

kontrovers | 3

k

Markus Abraham

Das Böse im Recht

VERLAG KARL ALBER

A

kontrovers

Reihe für interdisziplinäre Gesellschaftstheorie
zu Politik, Ökonomie und Recht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Jochen Bung

Prof. Dr. Franziska Martinsen

Prof. Dr. Hanna Meißner

Prof. Dr. Greta Olson

PD Dr. Christian Schmidt

Prof. Dr. Benno Zabel

Band 3

Markus Abraham

Das Böse im Recht

VERLAG KARL ALBER





Onlineversion
Nomos eLibrary

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

1. Auflage 2025

© Markus Abraham

Publiziert von
Verlag Karl Alber – ein Verlag in der
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.verlag-alber.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-495-99131-2

ISBN (ePDF): 978-3-495-99132-9

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783495991329>



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Das Böse und das Recht scheinen miteinander wenig zu tun zu haben. Das Böse begegnet uns in der dämonisierenden Rhetorik des Ausgrenzens, in der Religion oder im Märchen – ein Begriff für das Unbegreifliche. Das Recht hingegen wird betrachtet als rationales Werkzeug, das dabei hilft, unsere sozialen Verhältnisse zu regulieren, und zwar in nachvollziehbarer und gerechter Weise. Zu zeigen, dass das Recht gleichwohl für die Frage des Bösen fruchtbar ist, sich nämlich im Recht eine implizite Konzeption des Bösen auffinden lässt, das ist das Anliegen der Untersuchung.

Das Projekt, das an der Schnittstelle zwischen den Disziplinen des Rechts und der Philosophie angesiedelt ist, möchte den Austausch und die wechselseitige Anschlussfähigkeit der beiden Disziplinen betonen. Dieses Anliegen beeinflusst auch den Text. So bleibt etwa die Menge an zitierter Literatur zu rechtlichen Normen hinter der üblichen Dichte des innerjuristischen Diskurses zurück und liefert gewissermaßen nur Wegweiser. Außerdem steht im Vordergrund die Explikation, damit die verfolgte These aus der Perspektive der Philosophie und der Perspektive des Rechts möglichst klar verstanden werden kann.

Danken möchte ich zahlreichen Personen, die die Entstehung des Textes gefördert haben. Zuallererst danke ich Prof. Dr. Peter Niesen, der die Betreuung der dem Text zu weiten Teilen zugrunde liegenden Masterarbeit im Fachbereich Philosophie übernommen hat, die ich im März 2021 an der Universität Hamburg geschrieben habe. Ebenso danke ich Prof. Dr. Matthew Braham für die Erstellung des Zweitgutachtens. Prof. Dr. Jochen Bung danke ich für die unterstützende Begleitung, insbesondere das Einräumen von Freiheit. Für Anregungen möchte ich danken den Teilnehmerinnen und Teilnehmern meiner Veranstaltung „Neuere Rechtstheorie und Rechtsphilosophie“ an der Universität Hamburg sowie etlichen Leserinnen und Lesern, namentlich Prof. Dr. Julia Geneuss, Bernd Graf, Thomas Graf, Dr. Svantje Guinebert, Tim Gutmann und Nicolas Viereckel. Für die ausgezeichnete Zusammenarbeit danke ich Dr. Martin Hähnel, Dr.

Vorwort

Maik Sühr und dem Verlag Karl Alber sowie Prof. Dr. Jochen Bung, Prof. Dr. Franziska Martinsen, Prof. Dr. Hanna Meißner, Prof. Dr. Greta Olson, PD Dr. Christian Schmidt und Prof. Dr. Benno Zabel für die Aufnahme in die Reihe *kontrovers*. Dem Open-Access-Fonds der Universität Hamburg danke ich für die großzügige Unterstützung der Publikation.

Gewidmet ist die Arbeit Elisabeth und Gustav.

