

IV. Explizitmachen der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat

Nun soll die dem Recht implizite Konzeption des Bösen explizit gemacht werden. Wie dargelegt (III.2), wird dies durch Analyse der Delikte geschehen, die vom Recht als besonders missbilligenswert betrachtet werden. Wie wir gesehen haben, gibt es einige wenige Delikte, die sich von allen anderen Verbrechen abheben, und zwar durch die Besonderheit, dass sie zwingend die Höchststrafe vorsehen und dass sie nicht verjährhen.²⁰⁸

Diese Delikte werde ich zunächst vorstellen – zuerst den Mordparagraph (IV.1), dann die Völkerrechtsverbrechen (IV.2) – und dabei demonstrieren, dass der Grund für die besondere Verwerflichkeit gegenüber anderen schweren Straftaten bei sämtlichen Verbrechensvarianten im missbilligenswerten Motiv begründet liegt, das Böse im Recht also am Motiv festgemacht wird. Ausgehend davon, werde ich den Versuch unternehmen, diese im Recht auffindbaren Motive der bösen Tat zu generalisieren. Dadurch gelange ich zu drei Grundmotive der bösen Tat, also gewissermaßen zum Kern des Bösen im Recht (IV.3).

Um Missverständnissen vorzubeugen: Mit der These, dass das Böse im Recht im Tatmotiv zu finden ist, soll nicht behauptet sein, dass das Motiv allein die böse Tat konstituiert. Eine gravierende Tat im Sinne einer schweren Schädigung ist vielmehr ebenfalls stets erforderlich. Gemeint ist mit der These vielmehr, dass der Unterschied zwischen schweren Straftaten und solchen besonders ausgezeichneten Straftaten, den bösen Taten, eben nicht im Ausmaß des bewirkten Schadens besteht, sondern im Motiv.

208 Die dritte Besonderheit (bezüglich der erleichterten Wiederaufnahme nach Freispruch) wurde vom Bundesverfassungsgericht kassiert, s. dazu Kap. III.2 bei Fn. 141.

1. Mord als böse Tat

a) Mordmerkmale als Motive

Beginnen wir mit der Regelung des Mordes. Der Vorwurf des Mordes hebt sich vom bloßen Totschlag nicht etwa durch das Kriterium der Überlegung ab, sondern setzt im deutschen Strafrecht besondere Umstände voraus, die eine Tötung als besonders verwerflich erscheinen lassen.²⁰⁹ Der zweite Absatz der Vorschrift benennt diese neun Mordmerkmale, die eine einfache vorsätzliche Tötung²¹⁰ zum Mord werden lassen.²¹¹ Hier der Text des Gesetzes:

Strafgesetzbuch § 211 – Mord

- (1) *Der Möder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.*
- (2) *Mörder ist, wer*
aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstrieb, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,
heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder
um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,
einen Menschen tötet.

Die neun im zweiten Absatz genannten Mordmerkmale (im Folgenden: Varianten des Mordes) werden – wie auch in der graphischen Setzung des Gesetzestextes – in drei Gruppen eingeteilt: Varianten 1–4, Varianten 5–7 und Varianten 8/9.

Bereits beim ersten Lesen wird erkennbar, dass es sich bei der ersten Gruppe der Mordmerkmale (Var. 1–4) um täterbezogene Motive für die Tat handelt. Dies bestätigt die von Rechtsprechung und Wissen-

209 Vgl. für einen Überblick *H. Schneider*, in: Münchener Kommentar, § 211 Rn. 6 ff., der für die Frage der Rechtfertigung der Mordmerkmale Theorien, die die Verwerflichkeit betonen, solchen Theorien gegenüberstellt, die die Gefährlichkeit akzentuieren.

210 Der Totschlag ist normiert in § 212 Strafgesetzbuch. Dass es sich dabei um eine *vorsätzliche* Tötung handeln muss, ergibt sich nicht aus der Lektüre des Paragraphen, sondern folgt aus § 15 Strafgesetzbuch.

211 Durch die Beurteilung als Mord statt als Totschlag erhöht sich das Strafmaß, das sonst bei fünf bis fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe liegt, auf die Sanktion lebenslanger Freiheitsstrafe, die obligatorisch auszusprechen ist.

schaft etablierte Auslegung der Merkmale:²¹² So tötet aus Mordlust (Var. 1), „wer aus Mutwillen oder Angeberei tötet, wer die Tötung als nervliches Stimulans oder ‚sportliches Vergnügen‘ betrachtet, wer einen anderen zum Zeitvertreib tötet“.²¹³ Eine Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstrieb (Var. 2) setzt voraus, dass die handelnde Person sexuelle Befriedigung in der Tötung sucht oder den Tod zu diesem Zweck anstrebt.²¹⁴ Das Merkmal der Habgier (Var. 3) wird so interpretiert, dass die Person rücksichtslos danach streben muss, Vermögensvorteile zu erlangen,²¹⁵ also etwa gegen Bezahlung einen Auftragsmord ausführt. Die letzte Variante der ersten Gruppe, die „niedrigen Beweggründe“ (Var. 4), ist nun offensichtlich äußerst unbestimmt und daher höchst umstritten.²¹⁶ Da es mir nicht darum geht, wo zutreffenderweise hier die Grenze verläuft – also was gerade noch als niedrig oder gerade nicht mehr als niedrig gelten sollte²¹⁷ –, sondern ausschließlich darum, dass es dabei um *Motive* geht, nenne ich zur Verdeutlichung

- 212 Die Ausführungen zu den Mordmerkmalen orientieren sich, soweit nicht ausdrücklich anders markiert, an den in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft herausgearbeiteten Deutungen („herrschende Meinung“). Sämtliche Deutungen sind umstritten. Vgl. für die detaillierte Interpretation der Mordmerkmale die einschlägige Kommentarliteratur: *Eschelbach*, in: BeckOK zum StGB, § 211 Rn. 15 ff.; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schöneke/Schröder, Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 4 ff.; *Fischer*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 211 Rn. 7 ff.; *Heger, Lackner/Kühl/Heger*, Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 3 ff.; *Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Werner, Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 3 ff.; *Rissing-van Saan/G. Zimmermann*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 8 ff.; *Safferling*, in: *Matt/Renzkowski*, Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 6 ff.; *Saliger*, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 6 ff.; *H. Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 48 ff.; *Sinn*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 11 ff.
- 213 BGHSt 34, 59, 61; *Saliger*, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 8.
- 214 *H. Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 54 f. Es genügt, dass der Täter den Tod lediglich billigend in Kauf nimmt.
- 215 *Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Werner, Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 14, der auf die meistverwendete Formel der Rechtsprechung (BGHSt 29, 317) hinweist, das „hemmungslose, noch über die Gewinnsucht hinaus gesteigerte abstoßende Gewinnstreben um jeden Preis“.
- 216 Die Variante ist den früheren Entwürfen vom Ende des 19. Jahrhunderts erst in der NS-Zeit hinzugefügt worden, s. dazu Kap. III.4, insbesondere Fn. 194.
- 217 Die Definition der Rechtsprechung (Motive, die „nach allgemeiner sittlicher Anschauung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich, ja verachtenswert sind“, BGHSt 3, 132, 133) ist zwar weitgehend konsentiert, liefert allerdings lediglich einen „vagen, eher intuitiven Anhaltspunkt“ und bedarf einer

IV. Explizitmachen der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat

zentrale Fallgruppen, die in der Auslegung durch die Rechtspraxis über die Jahrzehnte entwickelt wurden: Unter das Merkmal gefasst werden Fälle, in denen die Beweggründe nicht mehr „noch als begreiflich und menschlich nachvollziehbar“ erscheinen, was in einer Würdigung der Gesamtumstände zu beurteilen sei.²¹⁸ Dies sei der Fall bei „Ausländerfeindlichkeit“,²¹⁹ außerdem etwa dann, wenn die Person das Leben anderer in krasser Eigensucht instrumentalisiert, also etwa aus Eifersucht tötet, um ein uneingeschränktes Besitzrecht am Anderen zu demonstrieren.²²⁰ Deutlich wird, dass es sich bei den genannten Fallgruppen wie in den ersten drei Varianten um Motive handelt. Die präpositionalen Wendungen der ersten Gruppe der Mordmerkmale („aus“, „zur“) belegen, dass es sich – in Anscombes Kategorien subjektiver Zurechnung (Kap. III.3) – um Antworten auf die Frage nach dem *Weswegen-Wollen* handelt, es demnach um *handlungsauslösende Motive* geht.²²¹

Dass es bei der Differenz zwischen Totschlag und Mord um *Motive* geht, dürfte außerdem ohne Weiteres einleuchten, wenn man die dritte Gruppe betrachtet, die Merkmale der Ermöglichung (Var. 8) und Verdeckung (Var. 9). Denn bei beiden Varianten wird die Tötung mit weiteren Zwecken der Handlung verknüpft, was schon die Formulierung mittels der finalen Konjunktion „um ... zu“ deutlich werden lässt.²²² Mit Verdeckungsabsicht (Var. 9) handelt eine Person, der es darum geht, eine vorausgegangene Straftat oder Spuren einer solchen Tat zu verdecken,²²³ etwa indem sie das Opfer der vorausgegangenen Tat oder Zeugen dieser Tat tötet. Qualitativ dasselbe, nur in umge-

sehr restriktiven Handhabung, so zutreffend *Safferling*, in: Matt/Renzkowski, Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 20 f.

218 Vgl. *Eschelbach*, in: BeckOK zum StGB, § 211 Rn. 33, mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung, die diese Formel negativ verwendet: Wenn die Tötung noch menschlich nachvollziehbar ist, dann kann das zugrunde liegende Motiv nicht ohne Weiteres als „niedrig“ angesehen werden (BGH NStZ 2019, 518, 519).

219 *Fischer*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 211 Rn. 27.

