

Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle

Herausgegeben von

Rainer Beckmann, Gunnar Duttge,
Klaus Ferdinand Gärditz, Christian Hillgruber
und Thomas Windhöfel



Duncker & Humblot · Berlin

Rainer Beckmann, Gunnar Duttge, Klaus Ferdinand Gärditz,
Christian Hillgruber und Thomas Windhöfel (Hrsg.)

Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle

Schriften zum Strafrecht

Band 347

Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle

Herausgegeben von

Rainer Beckmann, Gunnar Duttge,
Klaus Ferdinand Gärditz, Christian Hillgruber
und Thomas Windhöfel



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

© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt

Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-15739-6 (Print)

ISBN 978-3-428-55739-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85739-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

„Das Leben ist weder Zweck noch Mittel; das Leben ist ein Recht. Das Leben will dieses Recht geltend machen gegen den erstarrenden Tod, gegen die Vergangenheit, und dieses Geltendmachen ist die Revolution. Der elegische Indifferentismus der Historiker und Poeten soll unsere Energie nicht lähmen bey diesem Geschäfte; und die Schwärmerey der Zukunftbeglückter soll uns nicht verleiten, die Interessen der Gegenwart und das zunächst zu verfechtende Menschenrecht, das Recht zu leben, auf's Spiel zu setzen.“

(Heinrich Heine, Verschiedenartige Geschichtsauffassung, 1833)¹

Geleitwort

Am 1. Oktober 2017 starb Dr. jur. Herbert Tröndle, Träger des Deutschen Kreuzes in Gold, weiland Präsident des Landgerichts Waldshut, Leitender Oberstaatsanwalt in Offenburg, Honorarprofessor an der Universität Freiburg, Mitglied des Kuratoriums und des Fachbeirates des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Autor des „Dreher/Tröndle“ von der 38. bis zur 49. Auflage, Mitgründer und Ehrenvorsitzender der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V., Mitglied des Herausgeberbeirates der Zeitschrift für Lebensrecht. Am 24. August 2019 jährt sich sein Geburtstag zum 100. Mal. Aus diesem Anlass haben sich Juristen verschiedener Fachrichtungen, Theologen, Ärzte, Politik- und Sozialwissenschaftler zusammengefunden, um den Verstorbenen mit einer Gedächtnisschrift zu ehren.

Fest- und Gedächtnisschriften tragen oft einen mehr oder weniger gut gewählten Gesamttitel, um das Sammelwerk unter ein (meist weit gefasstes) Thema oder eine bestimmte Leitidee zu stellen. In diesem Falle halten wir das für überflüssig. Das Werk des Verstorbenen steht vor aller Augen.² Der Name Tröndle ist in einem besseren Sinne, als es irgendeine Überschrift zum Ausdruck bringen könnte, selbst das Programm.

¹ Düsseldorf Heine-Ausgabe Band 10, S. 301 (302). Zu Entstehung und Deutung des zu Heines Lebzeiten nicht veröffentlichten Textes vgl. die Erläuterungen ebenda S. 795–818; ferner *Nicole Calian*, Geschichtsphilosophie aus der Sicht eines Dichters. Zu Heinrich Heines „Verschiedenartige Geschichtsauffassung“, in: Heine-Jahrbuch 2005, S. 26–41 und *Gerhard Höhn*, Heine-Handbuch, 2004, S. 323–326.

² Zu Leben und Werk *Tröndles* vgl. die Autobiographie in: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, hrsg. v. Eric Hilgendorf, Berlin 2010, S. 597–628; ferner die ausführliche Würdigung durch *Eduard Dreher*, Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, hrsg. von Hans-Heinrich Jescheck und Theo Vogler, Berlin 1989, S. 1–16. Eine Auswahl seiner Aufsätze ist gesammelt in dem Band: Antworten auf Grundfragen. Ausgewählte Beiträge eines Strafrechtskommentators aus drei Jahrzehnten, hrsg. von Walter Odersky, München 1999. – Ein bis 1999 vollständiges Schriftenverzeichnis *Tröndles* findet sich in: Antworten auf Grundfragen, a.a.O., S. 497–505; die wichtigsten späteren Veröffentlichungen sind nachgewiesen in: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, a.a.O., S. 629–631.