Hamburg, im Frühjahr 2025

Markus Abraham

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	9
1. Hinführung	9
2. Idee der Untersuchung	14
3. Gang der Untersuchung	16
II. Orientierungspunkte der Philosophie über das Böse	19
1. Perversion, Privation und unde malum	19
2. Signifikanz statt Essenz?	22
3. Tentative Entkopplung des Bösen von der Kategorie der Schuld	25
4. Definitionsansätze: Intentionalismus, nuanced harm, Typisches	31
III. Vorbereitende Überlegungen: Kann uns das Recht etwas über das Böse sagen?	37
1. Zum Widerstreben der Rechtswissenschaft gegen den Begriff des Bösen	37
2. Grundidee der Untersuchung: Höchstes Unrecht als böse	45
3. Motiv, Intention, Vorsatz, Schuld: Abgrenzungen	50
4. „Mörder ist“: NS-Rechtsdenken? Gesinnungsstrafrecht?	54

IV. Explizitmachen der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat	67
1. Mord als böse Tat	68
a) Mordmerkmale als Motive	68
b) <i>Tatbezogene</i> Mordmerkmale als Tätermotive – kein Paradox	72
c) Ergebnis zur Analyse des Mordtatbestandes	76
2. Völkerrechtsverbrechen als böse Taten	77
a) Das paradigmatische Motiv beim Völkermord	77
b) Das versteckte Motiv bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit	80
c) Das objektiv manifeste Motiv beim Verbrechen der Aggression	84
d) Das unausgesprochene Motiv bei Kriegsverbrechen	88
3. Böse: Wille zur existenziellen Destruktion, Exploitation und Reifikation	91
V. Zurück zur Philosophie: Vorüberlegungen zu einer Kritik der Konzeption des Bösen im Recht	97
1. Zu voraussetzungsreich: Das motivarme Banale als böse	98
2. Zu oberflächlich: Radix und das Böse als das verkehrte Gute	103
3. Zu eng: Blinde Flecke der rechtlich bösen Tat	111
4. Zu metaphysisch: Fremdkörper im Rationalen	117
VI. Zusammenfassende Schlussbetrachtung	123
VII. Sieben Thesen über das Böse im Recht	131
Literaturverzeichnis	133
Register	147

I. Einleitung

1. Hinführung

Böse – was bedeutet das? Woran denkt man als Erstes? Die Totenkopfuniform der SS als Signum des Bösen, Diktatoren als Gesichter des Bösen,¹ in deren Namen verübte Gräueltaten als Manifestationen des Bösen, Vernichtungslager als Orte des Bösen, das Fegefeuer als Vorstellung einer Institution für das Böse, das „Bewahre mich“ im Vaterunser als Formel zum Schutz vor dem Bösen, Serienmörder als das hypothetisch Böse in der Nachbarschaft, die Hexenverfolgung² als Warnung davor, bei der Suche nach dem Bösen selbst ins Böse abzudriften.

Wenn auch schnell Assoziationen und Bilder aufblitzen, scheint sich ein Gemeinsames des Bösen kaum ausmachen zu lassen – außer vielleicht die Eigentümlichkeit, *unbegreiflich* zu sein. Sollte man nicht versuchen, das Böse zumindest ein wenig begreifbarer zu machen? Ist es nicht gar unbedingt erforderlich, das Böse auf den Begriff zu bringen?

Eine Weise, sich dem Begriff zu nähern, besteht darin, die großen Vorstellungen des Bösen beiseitezuschieben und stattdessen das Böse im Kleinen aufzuspüren. Etwa: Ist es *böse*, wenn ich eine Bekannte nicht an ihren Jahrestag erinnere, von dem ich per Zufall weiß? Jedenfalls ist es nicht allzu böse nach unseren gesellschaftlichen Maßstäben – Gefängnis und öffentliche Ächtung stehen nicht zu befürchten. Ist es aber nicht böse in einem weiten Sinn? Voraussetzen würde das mindestens, dass es überhaupt geboten war, sie

1 Vgl. die bedrückende Zusammenstellung von T. Zimmermann/Dörr, Gesichter des Bösen.

2 Aus strafrechtsgeschichtlicher Sicht vgl. Steinberg, § 5 Europäisches Strafrecht bis zum Reformzeitalter, Rn. 39.

zu erinnern.³ Fürs Erinnern könnte das Prinzip der Freundlichkeit sprechen, die Höflichkeit hingegen könnte nahelegen, sich nicht einzumischen, nicht etwa durch das Erinnern zu brüskieren. Es käme auf die Besonderheiten der Situation an. Der Sachverhalt würde zumindest übersichtlicher, wenn man das Szenario derart modifiziert, dass das Erinnern zweifellos geboten war, etwa weil ich explizit versprochen hatte, sie zu erinnern. Ist *nun* das Unterlassen der Erinnerung böse zu nennen? Möglicherweise dann nicht, wenn mir das Versprechen entfallen ist, ich es lediglich versehentlich breche. Folgt man dieser Intuition, kommt als Kandidat für böses Verhalten allein *vorsätzliches* Verhalten in Betracht. Reicht das dann hin oder muss noch mehr hinzukommen, um das Verhalten plausiblerweise böse nennen zu können? Mir fallen für den konkreten Fall auf Anhieb nur beliebige Antworten ein, was wohl daran liegt, dass die Antwort vom persönlichen Ethos oder von partikularen Moralvorstellungen abhängt – also sich nach dem subjektiven Wertmaßstab der Person richtet, die die Antwort gibt.⁴