220 *Fischer*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 211 Rn. 24; zur problematischen Reproduktion der Vorstellung von Besitzansprüchen durch die Rechtsprechung *Schuchmann/Steinl*, Femizide, S. 318; dazu auch *Zabel*, Kritik der strafenden Vernunft, S. 185 ff.

221 Zur Kategorisierung der Motive in handlungsauslösende und handlungsprägende s. Kap. III.3.

222 *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 30, betiteln die dritte Gruppe als „Zielsetzungen“.

223 *Fischer*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 211 Rn. 68.

kehrter zeitlicher Reihenfolge meint das Merkmal der Ermöglichungsabsicht (Var. 8): Die Person tötet, weil sie durch die Tötung die Durchführung einer anderen Tat erleichtern will. Dem Täter der dritten Gruppe geht es also darum, durch das Töten ein weiteres Ziel zu erreichen. Kriminalisiert wird damit ein besonders verwerflicher *Handlungszweck*. In der Taxonomie von Anscombe (III.3) wären das Motive, die mit Intentionen zusammenfallen.

Lektüre und Auslegung der ersten und der dritten Gruppe der Mordmerkmale stützen somit die These, dass das Böse im Recht am Motiv festgemacht wird. Der These zu widersprechen scheinen allerdings die Mordmerkmale der zweiten Gruppe (Var. 5–7). Denn bei diesen geht es nicht um die Einstellung des Täters, sondern um Beschreibungen der *Begehungswise*: Heimtücke, Grausamkeit und gemeingefährliche Mittel. Eine solche Abgrenzung der zweiten Gruppe von den übrigen beiden ist in der Rechtswissenschaft etabliert: Während die erste und die dritte Gruppe verwerfliche Motive und Zwecke erfassen, also *täterbezogen* wären, würde es sich bei der zweiten Gruppe um *tatbezogene* Merkmale handeln, die die besonders verwerfliche Art und Weise der Tatbegehung charakterisieren.²²⁴ Salopp wird manchmal gar von subjektiven Mordmerkmalen einerseits und objektiven Mordmerkmalen andererseits gesprochen.²²⁵

Die Tatsache, dass tatbezogene Mordmerkmale existieren, scheint also die These, dass das Böse im Recht an Motiven festgemacht wird, zu widerlegen. Denkbar wäre nun, auf dieses Gegenbeispiel zur These zu reagieren, indem man die These qualifiziert: Statt zu behaupten, dass das Recht *stets* Motive als konstitutiv für die böse Tat ansieht, könnte man sich darauf zurückziehen, dass dies eben nur *oftmals* der Fall ist, während das Recht auch Fälle kennt, bei denen für die Einordnung als böse entscheidend die objektive Art und Weise der Tötung ist. Dass eine solche Relativierung der These nicht nötig ist, möchte ich im nächsten Abschnitt plausibel machen. Wer diese vornehmlich rechtsdogmatische Verkomplizierung für unnötig erachtet, möge den folgenden Abschnitt auslassen und gleich zum Ergebnis springen (Kap. IV.3.b).

²²⁴ Statt aller Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil I, Rn. 37.

²²⁵ Vgl. etwa die Überschrift für die zweite Gruppe H. Schneider, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 125: „Objektive Mordmerkmale“.

b) Tatbezogene Mordmerkmale als Tätermotive – kein Paradox

Nach ganz weitgehend geteilter Sichtweise betreffen also die erste und die dritte Gruppe der Mordmerkmale täterbezogene Aspekte, während die zweite Gruppe tatbezogene Aspekte benennt.²²⁶ Diese Zweiteilung erweckt – wie gerade gesehen – den Eindruck, lediglich im ersten Fall werde das Böse der Tat am Motiv festgemacht, während die tatbezogenen Merkmale nicht auf Motive, sondern auf objektive Aspekte der Tat fokussieren.²²⁷ Doch dieser Schein trügt.

Da es sich bei der hier infrage gestellten Einteilung in „subjektive“ täterbezogene und „objektive“ tatbezogene Mordmerkmale um die weit herrschende Ansicht in der Rechtswissenschaft handelt, entfalte ich die hier vertretene Sichtweise mit Bedacht in folgenden zwei Schritten. Erstens beziehen sich die beiden Kategorien – die Kategorie der täterbezogenen und die der tatbezogenen Merkmale – in einer für meine These relevanten Weise gleichermaßen auf die Tat (i). Zweitens lässt sich zeigen, dass die Kategorisierung der zweiten Gruppe der Mordmerkmale als *tatbezogen* die hier verfolgte These, nämlich dass für die besondere Verwerflichkeit das Motiv entscheidend ist, nicht ausschließt, sondern mit ihr kompatibel ist (ii).

Erstens (i) schafft die Teilung in täter- und tatbezogene Mordmerkmale weniger Abstand, als sie vermuten lässt. Denn wie wir bei

226 Vgl. Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 211 Rn. 90 ff. mit Nachweisen für die Rechtsprechung sowie insgesamt die Kommentarliteratur in Fn. 212. Es existieren partielle Abweichungen, etwa vertreten Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 49, dass bei der Heimtücke die „Täterbezogenheit überwiegen dürfte“; ähnlich Schünemann/Greco, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 28 Rn. 76.

227 Prononciert für die objektive Gefährlichkeit H. Schneider, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 125: Die Merkmale der zweiten Gruppe „kennzeichnen das äußere Tatbild [...]. Sie erfassen bestimmte Ausführungsmodalitäten, die als besonders gemeinschaftsbedrohlich erscheinen [...]. Demgegenüber spielen Beweggründe des Täters für die Auslegung keine Rolle“; hingegen für die subjektive Komponente der tatbezogenen Mordmerkmale Safferling, in: Matt/Renzkowski, Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 6: „Trotz der objektiven Ausrichtung der 2. Gruppe [...] muss sich beim Täter zugleich das Bewusstsein nachweisen lassen, die Lage auch für seine Zwecke ausnutzen zu wollen. Die Merkmale Heimtücke und Grausamkeit sind daher nach hM [herrschender Meinung; M. A.] in besonderem Maße subjektiv überlagert.“ Vgl. auch Fn. 226.

der Kritik der Normgenese des Mordparagraphen gesehen haben, ist die Anknüpfung von bösen Motiven ohnehin nur dann überzeugend, wenn wir sie nicht auf die Täterperson als ganze, sondern ausschließlich auf die Tat beziehen: „Tatstrafrecht“ statt „Täterstrafrecht“.²²⁸ Die Merkmale können bei einem derartigen Verständnis also weder charakterliche Eigenschaften noch die Täterpersönlichkeit beschreiben, sondern ausschließlich Motive bezeichnen, die sich in der konkreten Tat aktualisieren und sich auf diese Tat beschränken. Führt man sich das vor Augen, so wird klar ersichtlich, dass die Merkmale der ersten und der dritten Gruppe denen der zweiten Gruppe bereits näher stehen, als es durch die Unterteilung den Anschein machen mag. Denn die täterbezogenen Motive beziehen sich wie die tatbezogenen in einem grundsätzlichen Sinn ebenfalls auf die Tat.

Die Unterteilung ist zweitens (ii), und das ist nun entscheidend, vereinbar mit der Überlegung, dass auch in tatbezogenen Mordmerkmalen *Motive* des Täters zum Ausdruck kommen – und damit kompatibel mit der Überlegung, dass es eben diese Motive sind, die das entscheidende Delta zwischen Totschlag und Mord ausmachen. Wie ich darlegen möchte, enthalten die Merkmale der zweiten Gruppe ebenfalls jeweils ein Motiv. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass die Motive der ersten und der dritten Gruppe insofern Motive par excellence sind, als sie vom Beobachter des unmittelbaren Tatgeschehens nicht wahrgenommen werden können. Es handelt sich um innere Tatsachen, die sich ausschließlich „im Kopf des Täters“ abspielen.²²⁹ Zu plausibilisieren, dass es jedoch auch bei den Merkmalen der zweiten Gruppe auf das Motiv der Handlung für die Frage der Verwerflichkeit ankommt, ist das Ziel des verbleibenden Abschnitts.²³⁰

²²⁸ Siehe dazu Kap. III.4.

- ²²⁹ Das ist natürlich auch etwas plakativ formuliert. Denn die Motive lassen sich eben doch zumeist aus objektiv Beobachtbarem erschließen, etwa das Habgiermotiv aus den auf den Tod folgenden Kontobewegungen oder die Verdeckungsabsicht aus dem Brief, mit dem der Getötete dem Täter darüber in Kenntnis setzt, dass er von den anderen (dann zu verdeckenden) Taten weiß.
- ²³⁰ Dies steht in einem Gegensatz zur herrschenden Interpretation in Rechtsprechung und Lehre, vgl. etwa Rissing-van Saan/G. Zimmermann, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 158: „[D]ie objektiven Mordmerkmale insgesamt als täterbezogen anzusehen [...] würde das Schwergewicht unrichtig set-

Besonders deutlich wird der Motivbezug beim Merkmal der Grausamkeit (Var. 6). Für dieses Merkmal wird vorausgesetzt, dass dem Opfer besondere Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zugefügt werden, die das zur Tötung Erforderliche übersteigen.²³¹ Über diese objektiv beobachtbare Eigenschaft der Handlung hinaus wird gefordert, dass das Handeln „auf gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung“²³² beruht.²³³ Das tatbezogene Mordmerkmal der Grausamkeit setzt also ein Motiv voraus – womöglich wäre es nicht unzutreffend, das Verhältnis von objektiver und subjektiver Seite umzukehren:²³⁴ Die Tat muss subjektiv vom Motiv, unnötig Leiden zufügen zu wollen, getragen sein, *was regelmäßig dadurch zum Ausdruck kommt*, dass der Täter objektiv übermäßige Schmerzen herbeiführt.