Diese Gedächtnisschrift enthält Beiträge zu fast allen Fragen, für die Tröndle sich besonders interessierte, namentlich zu außerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Strafrechts, zu Strafrechtsvergleichung und internationalem Strafrecht, zu Fragen der Schuld, Strafzumessung und Wahlfeststellung, zur Dogmatik der Rechtfertigungsgründe, zum Sexualstrafrecht, zu den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, zum Medizinstrafrecht, zu den Urkundendelikten, zu strafrechtlichem Ehrenschatz und Meinungsfreiheit.

Ein Schwerpunkt des Bandes liegt bei den ethischen, kriminologischen und strafrechtlichen Fragen an der Grenze zwischen Leben und Tod, die besonders seit den 1980er Jahren im Mittelpunkt von Tröndles Werk standen. Der Schutz des ungeborenen Kindes, insbesondere die Kritik am sog. „Beratungsschutzkonzept“, das Verhältnis des ärztlichen Heileingriffs zum Strafrecht, die Patientenautonomie, die Rechtsfragen der sog. Sterbehilfe sowie das Problem der Feststellung des Todeszeitpunktes als Voraussetzung für die Transplantationsmedizin – all das waren die Themen, die Tröndle besonders intensiv beschäftigten, ja umtrieben.

Ganz im Sinne von Herbert Tröndle haben wir nicht nur die alten Freunde und Weggefährten des Geehrten zur Mitwirkung an dieser Gedächtnisschrift eingeladen. Tröndle suchte stets auch den unmittelbaren Dialog mit der jüngeren Juristengeneration. Die Arbeiten jüngerer Autorinnen und Autoren fanden bei ihm auch dann Anerkennung, wenn sie andere Wege beschritten als die, welche er für richtig hielt. Seine Briefe legen Zeugnis davon ab. Daher wirkt auch eine Zahl jüngerer Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, die Tröndle nicht mehr persönlich gekannt haben, aber zu seinen Themen Relevantes zu sagen haben, an diesem Sammelwerk mit.

Tröndle war, über alle Meinungsunterschiede hinweg, ein Mann der Debatte. Das haben viele der angefragten Wissenschaftler den Herausgebern bestätigt und ihre persönliche Wertschätzung des Verstorbenen jenseits gesellschaftlicher Floskeln, manchmal sogar in bewegenden Worten, zum Ausdruck gebracht. Deshalb sind in dieser Gedächtnisschrift neben vielen Autoren, die mit Tröndle in wesentlichen Punkten übereinstimmen, auch solche Wissenschaftler vertreten, deren Sicht sich von Tröndles Überzeugungen fundamental unterscheidet.

Beim Lektorat war die Hilfe einer ganzen Reihe von wissenschaftlichen Mitarbeitern unentbehrlich. Den Damen und Herren Mher Bagdassarian, Patrizia Bolz, Olga Sofia Eschwe, Leonie Gerber, Johanna Groß, Linne Karlotta Hempel, Anne Hermle, Rea Hoxha, Helene Jaschinski, Kimberley-Cheyenne Kahl, Anne-Katrin Kolbe, Jakob Leonardy, Judith Piperek, Katharina-Isabelle Prenzel, Sina Ruck, Dr. Lukas Schefer, Mike Karl Schmid, Anna Tschinalieva, Julia Wagner, Marlene Zimdahl und Celina von Zitzewitz gilt Dank für ihre unsichtbare, mühselige, sorgfältige und überaus schnelle Arbeit im Detail. Frau Liane Schmitt hat etliche lästige Schreibarbeit übernommen und so ebenfalls zum Zustandekommen dieses Buches beigetragen.

Der tiefempfundene Dank der Herausgeber gilt all jenen, die durch Spenden oder in sonstiger Weise die Entstehung und den Druck dieser Gedächtnisschrift ermöglicht

haben, insbesondere der Stiftung „Ja zum Leben“ und ihrer Vorsitzenden Marie Elisabeth Hohenberg; Frau Rechtsanwältin Young-Ae Lee, LL.M., Sanji Law Firm, ehem. Richterin am Supreme Court und Abg. der Nationalversammlung, Seoul, Korea; dem Rotary Club Waldshut-Säckingen; Herrn Rechtsanwalt Albrecht Graf von Brandenstein-Zepelin, Mittelbiberach; Herrn Ltd. Ministerialrat a.D. Dieter Ellwanger und Herrn Professor Dr. Manfred Spieker, Osnabrück.