Das Böse im Kleinen zu suchen, erscheint nicht nur deswegen schwierig, weil hier, wie gesehen, starke Intuitionen fehlen und unterschiedliche Begründungsmöglichkeiten einander gegenüberstehen, sondern auch aus einem weiteren Grund: Dass wir für kleinere Verfehlungen eigene diminuierende Bezeichnungen gebrauchen, wie „Laster“, „Gemeinheit“ oder „Bosheit“, legt nahe, dass der Begriff des Bösen erst dann angemessen ist, wenn eine gewisse Schwelle der Erheblichkeit überschritten ist. Und ob das der Fall ist, bleibt im Bereich der kleinen Verfehlungen oftmals unklar. Ist die Erheblichkeit etwa erreicht, wenn ich einen Freund hintergehe oder wenn ich etwas erwerbe, von dem ich weiß oder wissen müsste, dass es unter menschenrechtswidrigen Bedingungen hergestellt wurde, oder dann, wenn ich eine Person wegen ihrer Religionszugehörigkeit, ihrer Herkunft oder ihres Geschlechts nicht einstelle?

3 Ansonsten würde man im Unterlassen von Supererogatorischem etwas Böses erblicken, was absurd erscheint, weil es dann keinen Raum mehr für bloß gutes oder bloß pflichtgemäßes Verhalten gäbe.

4 Das kann freilich anders sehen, wer eine universalisierbare Tugendethik vorweisen kann. Die Theorien, die hier infrage kommen, würden wohl eine generelle Bewertung unseres Beispiels ablehnen und auf das „Angemessene im Einzelfall“ verweisen – für die Suche nach dem Bösen könnte man daraus schwerlich Nutzen ziehen.

Die Aporie bei der Suche nach dem Bösen im Kleinen lässt es erfolgsversprechender erscheinen, dort nach dem Bösen zu suchen, wo uns die Beurteilung als böse leichter über die Lippen kommt. So wird man wohl eher bereit sein, es böse zu nennen, wenn eine Person hinterrücks erschossen oder der Versuch unternommen wird, eine ganze Volksgruppe auszurotten. Intuition und Urteilskraft sind im Bereich der großen Verfehlungen stärker ausgeprägt.⁵ Gleichwohl stellen sich hier Fragen wie bei den kleinen Verfehlungen. Insbesondere: Muss zum vorsätzlichen Verhalten etwas hinzukommen, das die Wertung als böse rechtfertigt? Ein solches Plus könnte in dem liegen, was die Person zur Tat *motiviert* hat. Die Frage des Motivs könnte aber auch ganz nebensächlich sein. Stattdessen könnte eine vorsätzliche Handlung die Grenze hin zum Bösen dann überschreiten, wenn sie *besonders gefährlich* ist, also besonders großen Schaden zu bewirken droht, etwa den Tod einer Vielzahl von Menschen – ganz gleich, was die handelnde Person dabei denkt.

Eine potenzielle Antwort auf die Frage lässt sich nicht nur in verschiedenen normativen Theorien der Moralphilosophie, sondern auch in unserem Alltagssprachlichen Verständnis finden. Nach der Alltagssprache nämlich ist für die Frage nach dem bösen Tun nicht die Gefährlichkeit entscheidend, sondern es kommt sehr wohl darauf an, was die handelnde Person im Sinn hat. Das wird klar, wenn man an typische verteidigende Formulierungen denkt: Man hat „es nicht böse gemeint“ oder „nicht aus bösem Willen gehandelt“, man hat „damit keine bösen Absichten verfolgt“, „nichts Böses im Schilde geführt“⁶. Abgesehen von der Relevanz des Subjektiven, bestätigt die Alltagssprache ganz nebenbei, dass es beim bösen Verhalten um mehr als um vorsätzliches Handeln geht: Denn alle genannten Alltagssprachlichen „Verteidigungen“ gestatten es, einzugestehen, dass das infrage stehende Verhalten durchaus *so gewollt* war, und lassen gleichwohl die Behauptung zu, das Verhalten sei trotz dieses Einge-

5 Womöglich liegt es auch daran, dass die meisten zu den genannten großen Erscheinungsformen des Bösen eine größere Distanz haben und insofern eher bereit sind, zu urteilen. Diesen Hinweis verdanke ich Svante Guinebert.