Etwas komplizierter liegt die Sache beim Merkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln (Var. 7). Gemeingefährlich tötet nach gängiger Auslegung, wer ein Mittel in einer Weise einsetzt, die eine Gefahr für Leib und Leben für eine unbestimmte Anzahl anderer

zen. Dieses liegt, wie der BGH gerade für die Heimtücke immer wieder betont hat, in der gefährlichen Ausführungsart der Tat; die eingefügten subjektiven Komponenten dienen lediglich der Korrektur unbilliger Ergebnisse.“ Erstens beziehen sich die Ausführungen auf die Thematik der Akzessorietät (Zurechnung bei Mehrpersonenkonstellationen); zweitens ist entgegenzuhalten, dass in der besonders gefährlichen Ausführungsart eben das besonders verwerfliche Motiv *zum Ausdruck kommt*, vgl. im Text (ii).

231 BGHSt 3, 180, 181; *Eschelbach*, in: BeckOK zum StGB, § 211 Rn. 65.

232 Dieses Verständnis kann auch zu Ablehnungen des Merkmals der Grausamkeit führen, die im Einzelfall als „problematisch“ (Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 10) betrachtet werden: Gemeint ist die Entscheidung zur Tötung von Geiseln im Zweiten Weltkrieg, die im Rahmen einer Vergeltungsaktion an einer offenen Grube erschossen wurden: Dort betrachtete BGHSt 49, 189, 195 ff. die objektive Komponente der Grausamkeit als gegeben, verneinte aber die subjektive Komponente; das Urteil ist freilich aus verschiedenen Aspekten, u. a. der Ablehnung der subjektiven Komponente, kritisierbar, vgl. Bertram, Zweierlei Maß, S. 2280; s. zur Grausamkeit und dem Verhältnis der objektiven und subjektiven Komponente Steinberg, Strafe für das Versetzen in Todesangst, S. 26.

233 BGHSt 3, 180, 181; *Eschelbach*, in: BeckOK zum StGB, § 211 Rn. 68; kritisch zu dieser Anforderung der etablierten Sichtweise – auf dem Boden der Gefährlichkeit konzeption des Mordtatbestands – H. Schneider, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 146 ff.; Saliger, in: Nomos-Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 79.

234 Diese Umkehrung steht im Gegensatz zur vorherrschenden Auslegungsweise.

Personen mit sich bringt, weil die Ausdehnung der Gefahr sich nicht kontrollieren lässt.²³⁵ Auch der Täterin, die mittels gemeingefährlicher Mittel tötet, also etwa Steine von der Autobahnbrücke wirft oder mit einem Lastwagen in einen Markt rast, lässt sich allerdings durchaus ein Motiv zuschreiben: Indem sie willentlich Mittel einsetzt, von denen sie weiß, dass durch ihre Verwendung Unbeteiligte in Todesgefahr geraten, muss sie sich gefallen lassen, dass wir die Handlung eben in der gewählten Unkontrolliertheit bezüglich des Lebens Unbeteiliger betrachten, dass wir ihr also diese Missachtung des Lebens von Unbeteiligten – in Anscombes Kategorisierung – als handlungsprägendes Motiv zuschreiben.²³⁶

Eine ähnliche Erklärung gilt auch für das letzte Merkmal der dritten Gruppe, nämlich das der Heimtücke (Var. 5). *Heimtückisch* handelt nach gängigem Verständnis, wer die Wehrlosigkeit ausnutzt, die daraus resultiert, dass der Geschädigte zum Tatzeitpunkt nicht mit einem Angriff rechnete, er also arglos ist.²³⁷ Die überwiegende Auffassung in der Rechtswissenschaft hält das Verhalten, weil es das Opfer überrascht, für besonders gefährlich, und es sei gerade die *objektive Gefährlichkeit*, die die besondere Verwerflichkeit begründe.²³⁸ Dieser Auffassung ist zu widersprechen. Wie einige argumentieren, spricht bereits der Begriff der Heimtücke für ein subjektives, auf die Motivlage des Täters abstellendes Verständnis, fordert nämlich ein Verhalten mit *Tücke*.²³⁹ Zusätzlich, und das erscheint noch gewichtiger, lässt sich zugunsten einer subjektiven Komponente der Heimtücke auf ein Element der Definition rekurren, das allseitig konsentiert ist: den Begriff des *Ausnutzens*. Es lässt sich zeigen,

235 Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 211 Rn. 59.

236 Siehe zur Unterscheidung handlungsprägender und handlungsauslösender Motive oben Kap. III 3.

237 Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 211 Rn. 34 ff.

238 Rissing-van Saan/G. Zimmermann, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 158; H. Schneider, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 149 m. w. N. „Ausschlaggebend ist [...] der Grad der Gefährlichkeit im Sinne einer besonders großen Erfolgssicherheit durch Effektivierung der Tathandlung und die damit einhergehenden Einschränkungen der Selbstverteidigung.“ Für die Kritik der Gefährlichkeit konzeption vgl. Beck, Die Heimtücke – ein unzeitgemäßes und moralisierendes Mordmerkmal, S. 15 f.

239 Saliger, in: Nomos-Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 72. Meines Erachtens ist dies nicht verkehrt, allerdings ist eine solche starke Folgerung aus dem Wortlaut auch angreifbar.

dass der Begriff des Ausnutzens ein bestimmtes Handlungsmotiv impliziert, nämlich das Motiv, dass der Täter sich die erkannte und berücksichtigenswerte situative Schwäche des Gegenübers zunutze machen möchte. Ausnutzung impliziert „Ausnutzungsabsicht“. Und diese Absicht muss die Tat prägen, damit die Tat als heimtückisch gelten kann.²⁴⁰ Kurz: Wer heimtückisch tötet, also die Arglosigkeit des Gegenübers zur Tötung ausnutzt, der handelt mit dem handlungsprägenden Motiv, die Situation der Schwäche für sein Tötungsvorhaben zu nutzen. Die besondere Verwerflichkeit der heimtückischen Begehungsweise liegt also ebenfalls im Motiv – im *Wie-Wollen* (s. zur Taxonomie subjektiver Zurechnung bei III.3).²⁴¹

c) Ergebnis zur Analyse des Mordtatbestandes

Um die Überlegungen des Kapitels bis hierhin zusammenzufassen: Bei den in § 211 Strafgesetzbuch geforderten Mordmerkmalen, die den einfachen vorsätzlichen Totschlag zum Mord werden lassen, handelt es sich um Motive,²⁴² die auf die Tat bezogen sind.²⁴³ Offensichtlich gilt dies für die erste (Var. 1–4) und die dritte Gruppe (Var. 8/9) der Mordmerkmale. Diese sind in aller Regel sogar *handlungsauslösende* Motive (Weswegen-Wollen). Aber auch für die

240 Ausführlich dazu *Abraham*, Zum subjektiven Element der Heimtücke – Ausnutzen als Absicht, S. 641 ff.

241 Der Rekurs auf das Motiv lässt sich freilich kritisieren. So dezidiert gegen die Strafschärfung aufgrund eines listigen Vorgehens *Beck*, Die Heimtücke – ein unzeitgemäßes und moralisierendes Mordmerkmal, S. 16 f., weil der Gesetzgeber „abermals [wie der NS-Gesetzgeber; M.A.] in einer moralisierenden Betrachtungsweise die Feigheit des Täters strafshärfend berücksichtigen“ würde und in einer „archaischen“ Betrachtungsweise den offenen Kampf zweier Männer“ privilegiere (Zitate S. 17). Ob das Motiv der Ausnutzung situativer Schwäche stets regressiv ist, ist zu diskutieren.

242 Ob es sich dabei um Motive und darüber hinaus noch um Weiteres handelt, also die Mordmerkmale auch dadurch das Maximalverwerfliche kennzeichnen, weil sie ein besonders hohes „Ausmaß der Entfernung der Willensbildung des Täters von den Maßstäben des Rechts“ adressieren (*Klesczewski*, Strafrecht – Besonderer Teil, Rn. 34), und insofern auch Schuldmerkmale sind, wäre zu diskutieren. S. den Überblick über die in der Rechtswissenschaft vertretenen Einordnungen der Mordmerkmale ebd., Rn. 29 ff.

243 Dieses beobachtete Abstellen auf das Motiv kann freilich kritisiert werden, vgl. oben bei Kap. III.4 und unten Kap. V.

zweite Gruppe lässt sich begründen, dass das Verwerflichkeits-Plus gegenüber einer einfachen Tötung gerade in der Interpretation des *handlungsprägenden* Motivs (Wie-Wollen) zu sehen ist, das sich in der dort beschriebenen Handlungsweise (Var. 5–7) manifestiert.

2. Völkerrechtsverbrechen als böse Taten

Während das erste Delikt, das zwingend die Höchststrafe vorsieht, Kriminalität unter Individualpersonen betrifft, entstammen die weiteren so ausgezeichneten Delikte nun dem Völkerstrafrecht. Die auf internationaler Ebene etablierten völkerstrafrechtlichen Delikte sind im nationalen Recht im Völkerstrafgesetzbuch niedergelegt. Es geht dabei um Taten aus dem Bereich der Makrokriminalität und der Systemverbrechen.

Die bislang mit Blick auf die Mordmerkmale entwickelte These, dass das *Motiv* den Unterschied zwischen Totschlag und Mord erklärt, also dasjenige ist, was das Böse im Recht ausmacht, soll nun bei den weiteren strafrechtlichen Delikten, die – nach dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch²⁴⁴ – als höchststrafwürdig und unverjährbar eingestuft sind, ebenfalls belegt werden.

a) Das paradigmatische Motiv beim Völkermord

Am klarsten bestätigt wird die These, dass das Böse im Recht stets – zusätzlich zu einem objektiv schädigenden Verhalten – ein besonderes Tätermotiv voraussetzt, beim Völkermord. Der Normtext des Straftatbestandes lautet:

244 Im dem dem Völkerstrafgesetzbuch zugrunde liegenden Römischen Statut gibt es keine Strafrahmen der einzelnen Delikte und Deliktsvarianten. Gleichwohl gibt es dort, wie Werle/Epik, Theories of Punishment in Sentencing Decisions of the International Criminal Court, S. 336 ff., darlegen, eine Differenzierung in der Strafzumessung, die sich nach der Proportionalität (zu Tatschwere und individueller Verantwortlichkeit) in abstracto und in concreto ergebe.