In den Rechtswissenschaften ist es üblich geworden, nach einer mittleren Linie, einer vermittelnden Ansicht, einer kombinatorischen Theorie zu suchen. Das war Tröndles Sache nicht, schon gar nicht in den Fragen des Lebensschutzes. Heute trägt eine klare Linie schnell den Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit ein. Doch hat schon Max Weber die Meinung als Selbsttäuschung bezeichnet, man könne durch Synthese von mehreren Parteiansichten praktische Normen von wissenschaftlicher Gültigkeit gewinnen:

„Die ‚mittlere Linie‘ ist um kein Haar breit mehr wissenschaftliche Wahrheit, als die extremen Parteiideale von rechts oder links. Nirgends ist das Interesse der Wissenschaft auf die Dauer schlechter aufgehoben als da, wo man unbequeme Tatsachen und die Realitäten des Lebens in ihrer Härte nicht sehen will.“³

Der frühere Präsident des Bundesgerichtshofs, Prof. Dr. Walter Odersky, schrieb vor zwanzig Jahren zu Tröndles 80. Geburtstag:

„Man wird Herbert Tröndle in seiner Haltung und in seinen Entscheidungen als Konservativen bezeichnen. Seine Thesen werden nicht von allen und in allen Punkten geteilt werden. Aber stets wird man sich mit seinen Meinungen in ihrer kenntnisreichen und durchdachten Begründung auseinanderzusetzen haben, und man wird Gewinn daraus ziehen. Es kennzeichnen ihn Starkmut und Entschiedenheit.“⁴

Als Herausgeber dieser Gedächtnisschrift haben wir höchsten Respekt vor dem juristischen Lebenswerk, das Herbert Tröndle hinterlassen hat. Seinen Starkmut und seine Entschiedenheit behalten wir in dankbarer Erinnerung. „Der Ruhm, wie alle Schwindelware, hält selten über hundert⁵ Jahre.“ Tröndle, der in seinen fast hundert Lebensjahren so vieles hatte kommen und gehen sehen, was die Zeitgenossen für selbstverständlich, für endgültig, für unumstößlich hielten, wusste das und ertrug es in einer noblen Haltung persönlicher Bescheidenheit und christlicher Demut. In seinem Sinne wollen die Herausgeber mit dieser Gedächtnisschrift nicht dem Ruhme Tröndles dienen, sondern ihre Verpflichtung zum Ausdruck bringen, in seinem Geiste weiterzuarbeiten. So wird er weiter wirken.

Bonn/Göttingen/Heidelberg/Würzburg, im Mai 2019

Die Herausgeber

³ Max Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 19 (1904), 22–87; zitiert nach Max Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 2. Aufl. 1951, S. 146/154 f.

⁴ Odersky, in: Antworten auf Grundfragen (vgl. Fn. 2), S. VIII.

⁵ Eigentlich sind es im Original bei Wilhelm Busch ‚tausend Jahre‘, was ganz sicher maßlos übertrieben ist.

Inhaltsverzeichnis

I. Grundlagen des Rechts und internationale Bezüge

Christoph Böhr

- Toleranz in Antike, Moderne und Postmoderne. Duldung im Widerstreit
von Recht und Unrecht, Wahrheit und Irrtum 17

Joachim Detjen

- Pluralismus und Naturrecht. Vom Nutzen des klassischen Naturrechtsdenkens
für Legitimität und normative Orientierung der pluralistischen Demokratie ... 35

Osman Isfen

- Inländische Lebensgrundlage als strafgewaltbegründendes Merkmal des
passiven Persönlichkeitsprinzips 61

Chan Jin Kim

- How Do Law and Economic Development Interact? Experiences Between
Liberalization and Regulation 73

Il-Su Kim

- Crime and Punishment in “the Parable of the Prodigal (Lost) Son” 89

Kristian Kühl

- Wertordnung oder Freiheitsordnung? Zur Bedeutung der Rechtsphilosophie
für die Kriminalpolitik 103

Dorothea Magnus

- Grundlagen der Strafrechtsvergleichung 119

Peter Schallenberg

- Naturrecht als Personrecht. Zum Verhältnis von Recht und Sakralität
in Sicht der Theologie. Herbert Tröndle zu ehrendem Gedächtnis 137

Dongyiel Syn

- Die Notwehr in Korea 151

Hans Thomas

- Ethischer Relativismus unterwirft die Ärzte der Politik 167

II. Verfassungsrechtliche und strafrechtliche Grundfragen

Johannes Dietlein

- Private Notrechte als Instrument der Gemeinwohlverwirklichung?
„Stalleinbrüche“ als Herausforderung für das staatliche Gewaltmonopol 187