6 Beim Im-Schilde-führen ist das Subjektive jedenfalls in der seit langem geläufigen, übertragenen Verwendungsweise offensichtlich. Die Herkunft der Redewendung scheint hingegen mit dem gemeinten feindlichen Wappen auf eine *äußere* Manifestation des Bösen hinzuweisen; allerdings ist das feindliche Wappen lediglich Indikator, dass die schildtragende Person mir Böses *will*.

ständnisses *nicht böse*. Ein Beispiel: Eine Person rennt an einem Kind vorbei und stößt es dabei um. Später erklärt sie dem Kind, sie habe es „nicht böse gemeint“.⁷ Die Person bringt damit zum Ausdruck, dass sie das Kind durchaus willentlich gestoßen hat (denn sonst wäre die den Vorsatz bestreitende Erklärung „Ich habe es nicht gewollt“ die angemessene und stärkere Verteidigung). Die Person könnte etwa darauf hinweisen, sie habe sich in einem wichtigen Wettrennen befunden. Ob die Erklärung, es nicht böse gemeint zu haben, zufriedenstellt, steht auf einem anderen Blatt. Die Erklärung dürfte zumindest ein Stück weit beruhigen beziehungsweise klärend wirken, zumal sie deutlich macht, dass es sich nicht um eine gezielte Aggression handelte. Womöglich kann die umstoßende Person sogar dermaßen gute Gründe liefern, dass diese das vorsätzliche Stoßen nicht nur irgendwie nachvollziehbar machen, sondern sogar *rechtfertigen*: Sie könnte etwa glaubhaft machen, just durch dieses Manöver ihren Häschern entkommen zu sein oder eine dritte Person vor einem gefährlichen Sturz bewahrt zu haben.⁸

Die Alltagssprache legt also nahe, dass für böses Tun nicht nur vorsätzliches Handeln nötig ist, sondern die Person das Tun zusätzlich auch „böse meinen“ muss. Nehmen wir einmal an, dieses alltagssprachliche Verständnis träfe zu. Wäre dieses Kriterium – Vorsatz plus Motiv der Bosheit – hinreichend? Was ist, wenn eine Person nicht fähig ist, ihr Handeln zu reflektieren oder zu steuern? Führt etwa eine psychische Krankheit, die es unmöglich macht, das Unrecht des eigenen Handelns einzusehen, dazu, dass das Verhalten nicht mehr als böse bezeichnet werden sollte? Gilt hier also die umgangssprachliche Alternativität von *bad or mad*? Würde man diese Alternativität bestreiten und die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht nicht als notwendige Bedingung der bösen Tat ansehen, müsste man konsequenterweise den Bereich des Bösen weit fassen: Gegebenenfalls müsste dann auch das Verhalten von Tieren, etwa der einen Menschen tötende Biss eines Hundes oder die Tötung einer Antilope durch eine Löwin, als böse qualifiziert werden – oder gar Naturkatastrophen wie eine Flut oder ein Erdbeben.

7 Dabei liefert der Satz „Es war nicht böse gemeint“ nur eine Erklärung, besagt nichts aber darüber, ob der Adressat die Behauptung für nachvollziehbar hält.

8 Die im Umwerfen möglicherweise liegende Körperverletzung wäre etwa dann *gerechtfertigt*, wenn es zur Abwendung einer bestehenden Lebensgefahr notwendig war, vgl. § 34 Strafgesetzbuch.

Ergeben diese ganzen Fragen überhaupt Sinn? Ist der Begriff des Bösen nicht voll und ganz überflüssig? Immerhin erinnert das Böse an religiöse Konzepte von Hölle und Teufel und erscheint in unserer aufgeklärten, postmetaphysischen Welt als Fremdkörper. Den Begriff auf unsere soziale Realität zu beziehen, mutet nicht nur unmodern, sondern höchst problematisch an. Denn mit dem Begriff des Bösen grenzt man aus („die Bösen“), setzt andere zu Feinden herab, die es zu bekämpfen gilt („Ausgeburt des Bösen“),⁹ oder stützt biologische Vorstellungen, etwa die Vorstellung von Menschen, die „von Grund auf böse“ sind.