Völkerstrafgesetzbuch § 6 – Völkermord

- (1) *Wer in der Absicht, eine nationale, rassische, religiöse oder ethnische Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören,*
 1. *ein Mitglied der Gruppe tötet,*
 2. *einem Mitglied der Gruppe schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 des Strafgesetzbuches²⁴⁵ bezeichneten Art, zufügt,*
 3. *die Gruppe unter Lebensbedingungen stellt, die geeignet sind, ihre körperliche Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen,*
 4. *Maßregeln verhängt, die Geburten innerhalb der Gruppe verhindern sollen,*
 5. *ein Kind der Gruppe gewaltsam in eine andere Gruppe überführt,*
wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.
- (2) *In minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 bis 5 ist die Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.*

Wie sich bereits der Eingangsformulierung der Regelung entnehmen lässt, setzt der Völkermord auf subjektiver Ebene ein Mehr im Vergleich zum bloß vorsätzlichen Verhalten voraus: Zerstörungsabsicht.²⁴⁶ Erforderlich ist also – jenseits der Vorsätzlichkeit des Verhaltens – eine auf Zerstörung gerichtete Volition. Zwar wird die Ansicht vertreten, dass für die vorausgesetzte Zerstörungsabsicht statt eines besonderen volitiven Elements bereits ein gesteigertes kognitives Element genügt, nämlich dass die Person von der angestreb-

245 § 226 Strafgesetzbuch setzt, grob gesagt, den Funktionsverlust eines Sinnesorgans oder eines Körperteils voraus.

246 Die Voraussetzung eines zielgerichteten Wollens ist auch die herrschende Meinung bei der Auslegung des Völkerstrafgesetzbuchs, BGH 21.5.2015 – 3 StR 575/14 = JZ 2016, 103, 105; vgl. Kreß, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 6 VStGB Rn. 79 m. w. N. Die im Folgenden angeführte Literatur bezieht sich zwar unmittelbar auf die Auslegung der *internationalen* Rechtsquellen (Art. II der Völkermordkonvention beziehungsweise Art. 6 Römisches Statut), an die sich allerdings die Auslegung der *nationalen* Regelung nach der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers „auf das Engste“ anzulehnen hat, so Kreß, ebd., Rn. 28.

ten Zerstörung der Gruppe weiß.²⁴⁷ Der historische Sinn²⁴⁸ der Vorschrift legt jedoch nahe,²⁴⁹ so die herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Völkerrechtswissenschaft, dass es für den Völkermord der Tatperson gerade auf die Zerstörung der Gruppe *ankommen* muss.²⁵⁰ Für den Vorwurf des Völkermordes ist danach konstitutiv, dass die Person in der Absicht handelte, eine nationale, rassische, religiöse oder ethnische Gruppe als solche zu zerstören.²⁵¹ Diese Zerstörungsabsicht ist also der entscheidende Unterschied, der eine schwere Straftat, also eine der in Nr. 1–5 bezeichneten Verhaltensweisen, zum höchststrafwürdigen Unrecht macht.²⁵² Ganz in diesem Sinne heißt es zur Forderung nach der Absicht der Zerstörung: „This insistence on the special intent [...] may be seen as correctly reflecting the need to reserve genocide convictions only for those

247 Etwa Demko, Die Zerstörungsabsicht bei dem völkerstrafrechtlichen Verbrechen des Genozids, S. 769 ff., die dafür plädiert, dolus directus 2. Grades (d. h. sicheres Wissen) genügen zu lassen; Krefß, The Crime of Genocide under International Law, S. 497 f. Auch wenn man keine besondere Absicht der Einzelperson fordert, griffe die hier entwickelte Argumentation zum Politikelement, denn die Einzelperson unterstellt sich der zielgerichteten genozidalen Politik (Kap. IV.2.b), vgl. in diesem Sinne Krefß, ebd., S. 497: „[I]t is not such a desire [d. h. personal desire; M. A.] of an individual that hallmarks genocide as the horrible crime it is. It is the dimension of the collective genocidal goal that every individual participant takes the conscious decision to further.“

248 Vgl. zur historischen Entwicklung des strafrechtlichen Genozidverbots Schabas, Genozid im Völkerrecht, S. 30 ff.

249 Zu weiteren stützenden Argumenten Berster, in: Tams/Berster/Schiffbauer, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article II, Rn. 132 ff.

250 Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 925 f. m. w. N. Vgl. die Streitdarstellung zwischen wollens- und wissensorientierter Auslegung der nationalen Regelung bei Gerson, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 6 VStGB Rn. 105 ff., der selbst Absicht zur Zerstörung der Gruppe und einfaches Wissen um die Bedrohung der Gruppe fordert (Rn. 112 f.).

251 Zur Frage, ob ein anderes Motiv zu haben das Motiv der Zerstörungsabsicht ausschließen kann, vgl. Behrens, Genocide and the Question of Motives, S. 511 ff.

252 Warum der Täter das Weswegen-Wollen (das Zerstörenwollen) wiederum will, ist unbeachtlich (denn diese Frage bezeichnet die Ebene sekundärer Motive, vgl. dazu bei Fn. 328). So auch Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 927 mit Fn. 180: Nicht nötig ist, dass „gerade aus diskriminierenden Beweggründen heraus“ gehandelt wird. Zu gegenteiligen Aufassungen Behrens, Genocide and the Question of Motives, S. 510 ff.

who have the highest degree of criminal intent.²⁵³ Die Tat wird zur bösen Tat gerade durch die Zerstörungsabsicht.

Der Fall des Genozids bestätigt somit die These, dass das Handlungsmotiv, hier die besondere Zerstörungsabsicht, den entscheidenden Unterschied zu der Begehung der bezeichneten Unrechtstaten macht. Das Böse im Recht liegt im *Weswegen-Wollen*, also im Motiv.²⁵⁴ Während mit der prominent angeführten Voraussetzung der Zerstörungsabsicht dies durchaus nahe lag, erfordern die übrigen Fälle genaueres Hinsehen.

b) Das versteckte Motiv bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Neben dem Völkermord zählen zwei Varianten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu den Delikten, die als besonders verwerflich ausgezeichnet sind und die lebenslange Freiheitsstrafe nach sich ziehen.

Völkerstrafgesetzbuch § 7 – Verbrechen gegen die Menschlichkeit

- (1) *Wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung*
 1. *einen Menschen tötet*
 2. *in der Absicht, eine Bevölkerung ganz oder teilweise zu zerstören, diese oder Teile hiervon unter Lebensbedingungen stellt, die geeignet sind, deren Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen,*
 3. [...]
wird in den Fällen der Nummern 1 und 2 mit lebenslanger Freiheitsstrafe, in Fällen der Nummern 3 bis 7 mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren [...] bestraft.
- (2) [...]

253 Cryer/Robinson/Vasiliev, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, S. 222.

254 Vgl. auch explizit das Ergebnis der Analyse von Behrens, Genocide and the Question of Motives, S. 510: „[...] the destruction of the group [...] is the aim of the perpetrator and therefore a motive which has become part of the crime of genocide.“

Die Höchststrafe ist demnach für die Person vorgesehen, die „im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung“ einen Menschen tötet (Abs. 1 Nr. 1) oder im Rahmen eines solchen Angriffs zerstörerische Lebensbedingungen schafft (Abs. 1 Nr. 2). Der zweitgenannte Fall lässt sich knapp abhandeln, denn dort wird wieder – wie oben beim Völkermordparagrafen – die besondere Zerstörungsabsicht vorausgesetzt, insofern explizit auf ein Tätermotiv abgestellt.²⁵⁵

Nicht ohne Weiteres klar hingegen ist der erste Fall: Vorausgesetzt wird doch lediglich die einfache Tötung eines Menschen. Wo sollte hier ein Motiv zu erblicken sein?²⁵⁶ Die Antwort liegt, wie ich argumentieren werde, versteckt im einleitenden Passus, der voraussetzt, dass die Tötung „im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs“ stattfindet.

Die Argumentation setzt einige Worte dazu voraus, wie dieser einleitende Passus zu interpretieren ist. Es handelt sich dabei um das sogenannte Kontextelement, das die Funktion erfüllt, einfache Straftaten von solchen Straftaten abzugrenzen, die so gravierend sind, dass sie die internationale Gemeinschaft als Ganzes angehen. Das infrage stehende Verhalten muss nach dem Wortlaut der Norm Teil eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die

- 255 Dies gilt zumindest für das deutsche Völkerstrafgesetzbuch. In der entsprechenden Vorschrift des Römischen Statuts ist schlicht von „Extermination“ die Rede, Art. 7 Abs. 1 lit. b. Daraus schließt die überwiegende Ansicht, dass hier keine Zerstörungsabsicht verlangt sei (*Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, Rn. 1017), während andere aus dem Begriff „calculated“, der im erklärenden Art. 7 Abs. 2 lit. b Römisches Statut angeführt wird, eine solche Zerstörungsabsicht ableiten (*Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Band 1, S. 400 mit Fn. 304). Aber auch wenn man nicht mit der zweiten Ansicht das Erfordernis einer Absicht fordern würde, ließe sich für die hiesige These die in diesem Abschnitt entwickelte Argumentation zum Politikelement (s. dazu sogleich) für § 7 Abs. 1 Nr. 1 Völkerstrafgesetzbuch entsprechend anwenden.
- 256 Vgl. jedoch *Behrens*, Genocide and the Question of Motives, S. 520 f., mit dem Hinweis auf die Ansicht von Richter Shahabuddeen, einem Richter am Tribunal für das ehemalige Jugoslawien, wonach die handelnde Person die Absicht haben müsse, dass sich ihre Einzeltat in die Modalitäten des Angriffs einfügt. *Shahabuddeen*, Separate Opinion, § 35, liefert das Beispiel, dass ein eifersüchtiger Ehegatte, der seine zur angegriffenen Gruppe gehörende Ehefrau tötet, nur einen einfachen Mord (statt eines Menschlichkeitssverbrechens) begehe, wenn er keine derartige Einfügungsabsicht gehabt habe.