<i>Monika Frommel</i>	
Der Streit um die Systemkategorie „Schuld“	203
<i>Ansgar Hense</i>	
Kanonistik und Strafrecht: Anmerkungen zu einer Verhältnisbestimmung mit Blick auf Stephan Kuttners Klassiker „Kanonistische Schuldlehre“ (1935)	225
<i>Josef Isensee</i>	
Das Strafrecht als Medium der grundrechtlichen Schutzpflicht	249
<i>Johannes Kaspar</i>	
Wege zur Strafgleichheit	279
<i>Urs Kindhäuser</i>	
Zur limitierten Akzessorietät der Teilnahme	295
<i>Winfried Kluth</i>	
Die Bedeutung des Menschenrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit im Flüchtlingsrecht	313
<i>Martin Kriele</i>	
Reformbedarf im Strafrecht	329
<i>Harro Otto</i>	
Die Pflicht des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens	337
<i>Joachim Renzikowski</i>	
Rechtfertigender Notstand zum Schutz von Tieren – zur Subsidiarität von privater Selbsthilfe gegenüber staatlichen Verfahren	355
<i>Jakob Fortunat Stagl</i>	
Der Allgemeine Teil als Naturrechtsmethode. Am Beispiel der Entscheidung des Großen Senates in Strafsachen zur Wahlfeststellung	369

III. Medizinrecht

<i>Susanne Beck</i>	
Was ist das Hypothetische an der hypothetischen Einwilligung?	389
<i>Hauke Brettel</i>	
Sterben zum Wohle der Mitmenschen? Zu strafrechtlichen Aspekten der Patientenauswahl	405
<i>Martin Heger</i>	
Einverständliches Fremddoping – auch eine nach § 228 StGB sittenwidrige Körperverletzung?	419
<i>Hans Kudlich und Holger Klautke</i>	
Ist Selbstbestimmung wirklich zu gefährlich?	431
<i>Josef Franz Lindner und Franziska Huber</i>	
Medizinische Versorgung von Strafgefangenen. Zur Anwendung der §§ 630a ff. BGB im Strafvollzug	443

Christian Pestalozza

Unrechte gruppennützige medizinische Forschung an nicht einwilligungs- fähigen volljährigen Kranken	459
--	-----

Kay H. Schumann

Zum Rechtsgut des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse gemäß § 278 StGB	483
--	-----

IV. Lebensschutz am Lebensende*Albin Eser*

Regulierung des Lebensendes zwischen Heiligkeits- und Selbstbestimmungs- postulaten – aus der Sicht von Herbert Tröndle	501
--	-----

Volker Haas

Ist das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit in § 217 StGB ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB?	525
---	-----

Bernd Heinrich

Die Strafbarkeit der Teilnahme am Suizid – eine rechtshistorische Analyse ..	539
--	-----

Thomas Hillenkamp

„Unbedingter Todeswunsch“ und konsentierter Tötung – (k)ein Strafmilde- rungsgrund? Anmerkungen zum Dresdener Kannibalen-Fall	553
--	-----

Elisa Hoven

Suizidbegleitung als strafbare Tötung durch Unterlassen?	575
--	-----

Erik Kraatz

Peterle 2.0 Oder: Zur Strafbarkeit eines Arztes nach Eintritt der Bewusst- losigkeit der Suizidentin	595
---	-----

Michael Kubiciel

Die Patientenautonomie und das Lambert-Dilemma: Zu den Grenzen einer Legitimationsfigur	615
--	-----

Elmar Nass

Sterben ist Leben. Wo die Menschenwürde antastbar ist	627
---	-----

Michael Sachs

Zum Grundrecht auf Selbsttötung. Grundrechtsdogmatische Bemerkungen aus Anlass des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19.15 –, BVerwGE 158, 142 ff.	641
--	-----

Jörg Scheinfeld

Der Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zwecke der Selbsttötung in extremer Notlage	661
---	-----

V. Der Schutz des ungeborenen Lebens

Rainer Beckmann

Das ungeborene Kind – Rechtssubjekt ohne Rechtsschutz? 679

Gunnar Duttge

Der Schwangerschaftsabbruch: eine „normale“ ärztliche Dienstleistung? 711

Klaus Ferdinand Gärditz

Kompromissloses Strafrecht? Zur verfassungsrechtlichen Rolle des Gesetzgebers bei der Entscheidung existenzieller Fragen 729