Ist es also nicht eher an der Zeit, die Redeweise vom Bösen zu verabschieden – und den Begriff überall, wo er vorkommt, zu ersetzen? Es gibt doch allerlei alternative Wertungsprädikate, beispielsweise: grausam, menschenverachtend, rassistisch, entsetzlich, befremdlich, grauenhaft, abscheulich oder verwerflich. Das führt zu der Frage, wie sich die Vorstellung vom Bösen überhaupt so lange halten konnte. Womöglich liegt das daran, dass die Begriffe, die als Ersatzkandidaten in Betracht kommen, ihrerseits nicht besser sind. Sie sind letztlich nicht besser, weil sie die Dinge weniger auf den Begriff bringen, weil sie weniger pointieren, weil sie ebenfalls problembehaftet sind, und vor allem weil sie ebenso wenig Antworten auf die oben angesprochenen Fragen geben, die das Phänomen aufwirft, das mit dem Bösen lediglich bezeichnet ist.

Ich möchte mich im Folgenden dem Begriff des Bösen nähern, indem ich analysiere, was wir als Gesellschaft als böse erachten, und davon ausgehend eine Systematisierung vornehmen, die zum Kern einer Konzeption des Bösen führt. Doch inwiefern, so ließe sich fragen, ist das überhaupt erstrebenswert? Ist das Böse und auch das Nachdenken darüber nicht abgrundtief destruktiv? Nachdenken schadet (fast) nie, könnte man sagen. Es liegt aber auch, wie ich meine, konstruktives Potenzial darin, sich mit dem *summum malum* zu beschäftigen. Einerseits hilft es, das Böse besser zu erkennen und – damit vielleicht zum Teil sogar – zu verhindern. Andererseits vermittelt das Nachdenken über das Böse auch indirekt Einsichten

9 Vgl. dazu Günther, Kampf gegen das Böse?, S. 144.

über das, worauf die meisten ethischen Theorien auf direktem Wege zusteuern: das *summum bonum*.¹⁰

2. Idee der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist es, eine Theorie über den Kern dessen zu liefern, was das Böse ausmacht, und Verhaltensweisen auszuweisen, die genuin böse sind.¹¹ Auf welche Weise soll das passieren? Es gäbe eine ganze Reihe an Vorgehensweisen, die durchaus aussichtsreich erscheinen. So könnte man etwa die christliche Vorstellung der sieben Todsünden heranziehen und sie mit Sündenkalogon anderer Religionen vergleichen. Alternativ könnte man das Böse untersuchen, das uns in Religion¹², Kunst und Literatur¹³ begegnet. Die Religions-¹⁴ und Philosophiegeschichte¹⁵ könnte man daraufhin befragen, was über das Böse bereits gedacht wurde. Eine weitere Möglichkeit wäre, den Gebrauch des Ausdrucks des Bösen in unserer Alltagssprache¹⁶ zu analysieren.

Statt Theologie, Kunst, Philosophie zu befragen oder sprachanalytisch vorzugehen, verfolgt die vorliegende Untersuchung eine andere Idee: Mithilfe des Rechts soll eine Konzeption des Bösen entwickelt

10 Treffend bemerkt *Dalferth*, *Das Böse*, S. IX, dass sich über Böses leichter Verständigung erreichen lässt als über das gute Leben.

11 Wer bei dem „Bösen im Recht“ daran denkt, wie das Recht durch das Böse vereinnahmt wird (vgl. *C. Schneider*, *Die SS und das Recht*) oder daran, dass es auch böses Recht geben kann, dem kann ich zumindest versprechen, dass es auch ein Stück weit darum gehen wird, ob bestimmte Normen oder Rechtsfiguren böse sind, vgl. Kap III.4.

12 Etwa *Buber*, *Bilder von Gut und Böse*, S. 315 ff. Einen umfassenden Essay liefert *Dalferth*, *Das Böse*, der darauf hinweist, dass sich die „Sinngeschichte des Bösen im europäischen Denken“ auf zwei Dichotomien bezieht: „[...] den Kontrast zwischen *böse und gut*, und den Kontrast zwischen *böse und Gott*“ (S. 33); siehe zu zweitem vor allem ebd., S. 80 ff.

