Philosophen, den anderen Anderen. Ich weiß. Schwierige Fragen.

### III.

Nach meinem Kolloquium trat ein anderes Thema in den Vordergrund: das eines möglichen künftigen Grundrechts auf mentale Selbstbestimmung. Mit meinem Gesamtprojekt hat es einen zweifachen Zusammenhang. Einerseits als Konzept eines Abwehrrechts des Individuums gegen die Einführung eines neuen „opferlosen“ Delikts (von denen das Strafrecht noch immer zu viele kennt), nämlich einer Strafdrohung gegen „verbessern-de“, also medizinisch nicht indizierte Eingriffe ins eigene Gehirn. Andererseits aber auch als Anspruch des Einzelnen auf Schutz vor unerwünschten Eingriffen anderer in die eigene mentale Sphäre, ggf. auch durch das Strafrecht. In dem Maße, in dem die Möglichkeiten solcher Eingriffe greifbarer, effizienter und subtiler werden, dürfte der Druck wachsen, ein solches Recht zu statuieren oder es unter einem bereits geläufigen Titel, etwa dem des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“, ausdrücklich zu gewährleisten.

Diese Überlegungen habe ich in den letzten meiner Berliner Monate erheblich vorantreiben können. Drei Aufsätze sind bislang daraus entstanden, die inzwischen publiziert sind, außerdem ein sog. „Memorandum“, das ich mit sechs weiteren Wissenschaftlern jüngst unter dem Titel „Das optimierte Gehirn“ veröffentlicht habe. Neben allerlei problemschwerem Raisonement enthält es die Forderung eines liberalen Rechts auf Gestaltung und Veränderung des eigenen mentalen Seins, und zwar auch im Wege artifizierlicher Eingriffe. Die Reaktion der Presse hierauf war überwiegend scharf ablehnend. Einmal mehr hat sie mir gezeigt, wie wichtig die rechtsphilosophische Besinnung auf die Grenzen des strafenden Staates in einem Land ist, dessen Mehrheit unbefangen zu der Forderung neigt, der Staat möge, was man für sich selbst ablehnt, gefälligst auch dem Nachbarn verbieten, und am besten bei Strafe.

Diese Wahrnehmung wird auch künftig zum vitalen Fortbestand meines Motivs beitragen, das Großprojekt des schönsten Jahres meines bisherigen akademischen Lebens abzuschließen. Demnächst, in diesem ganzen Theater.