Ursula Nothelle-Wildfeuer

Familie – eine konstitutive Institution zum Schutz des Lebens. Gesellschaftliche Realität – politische Leitbilder – christlich-sozialethische Perspektiven . 757

Hans-Martin Schönherr-Mann

Individualisierung oder Menschenpark. Der Wandel der bioethischen Debatte . 773

Manfred Spieker

Störender Gutachter. Herbert Tröndle und die katholische Schwangerschaftskonfliktberatung 789

Christian Starck

Der menschliche Embryo ist Person und nicht Sache 807

A. Katarina Weiler

Die Bedeutung der Geburt im Recht. Reflexionen zu einem Grenzbereich des Regelbaren 825

VI. Todesfeststellung und Transplantationsmedizin

Axel W. Bauer und Jila Hosseini

Wer definiert den Tod des Menschen? Die Richtlinien der Bundesärztekammer zur Feststellung des Hirntodes von 1982 bis 2015 849

Gerhard Dannecker

Der Straftatbestand der unrichtigen Erhebung, Dokumentation oder Übermittlung des Gesundheitszustandes eines Patienten bei der Organvermittlung (§ 19 Abs. 2a TPG). Ein ergänzungsbedürftiger Straftatbestand zur Schließung von Strafbarkeitslücken bei manipulativen Eingriffen in die Organverteilung? 865

Dieter Dölling und Ludmila Hustus

Manipulationen in der Transplantationsmedizin im Spiegel der Berichte der Prüfungs- und Überwachungskommission nach §§ 11 Abs. 3 S. 4, 12 Abs. 5 S. 4 Transplantationsgesetz 881

Ulrich Eibach

Dringlichkeit oder Erfolgsaussicht in der Transplantationsmedizin. Zur ethischen Problematik beider Kriterien 899

Claus Roxin

Todeszeitpunkt und Organtransplantation 909

VII. Sonderfragen des Strafrechts

Christian Hillgruber

Die persönliche Ehre und die Autorität der Bundesrepublik Deutschland als Grenzen der Meinungs- und Kunstfreiheit. Zur Bedeutung und zum Verhältnis von Ehren- und Institutionenschutz unter dem Grundgesetz	925
--	-----

Jan C. Joerden

Lässt sich Mord (§ 211 StGB) aus der Perspektive der Rechtsprechung eigentlich rechtfertigen?	949
---	-----

Wolfgang Mitsch

Kinderarbeit und Strafrecht	967
-----------------------------------	-----

Helmut Satzger und Benedikt Linder

Gesetzgeberische Fehlgriffe beim „sexuellen Übergriff“. Eine Analyse legislatorischer Mängel des neuen § 177 StGB durch die Brille der Konkurrenzlehre	981
--	-----

Thomas Windhöfel

Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz bei Pauschalbeschimpfungen. Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu „A.C.A.B.“ und „FCK CPS“	999
---	-----

Autorenverzeichnis	1027
--------------------------	------

I. Grundlagen des Rechts und internationale Bezüge

Toleranz in Antike, Moderne und Postmoderne

Duldung im Widerstreit von Recht und Unrecht, Wahrheit und Irrtum

Christoph Böhr

Eine ehrenvolle Aufgabe ist es, sich an einer Gedenkschrift beteiligen zu dürfen, die der Erinnerung an einen Mann wie Herbert Tröndle gewidmet ist: dem herausragenden Rechtswissenschaftler und umfassend gebildeten Gelehrten, der aus der Sicht des juristischen Laien auch deshalb ein so überzeugender Exeget und Kommentator von Gesetzen war, weil er es nie anders tat denn in Folge der Hermeneutik des Rechts. Tröndle wusste zwischen Gesetz und Recht zu unterscheiden; bevor er sich dem Gesetz zuwandte, fragte er nach dem, was rechtens ist.