13 Vgl. etwa *Müller-Dietz*, *Zur Ästhetik des Bösen*, S. 648 ff.; *Michelsen*, *Mephistos „eigentliches Element“*, S. 229 ff.; ein Plädoyer zugunsten der (fiktionalen) literarischen Form für das Erschließen und Prüfen ethischen Denkens liefert *McGinn*, *Das Gute, das Böse und das Schöne*, S. 269 ff.

14 Vgl. etwa für die Religion des Altertums *Colpe*, *Religion und Mythos im Altertum*, S. 13 ff.

15 Vgl. etwa *Pieper*, *Gut und Böse*, S. 57 ff.

16 Vgl. (in knapper Weise) *Pieper*, *Gut und Böse*, S. 11 ff.

werden. Genauer: Aus der bestehenden sozialen Praxis, die das Recht bildet, soll die im Recht enthaltene, die implizite Konzeption des Bösen *explizit gemacht* werden.¹⁷

Die hier verfolgte Idee weist zu den erwähnten Vorgehensweisen zwei Parallelen auf: Erstens nimmt die Untersuchung wie die *ordinary language philosophy* ihren Ausgangspunkt darin, ein Phänomen zu untersuchen, und zwar in seiner Einbettung in die soziale Praxis. Nur wird hier nicht die soziale Praxis *der Alltagssprache*, sondern die soziale Praxis *des Rechts* in den Blick genommen. Wie bei der Alltagssprache geht es um das Ziel, implizites Wissen offenzulegen, das in der Praxis enthalten ist.¹⁸ Die Untersuchung teilt damit den Ausgangspunkt der Vorstellung des Pragmatismus, dass wir über ein Konzept weniger durch rein theoretische Definitionsversuche, sondern eher dadurch etwas lernen können, dass wir es in Bezug zur Praxis setzen.¹⁹ Die Idee ist also, dass das theoretische Wissen im praktischen Wissen geborgen ist, dass das *knowing how* dem *knowing that* vorausgeht.²⁰ Zweitens ist die hier gewählte Methode, nämlich das Böse in der Praxis des Rechts zu suchen, nicht unähnlich der Herangehensweise der Analyse der Sündenkataloge. Denn Orientierungspunkt ist das Strafrecht mit seinem Sanktionskatalog – hieraus soll die Konzeption des Bösen im Recht sich ergeben.

17 Den Begriff des Explizitmachens entlehne ich *Brandom*, Expressive Vernunft, dessen Werk im englischen Original den Titel *Making it explicit* trägt. Vgl. dazu *Bung/Abraham*, Sprachphilosophie, S. 95 ff.

18 Die Idee, dass in unseren sozialen Praktiken theoretische Wissensgehalte (und normative Festlegungen) implizit sind, die explizit gemacht werden können und dadurch kritisierbar werden, ist ein Gedanke, den Brandom entwickelt, *Brandom*, Expressive Vernunft, S. 171 et passim.

19 *Misak*, The American Pragmatists, S. 31, in Rekonstruktion der „Pragmatic Maxim“.

20 Siehe zu dieser Differenzierung der Wissensformen grundlegend Ryle, Der Begriff des Geistes, S. 26 ff. Mir geht es vorliegend nicht um die These, die *Hartland-Swann*, An Analysis of Knowing, S. 58 ff., in Auseinandersetzung mit Ryle entwickelt hat, dass nämlich *knowing that* ein Sonderfall von *knowing how* sei (weil auch dort immer eine Fähigkeit involviert sei, und zwar die Fähigkeit, zu benennen, was der Fall ist). Vielmehr geht es um die (pragmatische) Überlegung, dass praktische Tätigkeit ihrer Theoretisierung vorangeht, die Theorie der Praxis nachfolgt.

3. Gang der Untersuchung

Auf welche Weise soll das Böse im Recht nun genau gefunden werden? Die Untersuchung gliedert sich in vier Hauptteile. Der erste Hauptteil nimmt die philosophische Debatte über das Böse in den Blick (Kap. II). Es geht darum, Überlegungen über das Böse, die in der Philosophie vorgetragen werden, aufzugreifen und die hier adressierte Frage von verwandten Fragen abzugrenzen. Insbesondere werde ich darlegen, weshalb das Böse vom Phänomen der Schuld zu distanzieren ist. Wesentliches Ziel des ersten Teils ist es, zu zeigen, an welcher Stelle die hiesige Untersuchung an die philosophische Debatte anschließt, und welchen konstruktiven Beitrag die hier entwickelte These womöglich leisten kann.