IV. Explizitmachen der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat

Zivilbevölkerung²⁵⁷ sein, womit quantitative beziehungsweise qualitative Anforderungen an den Angriff beschrieben sind.²⁵⁸ Für die vorliegende Untersuchung ist nun nicht entscheidend, wie die Adjektive zu interpretieren sind. Entscheidend ist vielmehr, dass zusätzlich zu dieser alternativen Qualifikation des Angriffs aus dem Merkmal „Angriff gegen eine Zivilbevölkerung“ eine Anforderung folgt, die sich im Römischen Statut aus einer erläuternden Regelung ausdrücklich ergibt,²⁵⁹ die aber auch für die Auslegung der nationalen Vorschrift maßgeblich ist.²⁶⁰ Und zwar erfordert das Merkmal, dass die Handlung *in Ausführung oder Unterstützung einer Politik* eines Staates oder einer Organisation erfolgt, *der oder die einen solchen Angriff zum Ziel hat.*²⁶¹

Mit dieser Bedingung, dem sogenannten Politikelement,²⁶² ist der entscheidende Aspekt für die Argumentation benannt. Inwiefern ist dieser Umstand relevant? Das Argument lautet, dieses Politikelement demonstriert, dass auch hier das Böse im Motiv liegt – dass

257 Der Begriff ist umstritten. Nach Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 976, zählen dazu auch Streitkräfte, die die Waffen gestreckt haben.

258 Ein systematischer Angriff etwa setzt voraus, dass es sich nicht um isolierte Gewaltakte handelt, sondern die Taten Organisation und Planmäßigkeit aufweisen, Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 987.

259 Nämlich Art. 7 Abs. 2 lit. a Römisches Statut: „Attack directed against any civilian population‘ means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such an attack.“

260 Werle/Jeßberger, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 7 VStGB, Rn. 30, die darauf hinweisen, dass Art. 7 Abs. 2 Römisches Statut für die Auslegung von § 7 Völkerstrafgesetzbuch maßgeblich ist – und dass der Bundesgerichtshof offengelassen hat, ob die Voraussetzungen des Politikelements für § 7 Völkerstrafgesetzbuch erfüllt sein müssen. Vgl. dort auch zur Diskussion um die Auswirkung des in Art. 7 Abs. 2 Römisches Statut verankerten Politikelements auf § 7 Völkerstrafgesetzbuch.

261 Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 972. Inwiefern das Politikelement eine eigenständige Strafbarkeitsvoraussetzung darstellt, ist umstritten.

262 Das Politikelement wurde zwar bereits in früheren Tribunalen gefordert, kam aber als Anforderung ausdrücklich erst im Römischen Statut hinzu. Seine Berechtigung ist umstritten, in praxi wird für den Nachweis kein formal eingeführter Plan gefordert, vielmehr mithilfe von Indizien wie etwa wiederholten Handlungen, die in derselben Reihenfolge ablaufen, auf eine entsprechende Politik geschlossen, s. Internationaler Strafgerichtshof, Urt. v. 7.3.2014, TC II, ICC-01/04-01/07 (Kantanga), para. II09.

also den Unterschied zwischen schweren und höchststrafwürdigen Taten gerade das Motiv ausmacht. Nur ist es so, dass das verwerfliche Motiv hier nicht in der Person festgemacht wird, die die Tötung ausführt, sondern in der Politik, die der Tötung zugrunde liegt. Der Grund, die Tat als besonders verwerflich zu bewerten, betrifft auch hier das Subjektive, nämlich das von der Politik verfolgte Ziel, Angriffe auf die Zivilbevölkerung durchzuführen.²⁶³ Das Delta, das die Tat zur höchststrafwürdigen werden lässt, besteht also im besonderen Motiv, dem Weswegen-Wollen.

Bemerkenswert ist hier, dass das verwerfliche Motiv von der handelnden Person separiert wird und sich aus der verfolgten Politik ergibt. Es ist freilich unschädlich, wenn die handelnde Person die Politik auch selbst für erstrebenswert erachtet, sich also das Motiv der Politik für ihr individuelles Handeln zu eigen macht. Notwendig ist diese Übernahme des Motivs jedoch nicht. Indem die ausführende Person die Politik kennt und gemäß der Politik tötet, muss sie es sich gefallen lassen, dass ihre Handlung so interpretiert wird, als wäre die Handlung von diesem Motiv getragen. Es findet dabei keine Zurechnung von Motiven statt, sondern eine Fiktion. Das Verhalten wird – untechnisch gesprochen²⁶⁴ – so interpretiert, als ob es vom Motiv getragen wurde, weil die handelnde Person sich der Politik, die Angriffe auf die Zivilbevölkerung anstrebt, unterstellt.²⁶⁵ Der Umstand, dass das Motiv hier im Element der Politik versteckt ist, reflektiert eine zentrale Besonderheit²⁶⁶ des Völkerstrafrechts, nämlich den Umstand, dass die Taten hier typischerweise durch die Verbindung von Einzelpersonen mit einem Staat beziehungsweise einer Organisation zustande kommen.

Wer nun als tatsächlicher Träger des Motivs angesehen wird – die Organisation (was voraussetzen würde, dass man für möglich hält,

263 Nicht vorausgesetzt wird, dass explizit zu Angriffen auf die Zivilbevölkerung aufgerufen werden muss, s. zur gegenwärtigen Auslegung Fn. 262.

264 Juristisch betrachtet, sind das Kontextelement des Angriffs sowie das Einfügen der Einzeltat in den Angriff objektive Kriterien. Auf subjektiver Ebene benötigt die Person Vorsatz hinsichtlich der Einzeltat und mindestens Wissen bzgl. des Kontextelementes (wofür kein Detailwissen nötig ist, meist von der Sachlage, etwa Nachrichten, auf das Wissen geschlossen werden kann).

265 Erforderlich ist also nur ein Wissen darum, sich dieser Politik zu unterstellen. Vgl. zu einer darüberhinausgehenden, teilweise geforderten Absicht Fn. 256.

266 Jeßberger/Geneuss, Concluding Remarks: Dimensions of „Why Punish“, S. 383.

IV. Explizitmachen der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat

dass kollektive Entitäten als Träger von Intentionen infrage kommen) oder aber die Personen, die die Politik maßgeblich beschlossen und ihre Umsetzung veranlasst haben –, kann dabei offenbleiben.²⁶⁷ Für die hier vertretene These kommt es allein darauf an, dass der relevante Unterschied, der die „einfache Tötung“ zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit macht, darin liegt, dass die Handlung als Teil einer Politik angesehen wird, die ein böses *Motiv* ausgibt.

c) Das objektiv manifeste Motiv beim Verbrechen der Aggression

Eine weitere Vorschrift, die zwingend die Höchststrafe vorsieht und unverjährbar ist, ist das Völkerrechtsverbrechen der Aggression. Während das Führen von Angriffskriegen völkerrechtlich bereits seit Anfang des 20. Jahrhunderts geächtet war, fehlte eine Norm, die ausdrücklich die Bestrafung von verantwortlichen Personen anordnet. Erst im Jahr 1946 deduzierte der Internationale Militärgerichtshof aus der Völkerrechtswidrigkeit die Strafbarkeit von Einzelpersonen.²⁶⁸ Dessen Entscheidung bildet die Grundlage der *Strafbarkeit* des Angriffskriegs nach Völkergewohnheitsrecht.²⁶⁹ Nachdem bei den Verhandlungen zum Römischen Statut über den Inhalt der Strafnorm keine Einigung erzielt wurde, führte im Jahr 2010 der Kompromiss von Kampala zur entsprechenden Ergänzung des Römischen Statuts – die Implementierung²⁷⁰ in das nationale Recht

267 Das Vorgehen, kollektive Absichten an die Stelle der individuellen treten zu lassen, hält Neiman für den abzulehnenden Versuch, an einem vertrauten Begriffsrahmen festzuhalten, der das Böse mit böser Absicht verbindet, *Neiman, Das Böse denken*, S. 410.

268 Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg, Urteil vom 1. Oktober 1946, S. 249. „Verbrechen gegen das Völkerrecht werden von Menschen und nicht von abstrakten Wesen begangen, und nur durch Bestrafung jener Einzelpersonen, die solche Verbrechen begehen, kann den Bestimmungen des Völkerrechts Geltung verschafft werden.“ (ebd.). Die Folgerung aus der Völkerrechtswidrigkeit auf den Verbrechenscharakter erachtet als non sequitur *Merkel, Philosophische Sphären des Rechts*, S. 22.

269 Zusammen mit dem Tokioter Internationalen Militärgerichtshof und den je zugehörigen Statuten, *Werle/Jeffberger, Völkerstrafrecht*, Rn. 1575.

270 Vgl. zum weltweiten Stand der Implementierung *Hartig, Making Aggression a Crime Under Domestic Law*.

findet sich seit dem Jahr 2017 in § 13 des Völkerstrafgesetzbuchs. Der Regelungsteil, der als höchststrafwürdig ausgezeichnet ist, lautet wie folgt:

Völkerstrafgesetzbuch § 13 – Verbrechen der Aggression

- (1) *Wer einen Angriffskrieg führt oder eine sonstige Angriffshandlung begeht, die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.*
- (2) [...]
- (3) *Eine Angriffshandlung ist die gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbare Anwendung von Waffengewalt durch einen Staat.*
- (4) [...]