Allen Gesetzen geht das Recht voran. Unter Juristen gilt diese Auffassung heute, soweit ich sehe, wohl weitgehend als überholt. Der Radikale Konstruktivismus hat sich – so stellt es sich dem Außenstehenden dar – längst der Gesetzgebung und weiten Teilen der Rechtsprechung bemächtigt. Demzufolge ist Recht, was den Konstruktionen der Legislative entspricht und insoweit als Wirklichkeit gilt, um dann in der Rechtsprechung im Lichte der Realitätskonstruktionen des Richters in ein Urteil zu münden, das weder die Frage nach der tatsächlichen Wirklichkeit noch die Frage danach, ob der Rechtsspruch auch rechtens ist, aufnimmt, geschweige denn reflektierend bedenkt, weil beide Fragen als sinnfrei empfunden werden.

I. Recht und Gesetz

Ein treffendes Beispiel für diese Entwicklung der letzten Jahrzehnte ist der Lebensschutz. Um die empirischen Befunde seiner – hierzulande und andernorts längst nicht mehr sträflichen – Missachtung als vereinbar mit dem Recht zu erklären, musste eine Konstruktion erfunden werden, die das Recht des Geborenen als höherwertig anerkennt als das Recht des Ungeborenen. Diese Umwertung der bis dahin geltenden Norm konnte dann von der Gesetzgebung aufgenommen und von der Rechtsprechung umgesetzt werden. Dass damit eine Tür geöffnet war, die auf mittlere Sicht vielfältigen anderen Rechtsfolgen – beispielsweise im Blick auf die Bioethik und dem Suizid auf Verlangen – Einlass gewähren würde, war allen Beteiligten von Anfang an klar. Es war und ist der Wille des Gesetzgebers: in kleinen, oft sehr kleinen

Trippelschritten die einmal vollzogene Umwertung der Norm mehr und mehr zur Grundlage der Rechtsprechung zu machen. Dass der politische Prozess diese Entwicklung widersprüchlich begleitet – durch Bremsversuche der einen und Beschleunigungsversuche der anderen Seite –, ist keine Unstimmigkeit, sondern dient der Politik zur Gewinnung von Akzeptanz: Die einen kann man beruhigen – mit dem so oft zu hörenden Hinweis: Es hätte ja alles noch viel schlimmer kommen können –, während man die anderen auf morgen vertröstet – mit dem ebenso oft erfolgenden Hinweis: Alles braucht eben seine Zeit und steter Tropfen höhlt den Stein –.

Tröndle war für solche Machtspiele, die an die Stelle der Frage nach dem Recht treten, nicht zu haben. Er durchschaute die raffinierte Strategie der Aushöhlung des Lebensschutzes. Sein Wort im Meinungskampf ging immer von der Frage aus: Was ist rechtens? Damit schien er aus der Zeit gefallen, so wie alle, die diese Frage stellen, meist nur Kopfschütteln ernten. Schlimmer noch: Die Frage, was rechtens ist, wird gar nicht mehr verstanden, weil als Recht eben das gilt, was bestimmte meinungsführende Gruppen in festgelegten Verfahren als ‚Recht‘ konstruieren und konstituieren – nach welchen sachfremden Überlegungen auch immer.

Damit aber ist eine Frage aufgeworfen, die in der pluralistisch-liberalen Demokratie bis heute völlig unbeantwortet geblieben ist, die Frage nämlich: Wie soll jene Minderheit, die in Teilen des geltenden Rechts nichts anderes denn Unrecht erkennen kann, damit umgehen? Gibt es eine Pflicht zur Toleranz des Unrechts? Und wie wäre das Erfordernis, Unrecht zu dulden, genauer zu bestimmen?

Es ist mithin zunächst zu klären, was wir eigentlich meinen, wenn wir Toleranz einfordern? Welche Bedeutung verbindet sich mit diesem Begriff? Wie ist dieses Recht, das man Toleranz nennt und als Begriff zweifellos „normativ unbestimmt“¹ ist, genauer zu fassen? Im gesellschaftlichen Alltag wird sie uns auf Schritt und Tritt abverlangt, wie wir selbst sie nicht selten von anderen einfordern.

II. Der Begriff von Toleranz und seine religionspolitische Quelle²

Die vielleicht wichtigste Quelle europäischer Toleranz findet sich in einem Dokument aus dem Jahr 313, dem Mailänder Toleranzreskript der römischen Imperatoren: dem weströmischen Kaiser, Konstantin Augustus, dem Großen, und Licinius Augustus, dem oströmischen Kaiser. In geradezu mustergültiger Form wird dort, im Nachgang zum Toleranzedikt von Nikomedia, das Kaiser Galerius am 30. April 311 erlassen hatte und das dem Christentum bescheinigte, eine ‚religio licita‘, eine erlaub-

¹ Forst, Rainer, Toleranz, in: Monika Kirloskar-Steinbach/Gita Dharampal-Frick/Minou Friele (Hrsg.), Die Interkulturalitätsdebatte – Leit- und Streitbegriffe. Intercultural Discourse – Key and Contested Concepts, Freiburg/München 2012, S. 231 ff., hier S. 232.