Im zweiten Hauptteil wende ich mich dem Recht zu und stelle vorbereitende Überlegungen an (Kap. III). Nachdem im rechtswissenschaftlichen Diskurs, wie ich darlegen werde, der Begriff des Bösen keinen guten Stand hat, geht es zunächst darum, zu untersuchen, welche Anforderungen zu stellen wären, wenn man sich auf diesen Begriff dennoch einlassen wollte. Sobald dies geklärt ist, werde ich die Grundidee der Untersuchung präsentieren, nämlich auf welche Weise die dem Recht implizite Konzeption des Bösen explizit gemacht werden kann. Die Suche wird im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass das Böse im Recht im Zusammenhang mit dem Handlungsmotiv zu verorten ist. Die Verteidigung dieser These bedingt die Klärung zweier Vorfragen, die vor der Durchführung der Grundidee zu adressieren sind. Die erste Vorfrage ist eine handlungstheoretische: Was sind Motive und wie verhalten sie sich zu Intentionen? Die zweite Vorfrage ist eine Frage der historischen Genese des Rechts, das betrachtet werden soll: Handelt es sich bei einer der Rechtsnormen, auf die sich die Suche nach dem Bösen im Recht wesentlich stützt, nämlich den Mordparagraphen (§ 211 Strafgesetzbuch), um eine Ausprägung nationalsozialistischen Rechtsdenkens? Wenn dem so wäre, stünde die im Recht aufzufindende Konzeption der bösen Tat auf ganz grundsätzlich problematischen Beinen.

Nachdem im zweiten Hauptteil die These vorgestellt wurde und Vorfragen geklärt sind, leistet der dritte Hauptteil die Durchführung, in der die These begründet wird (Kap. IV). Dazu wird in einer Analyse der Vorschriften über die gravierendsten Verbrechen, nämlich Mord und bestimmte Völkerrechtsverbrechen, gezeigt, dass in allen

Fällen das verwerfliche Motiv die entscheidende Rolle dafür spielt, ein Verhalten nach dem Maßstab des Rechts als böse zu bewerten. Im Anschluss daran systematisiere ich die bösen Motive, die sich im Recht auffinden lassen. So soll die dem Recht implizite Konzeption des Bösen schließlich explizit werden.

Im vierten Hauptteil wird die explizierte Konzeption des Bösen im Recht zurück in die Philosophie gebracht, indem Vorüberlegungen zu einer Kritik der Konzeption vorgestellt werden (Kap. V). Ihre Ausgangspunkte lassen sich als Fragen formulieren: Ist die explizit gemachte Konzeption nicht zu voraussetzungsreich, weil sie nur Taten erfasst, bei denen der Täter ein starkes Motiv hatte? Ist die Konzeption nicht zu uninformiert, weil sie die Wurzel und die Entstehung des Bösen nicht verarbeitet? Ist sie nicht zu eng, weil sie wichtige Formen des Bösen gar nicht in den Blick bekommt? Und schließlich: Ist die Rede vom Bösen im Recht nicht befremdlich für jeglichen rationalen Diskurs und das Böse also letztlich ein Fremdkörper im Recht?

Abschließend fasse ich die zentralen Überlegungen der Arbeit zusammen (Kap. VI) und stelle sieben Thesen zum Bösen im Recht zur Diskussion (Kap. VII).

II. Orientierungspunkte der Philosophie über das Böse

Dieses Kapitel soll Orientierungspunkte über das Böse markieren, die sich aus der gegenwärtigen Diskussion in der Philosophie über das Böse ergeben. Anhand dieser Orientierungspunkte werde ich herausarbeiten, wie sich die hier anvisierte Herangehensweise in das Nachdenken über das Böse einfügt. Wie also hält es die Philosophie mit dem Bösen?

1. Perversion, Privation und unde malum

Die Ausgangsfrage in der philosophischen Diskussion zum Bösen ist auch bei modernen Ansätzen nicht selten die klassische Frage nach dem Status: Verfügt das Böse über eine eigene Existenz oder zeichnet es sich allein durch Nichtigkeit aus, erschöpft es sich also darin, dass das Gute nicht da ist: *privatio boni*?²¹ Mit anderen Worten: Besitzt das Böse eine eigene Identität, eine Eigenständigkeit, oder aber ist das Böse stets Abgeleitetes, etwas, das nur in seiner „Abkünftigkeit“²² vom Guten verstanden werden kann? Schlagwortartig benannt ist damit die Dichotomie der Perversionstheorie auf der einen Seite und der Privationstheorie auf der anderen Seite.