Augenfällig ist hier die Besonderheit, dass – anders als bei den sonst hier behandelten Verbrechen – eine Verhaltensweise gegenüber einer staatlichen Entität kriminalisiert wird. Gleichwohl stellt sich wie bei den anderen höchststrafwürdigen Verbrechen ganz parallel die Frage, ob es hier ein subjektives Element der bösen Tat gibt. Historisch betrachtet, ist die Strafbarkeit nach Völkergewohnheitsrecht nur unter der Qualifikation entstanden, dass der völkerrechtswidrige Krieg sich durch eine besondere aggressive Zielsetzung auszeichnet, und zwar, dass er auf Unterwerfung eines anderen Staates oder auf die Verfügung über dessen Gebiet und Ressourcen gerichtet ist.²⁷¹ Zwar wurde das Erfordernis der aggressiven Zielsetzung der Gewaltanwendung, die Voraussetzung eines „animus aggressionis“, auch während der Beratungen zum Römischen Statut diskutiert und teilweise befürwortet.²⁷² Anstelle des subjektiven Elements setzte sich am Ende allerdings eine *objektive Schwellenklausel* durch, nämlich die Voraussetzung, dass die Verletzung der Charta der Vereinten Nationen durch die Gewalthandlung „eine offenkundige“ ist, § 13 Abs. 1 Völkerstrafgesetzbuch (im Römischen Statut:

271 Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 1580.

272 Vgl. Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 1601 Fn. 137.

IV. Explizitmachen der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat

„manifest violation“²⁷³). Diese Schwellenklausel hat zur Folge, dass nicht nur völkerrechtskonforme Gewaltanwendungen, etwa Akte der Selbstverteidigung, vom Straftatbestand ausgenommen sind – solche Handlungen sind ja bereits überhaupt keine Verletzung der Charta der Vereinten Nationen –, sondern auch Gewaltanwendungen, die zwar völkerrechtswidrig sind, aber eben noch keine *offenkundige* Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellen.²⁷⁴ Ab welcher Schwelle die verlangte Offenkundigkeit erreicht ist, wird wiederum durch die Trias von Art, Schwere und Umfang (Römisches Statut: „character, gravity and scale“) der Gewaltanwendung konkretisiert, wobei für die Offenkundigkeit alle drei Merkmale vorliegen müssen.²⁷⁵ Inhaltlich werden durch die Schwellenklausel damit ausgeklammert Fälle, die als völkerrechtliche Grenzfälle gelten, des Weiteren „Bagatelfälle“, wie Grenzscharfmützel, vor allem aber – durch das Merkmal der "Art" („character“) – auch Gewaltanwendungen, die nicht kriminalisierungswürdige Zwecke verfolgen, etwa Gewaltanwendungen zu humanitärer Intervention²⁷⁶ oder auch präventiver Selbstverteidigung.²⁷⁷

Insofern wird erkennbar, dass, wenngleich ein besonderes Motiv nicht mehr explizit gefordert wird, diejenigen Fälle, die nach dem Filter der Schwellenklausel übrig bleiben, eben solche Fälle sind, in denen *besonders verwerfliche Zwecke* verfolgt werden. Dazu passt, dass Gerhard Werle und Florian Jeßberger zu dem Ergebnis gelangen, dass „die qualitative Eingrenzung [des Aggressionstatbestands durch die Schwellenklausel der offenkundigen Verletzung der Charta der Vereinten Nationen; M. A.] über den nach Völkergewohnheits-

273 Für die nationalen Implementierungsweisen des Manifestkriteriums, auch mit Blick auf dessen Vagheit vgl. Hartig, Making Aggression a Crime Under Domestic Law, S. 288 ff.

274 Vgl. zur Auslegung der Offenkundigkeit Baier, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 13 VStGB Rn. 48 ff. und zu Bedenken der Unbestimmtheit Rn. 12 ff.

275 Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 1602 mit Fn. 140; anders, nämlich zwei Kriterien als hinreichend erachtend Farthofer, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 13 VStGB Rn. 30.

276 Vgl. aber zu humanitären Interventionen, die den Zweck verfolgen, ein despatisches durch ein demokratisches Regime zu ersetzen, Merkel, Philosophische Sphären des Rechts, S. 39 ff., der argumentiert, diese seien – ganz abgesehen von praktischen Realisierungschancen – bereits aus normativer Sicht verwerflich.

277 Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 1602.

recht allein strafbaren Angriffskrieg hinaus allenfalls zu einer geringfügigen Ausweitung des als Aggression strafbaren Verhaltens führen [dürfte].²⁷⁸ Denn das nach Völkergewohnheitsrecht als Verbrechen anerkannte Verhalten setzt eben, wie oben beschrieben, voraus, dass der Angriffskrieg von einer aggressiven Zwecksetzung getragen ist, dem *animus aggressionis*.²⁷⁹

Doch selbst wenn man betonen würde, dass im deutschen Völkerstrafgesetzbuch und im Römischen Statut ein *animus aggressionis* gerade nicht mehr verlangt wird, so ließe sich auf einem anderen Weg die Voraussetzung eines Motivs begründen: Es verhält sich nämlich nicht unähnlich zum oben behandelten Mordmerkmal, zur Tötung gemeingefährliche Mittel einzusetzen. Dort wurde argumentiert, dass der Täter es sich angesichts des äußerlich beobachtbaren Verhaltens gefallen lassen muss, dass ihm ein Motiv *zugeschrieben* wird. Beim Einsatz gemeingefährlicher Tötungsmittel lautete die Zuschreibung, dass die Missachtung des Lebens von Unbeteiligten das handlungsprägende Motiv bilde. In ähnlicher Weise ließe sich hier beim Aggressionsverbrechen die Zuschreibung eines Motivs rechtfertigen, der sich die handelnde Person nicht widersetzen kann. Ein Akteur, der einen Akt staatlicher Waffengewalt kontrolliert, welcher offenkundig die Charta der Vereinten Nationen verletzt, muss es sich gefallen lassen, dass sein Verhalten als vom Motiv geprägt angesehen wird, die staatliche Autonomie²⁸⁰ (vgl. § 13 Abs. 3 Völkerstrafgesetzbuch: die Souveränität, territoriale Unversehrtheit oder politische Unabhängigkeit) des betroffenen Staates zu missachten. Kurz: Wie bei der Verwendung gemeingefährlicher Mittel wird auch bei manifest völkerrechtswidriger Waffengewalt das Motiv der Missachtung des Anderen unterstellt.²⁸¹

278 Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 1601.

279 Es genügt wiederum, dass der Täter handelt, obwohl er von der Zielsetzung des Krieges Kenntnis hat, sich insofern diese Zielsetzung zu eigen macht, Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 1591.

280 Typischerweise wird die staatliche Souveränität als Schutzgut des Aggressionsstatbestands verstanden. Für ein plausibles expansives Verständnis, wonach auch der intentionale Frieden sowie Interessen der Einzelakteure geschützt sind Hartig, Making Aggression a Crime Under Domestic Law, S. 105 ff. Folgt man dem, wäre das geschriebene Motiv entsprechend zu erweitern.

281 Für ein Verständnis des Aggressionsverbrechens, wonach nicht die staatliche Souveränität (vgl. bereits Fn. 280), sondern die Tötung der verteidigenden

d) Das unausgesprochene Motiv bei Kriegsverbrechen

Wir sind nun bei der letzten Vorschrift angelangt, die in einer ihrer Varianten zwingend die Höchststrafe vorsieht und unverjährbar ist: den Kriegsverbrechen. Die entsprechende Vorschrift lautet:

Völkerstrafgesetzbuch § 8 – Kriegsverbrechen gegen Personen

- (1) *Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt*
 1. *eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person tötet,*
 2. [...]
wird in den Fällen der Nummer 1 mit lebenslanger Freiheitsstrafe [...] bestraft.
- (2) [...]

Neben der Voraussetzung eines bewaffneten Konflikts ist ausweislich des Wortlauts ein zentrales Element der Vorschrift die Tötung einer Person, die nach humanitärem Völkerrecht zu schützen ist. Inwiefern soll hier die Höchststrafwürdigkeit, also das Element des Bösen, in einem Motiv liegen? Zugegebenermaßen ist hier die verfolgte These, die eben dies behauptet, am gewagtesten. Gleichwohl erscheint sie mir zutreffend. Die Erklärung setzt voraus, dass man sich vor Augen führt, welche Personengruppen hier als Verletzte der Handlungen bezeichnet werden. Welche Personen also sind es, die nach humanitärem Völkerrecht zu schützen sind? Die Vorschrift gibt die Antwort darauf selbst, nämlich im sechsten Absatz. Dieser lautet wie folgt:

Nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Personen sind

- a. *im internationalen bewaffneten Konflikt: geschützte Personen im Sinne der Genfer Abkommen und des Zusatzprotokolls I (Anlage zu diesem Gesetz), namentlich Verwundete, Kranke, Schiffbrüchige, Kriegsgefangene und Zivilpersonen;*

Truppen beziehungsweise der kollateral getöteten Zivilisten (ohne Berechtigung) der Strafgrund sind, argumentiert Dannenbaum, The Crime of Aggression, S. 69 ff. Folgt man dem, dann ist der Aggressionskrieg ein Mittel, das notwendig mit ungerechtfertigten Tötungen einhergeht; ein entsprechendes Motiv kann unterstellt werden.

- b. im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt: Verwundete, Kranke, Schiffbrüchige sowie Personen, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen und sich in der Gewalt der gegnerischen Partei befinden;
- c. im internationalen und im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt: Angehörige der Streitkräfte und Kämpfer der gegnerischen Partei, welche die Waffen gestreckt haben oder in sonstiger Weise wehrlos sind.

Herausstellen möchte ich dabei den letzten Halbsatz, der als Aufangklausel gleichzeitig – cum grano salis – das besondere Charakteristikum aller sonst noch genannten besonders geschützten Personengruppen (Verwundete, Schiffbrüchige etc.) pointiert: Es handelt sich um Personen, die aufgrund irgendwelcher berücksichtigungswürdiger Umstände *wehrlos* sind.