² In diesem und den beiden nachfolgenden Kapiteln bezieht sich der Verfasser auf verschiedene Studien, die er in den letzten Jahren an verschiedenen Stellen zum Begriff der Toleranz vorgelegt hat.

te Glaubensgemeinschaft, zu sein, beschrieben, dass allen Menschen „freie Befugnis“ zu gewähren ist, sich „der Religion anzuschließen, die jeder sich wählen“ will, weil er sie „für sich als die geeignetste“ erachtet, „so dass jetzt frei und ungehindert jeder, der die Religion der Christen zu beobachten geneigt ist, ohne alle Beunruhigung und Belästigung dieser Beobachtung obliegen mag.“ Es geht den beiden Kaisern um die „freie und unbeschränkte Ausübung“, die „offene und uneingeschränkte“ Zulässigkeit des Glaubens – jedweden Glaubens – und ihr Edikt zielt auf die „ungehinderte Freiheit“ jeder Art von „Gottesverehrung“.³

Anlass für diese Entscheidung war die immer wieder im Reich aufflackernde, oftmals blutige Verfolgung der Christen, die dem staatsreligiösen Kult der Römer samt dessen Anspruch auf ausnahmslose Geltung gewaltlosen Widerstand leisteten. Insofern beseitigt das Mailänder Edikt zugleich jenes Hemmnis, das jeglicher Toleranz hindernd im Wege steht: staatsreligiöse Rituale, wie sie in der griechischen und römischen Antike ausgeübt wurden, und die zuletzt, im hellenistischen Römertum, nicht eine innere Gesinnung forderten, sondern ausschließlich den äußeren Vollzug erzwingen.

Die von den Christen geltend gemachte Unzulässigkeit jener staatsreligiösen Kulte ruhte auf einem philosophischen Axiom, das der Antike nicht gänzlich unbekannt war, aber erst mit dem Aufkommen des neuen Glaubens wirkmächtig wurde: die Unterscheidung zwischen dem äußeren und dem inneren Menschen. Das, was die tiefste Innerlichkeit eines Menschen ausmacht, sein ‚forum internum‘ bildet, ist das Gewissen: die Fähigkeit zur Unterscheidung zwischen Gut und Böse. Da die Stimme des Gewissens, wie wir seit Sokrates’ Berufung auf dessen Daimonion wissen, bedingungslos spricht, mithin keine Einschränkung und keine Umdeutung duldet, also intolerant ist gegenüber allen Versuchen seiner Beeinflussung, Beschwichtigung und Verfälschung, eröffnet sich dem Menschen in dieser Innerlichkeit eine Kenntnis vom Unbedingten und samt dieser Kenntnis, die nicht ohne den Anspruch von Verbindlichkeit zu haben ist, eine Teilhabe am Unbedingten – dem mithin, was wir das Absolute nennen. Das macht den Rang und die Würde des Gewissens aus. Die Christen nun hielten dafür, dass jene Überzeugungen, die der inneren Stimme des Menschen entspringen, vom äußeren Menschen – in seinen Entscheidungen und seinem Tun – nicht einfach verleugnet oder unterdrückt werden können, sondern ganz im Gegenteil der allein zulässige Prägestock eines ‚gewissenhaften‘ äußeren Verhaltens sind.

Wenn also die Innerlichkeit des Menschen – seine Überzeugungen, seine Gesinnung, sein Gewissen – jene Äußerlichkeit, in der ein Mensch anderen Menschen und der Welt begegnet, prägt, dann erfordern Rang und Würde dieser Fähigkeit, Gut und Böse unterscheiden zu können, unabdingbar die Möglichkeit, entsprechend dieser innerlichen Entscheidungsmacht auch äußerlich zu handeln. Anders ausgedrückt:

³ *Das Edikt von Mailand* vom Januar 313, in: Lucius Caelius Firmianus Lactantius, *Von den Todesarten der Verfolger*, in: ders., *Schriften*, Kempten und München 1919, S. 1 ff., hier S. 58.