Für die Verwirklichung des Straftatbestands ist dabei erforderlich, dass die Tötung durch die spezifische Gefährdungssituation eines bewaffneten Konflikts ermöglicht oder erleichtert wird.²⁸² Bewaffnete, regelmäßig Streitkräfte, stehen Wehrlosen gegenüber und töten diese.²⁸³ Beispiele wären hier, dass bei der Einnahme einer Ortschaft wehrlose Zivilisten getötet werden oder dass ein Kommandant eines Kriegsgefangenenlagers Gefangenen keine Nahrung gewährt und sie auf diese Weise verhungern lässt. Ein weiteres Beispiel wäre die Situation, dass Streitkräfte Schiffbrüchigen trotz gefahrloser Rettungsmöglichkeit nicht helfen.

Lässt sich ein genereller Grund benennen, weshalb das Kriegsverbrechen der Tötung von nach humanitärem Völkerrecht geschützten Personen als gravierender als eine einfache vorsätzliche Tötung und auch als gravierender als andere Kriegsverbrechen angesehen wird, nämlich als höchststrafwürdig? Betrachtet man die beispielhaft angeführten Fälle, die das bezeichnete Verhalten verwirklichen, so lässt sich als Charakteristikum benennen, dass es sich stets um eine Situation handelt, die sich durch eine eklatante Macht-Asymmetrie auszeichnet:

²⁸² Diese Voraussetzung folgt aus der Formulierung, dass die Tat „im Zusammenhang mit einem [...] bewaffneten Konflikt“ stehen muss, Werle/Jeffberger, Völkerstrafrecht, Rn. 1216 ff., insbes. 1222.

²⁸³ Nicht nur Streitkräfte können Kriegsverbrechen begehen, sondern auch eine Zivilperson, etwa wenn die Tat von einer Konfliktpartei angeordnet oder geduldet wurde (Werle/Jeffberger, Völkerstrafrecht, Rn. 1221).

Wehrhafte Personen stehen wehrloseren Personen gegenüber. Man kann diese Situation mit einem bereits beim Mordparagrafen besprochenen Merkmal identifizieren, nämlich dem Mordmerkmal der Heimtücke. Dort habe ich argumentiert (IV.I.b), dass das Böse im Motiv des Ausnutzens der berücksichtigenswerten situativen Schwäche liege. Wenn nun eine nach humanitärem Völkerrecht zu schützende Person getötet wird – und die Tötung durch die Gefährdungssituation eines bewaffneten Konflikts erleichtert wird –, so lässt sich das, was hier passiert, ganz parallel zur Heimtücke als ein Ausnutzen von schutzwürdiger situativer Schwäche charakterisieren. Das subjektive Element des Ausnutzens, so also die Behauptung hier, existiert in der Vorschrift der Kriegsverbrechen in gleicher Weise. Nur wird es nicht explizit zum Thema. Es wird vorausgesetzt, dass in Situationen eines bewaffneten Konflikts das Ausnutzen ein zumindest handlungsprägendes Motiv darstellt. Das Motiv wird, so könnte man untechnisch²⁸⁴ sagen, infolge der tatsächlichen Umstände der Tötung dem Handelnden unterstellt.

Während das Motiv des Ausnutzenwollens von situativer Schwäche also im nationalen Strafrecht besonderer Hervorhebung und Prüfung bedarf – denn nicht jede Tötung einer wehrlosen Person verdient notwendigerweise das Etikett der Heimtücke –, so bedarf es bei einer Tötung von wehrlosen Personen, die sich im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt ereignet, keiner näheren Erörterung. Das Motiv, das das Böse konstituiert, ist existent, ohne dass es explizit benannt wird. Es ist im *situativen Rahmen* der Tatbeschreibung – Macht-Asymmetrie und Schutzwürdigkeit – enthalten.²⁸⁵

284 Mit dem Unterstellen des Motivs ist hier der konzeptuelle Gedanke gemeint, dass die Umstände ein entsprechendes Motiv des Handelnden nahelegen – und dieses Motiv das für die Verwerflichkeit konstitutive ist. In der Rechtspraxis stellen die Gerichte bei § 8 Völkerstrafgesetzbuch keine Vermutungen hinsichtlich der inneren Tatseite an.

285 Ausnahmsweise mag jedoch dieses grundsätzlich in der Situationsbeschreibung enthaltene böse Motiv widerlegt werden, nämlich in der Konstellation, dass die Tötung von Zivilpersonen eine sicher erwartete Nebenfolge eines mit militärischen Mitteln geführten Angriffs ist, sog. Kollateralschäden. Ein solches Vorgehen ist unter gewissen Voraussetzungen strafbar, s. § 11 Abs. 1 Nr. 2 Völkerstrafgesetzbuch. Für diesen Hinweis danke ich Bernd Graf. Vgl. grundsätzlich zur Rechtfertigbarkeit von Kollateralschäden *Merkel*, Philosophische Sphären des Rechts, S. 82 ff., zugunsten einer „nonideal justification“ (S. 96).

3. Böse: Wille zur existenziellen Destruktion, Exploitation und Reifikation

Wir haben nun sämtliche Verhaltensweisen gemustert, für die das gegenwärtig geltende Recht die maximale Strafe vorsieht und Verjährung für unmöglich erachtet, Verhaltensweisen also, die vom Recht als besonders missbilligenswert angesehen werden. Nehmen wir den Status des Rechts demokratietheoretisch ernst, dann haben wir uns dadurch ein Bild davon gemacht, was wir als Normautorinnen und Normautoren als böse erachten.

Ergebnis der Untersuchung der Delikte war, dass in sämtlichen Vorschriften Elemente auffindbar sind, die ein böses Motiv zu einem konstitutiven Teil der Unrechtsbeschreibung machen.²⁸⁶ Bei einigen Vorschriften war dies offensichtlich der Fall, etwa bei den täterbezogenen Mordmotiven oder beim Völkermordtatbestand. Bei anderen Vorschriften war das konstitutive Motiv erläuterungsbedürftig, etwa bei den tatbezogenen Mordmerkmalen, oder es war erst freizulegen, wie bei der Vorschrift über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Es ließ sich insgesamt plausibel machen, dass das Recht nur dann zur Beurteilung als höchststrafwürdig gelangt, also eine Tat nur dann als böse erachtet, wenn sich der Person – zusätzlich zu einem objektiv schädigenden Verhalten – auch ein missbilligenswertes Motiv zuschreiben lässt.²⁸⁷ Es wird durchgehend eine Voraussetzung gefordert, die darüber hinausgeht, dass es sich um vorsätzliches

-
- 286 Eine umgekehrte, aber im Ausgangspunkt ganz ähnliche Sichtweise der Unrechtsrelevanz von Motiven entwickelt Peralta, Motive im Tatstrafrecht. Er argumentiert, dass das Innehaben von „niedere[n] oder banale[n] Motiv[en] bedeutet, einen Sachzustand als Handlungsgrund ausgewählt zu haben, der keinerlei unrechtsausschließende oder -mindernde Relevanz hat“ – es sich also bei besonders verwerflich angesehenen Motiven (wie den Mordmerkmalen) um solche handelt, die völlig fern von Gründen der Rechtfertigung sind. Bei rechtfertigungs-nahen Motiven hingegen komme es zu einer partiellen Minde rung des Unrechts (S. 262 f.); Peralta geht allerdings davon aus, dass Motive nur ein Epiphänomen sind, also nur üblicherweise Fälle objektiv geminderten Unrechts begleiten (ebd., S. 270).
- 287 Vgl. ähnlich für das brasilianische Femizid-Gesetz *Montenegro*, Por que se qualifica o homicídio?, S. 129 ff., der für die mit diskriminierendem Motiv begangene Tötung postuliert, dass hier deswegen eine Unrechtssteigerung gegenüber der einfachen Tötung vorliegt, weil die Tat – über die Schädigung der körperlichen Integrität hinaus – darauf zielt, die Eigenschaft des Opfers als Rechtssubjekt zu negieren (S. 138 f.).

IV. Explizitmachen der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat

Verhalten handelt. Und diese Voraussetzung lässt sich in sämtlichen Fällen als *böses Motiv* rekonstruieren.

Diente das Kapitel bislang dem Zweck, die subjektive Komponente in den einzelnen rechtlichen Strafvorschriften nachzuweisen, und dazu, den Inhalt der jeweiligen Motive herauszuarbeiten, so möchte ich nun, davon ausgehend, die Konzeption der bösen Tat im Recht explizit machen. Dazu werde ich einen Vorschlag präsentieren, wie sich die vom Recht als böse ausgezeichneten Motive am besten systematisieren lassen.

Nimmt man die neun Mordmerkmale und die vier völkerstrafrechtlichen Vorschriften, die die Höchststrafe vorsehen, in ihrer Gesamtheit in den Blick, so lassen sich die darin zu findenden Motive auf drei Grundformen zurückführen, die sich als Grundmotive des Bösen im Recht verstehen lassen und zugleich eine Pervertierung von basalen ethischen Grundsätzen darstellen. Diese Grundmotive bilden den Kern der im Recht enthaltenen Vorstellung über das Böse. Indem diese drei Formen jeweils mit dem Adjektiv „existenziell“ versehen werden, wird kenntlich gemacht, dass es bei der Tat, auf die sich das Motiv bezieht, stets um die vorsätzliche Beendigung des Lebens eines anderen Menschen (oder die Vernichtung einer Gruppe) handelt.²⁸⁸ Denn wenngleich die Motive als solche bei zahlreichen anderen Verhaltensweisen vorkommen, lässt sie erst ihre Verbindung mit der vorsätzlichen Tötung zu höchststrafwürdigen Taten werden.

Welche drei Grundmotive sind es nun, zu denen sich die in den untersuchten Strafvorschriften aufgefundenen Motive verdichten lassen? Ich möchte sie der Reihe nach behandeln. Unter das erste Grundmotiv lassen sich diejenigen Motive fassen, bei denen es dem Handelnden darum geht, zu zerstören. Die Handlung erscheint in einem solchen Licht, als würde der verletzten Person oder Gruppe das

288 Einen Sonderfall bilden insofern einige Varianten des Genozids, einige Varianten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie das Verbrechen der Aggression, die *in der Theorie* nicht notwendig die Tötung eines Menschen oder die Vernichtung der Gruppe voraussetzen. Allerdings wird ihre Verwirklichung *in der Praxis* ganz regelmäßig mit Tötungen einhergehen. Außerdem sind diese Tatbestände so zu verstehen, dass sie die Kriminalisierung *vorverlagern*, also bereits ein Verhalten im Vorfeld der Tötung/Vernichtung erfassen (vgl. etwa eine Variante des kulturellen Genozids, bei der Kinder aus der Gruppe gewaltsam in eine andere Gruppe überführt werden, erfasst § 6 Abs. 1 Nr. 5 Völkerstrafgesetzbuch).

Recht auf Existenz abgesprochen. Diesem Grundmotiv unterfällt der Genozid, der explizit die Absicht der Zerstörung voraussetzt, also die Vernichtung einer Gruppe zum entscheidenden Motiv erklärt. Hierher gehört ebenfalls das Mordmerkmal der Mordlust, das als Freude an der Vernichtung menschlichen Lebens verstanden wird. Einen Grenzfall bildet das Mordmerkmal der Grausamkeit: Dort wird, wie gesehen, vorausgesetzt, dass die Person das Sterben auf eine unnötig leidvolle Weise herbeiführen will, sodass hier das Wollen besonderer Leiden charakteristisch ist; gleichwohl dürfte sich die Grausamkeit im Großen und Ganzen dem Motiv der Zerstörung zuordnen lassen, zumal das Leiden-Machen-Wollen im Sinne eines „Zerstückelns lebendiger Zusammenhänge“ als dem Zerstören verwandte Form verstanden werden kann.²⁸⁹ Es geht bei dem ersten Grundmotiv also darum, die andere Person oder Gruppe zu zerstören. Das Handeln ist geprägt vom Motiv des „Aus-der-Welt-schaffen-Wollens“. Ich möchte daher dieses erste Grundmotiv, das sich den Vorschriften über das besonders Verwerfliche entnehmen lässt, den *Willen zur existenziellen Destruktion* nennen. Die Handlung negiert nicht nur den Grundsatz des *neminem laedere*. Das Motiv der Handlung pervertiert den Grundsatz in sein Gegenteil: *Zerstöre den Anderen*.

Unter das zweite Grundmotiv lassen sich diejenigen Motive fassen, bei denen die Handlung davon geprägt ist, den Anderen in größtmöglicher Weise zu instrumentalisieren, nämlich *dessen Leben* zum Mittel der Erreichung eigener Ziele zu verwenden. Was hier der verletzten Person abgesprochen wird, ist nicht so sehr das Recht auf Existenz, sondern ihr Recht auf Autonomie: Die Person wird nicht mit ihren Rechten und Bedürfnissen als gleiche erkannt, sondern vollständig in das System der eigenen rücksichtslosen Interessenmaximierung eingefügt. Die Handlung erscheint in dem Licht, dass es der tödenden

289 Die Separierbarkeit und zugleich Nähe des Motivs des Leiden-Machen-Wollens vom und zum Motiv des Zerstören-Wollens zeigt sich bei der psychoanalytischen Analyse von Fromm, Anatomie der menschlichen Destruktivität, der an einer Stelle den Sadisten, der die Empfindung sucht, das Leben zu beherrschen, und daher will, dass sein Opfer am Leben bleibt, vom Destruktiven scheidet, der das Opfer beseitigen möchte (S. 329); zugleich verbindet der Gedanke der *Herrschaft über das Leben* die beiden Motive, formell behandelt Fromm die beiden Formen unter derselben Überschrift: „Der destruktive Charakter: Sadismus“ (S. 316); vor allem bei der „nekrophilen Destruktivität“ zeigt sich vollends die Überschneidung, und zwar in der Absicht, „lebendige Zusammenhänge zu zerstückeln“ (S. 373).

IV. Explizitmachen der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat

Person darum geht, durch den Tod der anderen Person zu profitieren. Hierunter fallen sämtliche Tötungsmotive, bei denen das Leben des Anderen für die Erfüllung der eigenen Interessen verwendet wird: sexuelle Befriedigung, Vermögensmehrung, Tatverdeckung, Tatermöglichung.²⁹⁰ Auch das Völkerrechtsverbrechen der Aggression fällt unter dieses Muster der Autonomiemissachtung, zumal es dabei um die Verletzung der territorialen oder politischen Unabhängigkeit geht, auch wenn in diesem Fall nicht die Autonomie einer Person, sondern die Autonomie einer Personenmehrheit missachtet wird: die Souveränität einer staatlichen Entität.²⁹¹ Unter dieses Grundmotiv fällt auch das Mordmerkmal, zu der Tötung gemeingefährliche Mittel einzusetzen. Denn durch den Einsatz solcher Mittel kommt das Motiv zum Ausdruck, die vom Mitteleinsatz betroffenen Unbeteiligten nicht als Personen, sondern als apersonale Umwelt zu behandeln.²⁹² Die Handlung ist auch hier von dem Motiv geprägt, das Leben anderer der eigenen Interessenmaximierung rücksichtslos unterzuordnen. Pervertiert wird bei diesem zweiten Grundmotiv die kantische Formel des Selbstzwecks, wonach die andere Person stets auch als Zweck an sich zu behandeln sei. Diese Formel wird nicht nur in dem einfachen Sinn verletzt, dass die Zweckhaftigkeit der anderen Person nicht berücksichtigt wird. Die Tötung, das Nehmen des Lebens, ist es, das zum Mittel wird, die Instrumentalisierung des Anderen ist maximal.²⁹³ Die Tat erscheint daher im Licht vollständiger Ding-Werdung des Anderen. Das zweite Grundmotiv, das in den gesetzlichen Festlegungen der Rechtsgemeinschaft zu finden ist, lässt sich daher als *Wille zur existenziellen Reifikation* bezeichnen.

290 Die Varianten 2, 3, 8 und 9 von § 211 Strafgesetzbuch.

291 Vgl. aber die Ergänzungen in Fn. 280 f.

292 Die Behandlung als apersonale Umwelt gilt gleichermaßen für das Verbrechen der Aggression mit Blick auf die vom Waffeneinsatz bedrohte Bevölkerung. Diesen Hinweis verdanke ich Julia Geneuss.

293 Vgl. auch Köhler, Zur Abgrenzung des Mordes, S. 138 f., demzufolge der aus Habgier Tötende nicht nur das Rechtsgut Leben verletze, sondern es „vielmehr besonders extrem dadurch herab[setzt] [...], daß er es einem egoistisch partikularisierten materiellen Gut unterordnet, es dafür aufopfernd instrumentalisiert“. Für Köhler ist der entscheidende Parameter für die Höchststrafwürdigkeit, die er als gesteigerte Schuld betrachtet, welcher „Allgemeinheitsgrad der Herabsetzung des Rechtsgutes“ sich in der Motivation manifestiert.

Unter das dritte Grundmotiv schließlich sind diejenigen Motive zu fassen, bei denen die Handlung davon geprägt ist, dass die situative oder strukturelle Überlegenheit zur Tötung ausgenutzt wird. Unter dieses Grundmotiv fallen das Mordmerkmal der Heimtücke und die Tötung von Personen, die vom humanitären Völkerrecht als schutzwürdig betrachtet werden. Zu betonen ist dabei insbesondere, dass es sich nicht um ein Motiv handeln muss, das die todbringende Handlung *auslöst*, sondern es sich vielmehr um ein *handlungsprägendes* Motiv handeln kann: Die Realisierung, dass eine Situation der Stärke-Asymmetrie existiert, muss den Entschluss zur Tötung nicht hervorgerufen haben. Es genügt, dass die Handlung von der Absicht geprägt ist, die erkannte Macht-Asymmetrie für die erleichterte Tötung einzusetzen.²⁹⁴ Im Vordergrund des dritten Grundmotivs steht, dass der betroffenen Person das Recht auf minimale Rücksicht versagt wird. Dieses dritte Grundmotiv, das die Tat im Licht des Ausnutzens von Schwäche erscheinen lässt, ist daher als *Wille zur existenziellen Exploitation* zu bezeichnen. In einer solchen Tat kommt die Pervertierung des Grundsatzes der Barmherzigkeit zum Ausdruck. Es wird nicht lediglich Hilfe *versagt*, sondern die Schwäche wird zur Tötung *genutzt*. Die Handlung ist nicht lediglich nicht barmherzig, sie ist vielmehr erbarmungslos.²⁹⁵

Um die Erkenntnis dieses Kapitels pointiert zusammenzufassen: Fragt man das Recht danach, was eine böse Tat konstituiert, erhält man keine ausdrückliche Antwort. Legt man aber die im Recht enthaltenen Wertungen offen, so ergibt sich eine explizite Konzeption der bösen Tat: Eine Handlung ist böse, wenn es sich um die Tötung²⁹⁶ eines anderen Menschen handelt, die von einem besonders missbilligenswerten Motiv geprägt ist. Die Grundformen dieser Motive sind der Wille zur Destruktion, zur Reifikation und zur Exploitation.

294 Abraham, Zum subjektiven Element der Heimtücke – Ausnutzen als Absicht, S. 643.

295 Außen vor gelassen habe ich bei der Einordnung das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe. Das liegt daran, dass es sich um das wohl konturloseste Merkmal handelt, es die Funktion des Auffangtatbestands hat. Blickt man auf manche Fallgruppen der Rechtspraxis, die hierunter subsumiert werden, so dürfen diese schwerpunktmäßig zum ersten Grundmotiv (etwa Tötung aus rassistischen Beweggründen) oder zum zweiten Grundmotiv zu zählen sein (etwa Tötung aus Imponiergehabe oder Selbstsucht).

296 Vgl. erläuternd die Qualifikation in Fn. 288.