Nähert man sich dem Bösen ausgehend von dieser Alternativität, so führt das häufig zur Frage danach, ob es „vernünftige“, gute Gründe dafür geben kann, Böses zu tun. Gelingt es nämlich, zu

21 Etwa *Canterbury*, Jungfräuliche Empfängnis und Erbsünde, S.108 (Kap. 5): „Wie nämlich die Ungerechtigkeit nichts anderes als die Abwesenheit einer eigentlich gesollten Gerechtigkeit ist, so ist das Böse nichts anderes als die Abwesenheit eines gesollten Guten.“

22 *Recki*, Das Böse und das Gute, S.1036.

zeigen, dass man Böses eigentlich gar nicht wollen kann,²³ so die eine Antwortalternative, dann hat man bereits einen Schritt in die Richtung gemacht, das Böse als Abgeleitetes anzusehen. Hier sind Vorstellungen vom Bösen als bloße Negation zu verorten, wie etwa beim Geist, der stets verneint.

Betont man hingegen die Rationalität hinter dem bösen Tun,²⁴ so die andere Antwortalternative, dann leitet dies in der Tendenz zur Vorstellung der Perversionstheorie hin. Denn ist das Gedankengefüge, das zur bösen Tat führt, komplex und ausgefeilt, scheint man in dem intellektuellen Konstrukt über ein Substrat zu verfügen, das dem Bösen den Status von Eigenständigkeit verleiht.

Sowohl Vertreterinnen und Vertreter der Privation als auch solche der Perversion fragen dem Gesagten zufolge also danach, wie es sich mit den Gründen, also der *Begründung* für böses Handeln verhält. Aus Sicht der handelnden Person lassen sich die Gründe oftmals als gute Gründe darstellen. Fragt man nach den Kriterien für die Qualität der Begründung – danach, was also zutreffenderweise gute Gründe sein können –, dann führt das weg vom Kern des Bösen hin zur allgemeinen Frage, was die Kriterien dafür sein sollten, dass eine Handlung als gut oder als schlecht zu bewerten ist: Man landet bei Theorien der Ethik. Biegt man hingegen anders ab und fragt statt nach der *Qualität* der Begründung nach ihrer *Herkunft* – also danach, woher denn die Handlungsgründe für das Böse kommen –, so gelangt man zur Frage, *woher* das Böse stammt: *unde malum*?

Kurz: Der Fokus auf die Frage nach Eigenständigkeit oder Abgeleitetheit des Bösen, den Privation und Perversion stellen, lenkt den Blick weg von der Frage, was das Böse ausmacht, hin auf die Frage nach allgemeinen Theorien über die Ethik sowie hin auf die Frage nach dem Zustandekommen der Gründe für das Böse. Das ist keineswegs ein Mangel, denn offensichtlich handelt es sich dabei um bedeutsame Fragen. Die Frage nach dem Woher ist eine der wichtigsten Fragen zum Bösen überhaupt, zumindest aus der Perspektive der praktischen Ethik, der Anthropologie und auch der Psychologie, die in ihrer jeweiligen Ausrichtung das „richtige“ beziehungsweise „gute“ Handeln in den Blick nehmen – und damit auch informie-

23 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 35, s. dazu bei Kap. V.2 (Fn. 335).

24 Stangneth, Böses Denken.

ren möchten, wie wir das Böse vermeiden können. Gleichwohl ist die Frage nach dem *Woher* – man verzeihe die Provokation – ein Epiphänomen: Will man wissen, woher etwas kommt, so muss man sich erst einmal diesem Phänomen genähert und es in den Blick genommen haben. Ganz treffend formuliert insofern Augustinus: „[W]enn gefragt wird, woher das Übel ist, [muss] zuerst gefragt werden, was das Übel ist.“²⁵ Das gilt zumindest für den Fall, dass sich Hinweise für die Antwort auf die Frage nach dem *Woher* aus diesem Phänomen *selbst* ergeben, sich also nicht aus anderen Quellen ableiten lassen.

Eine Charakterisierung des Bösen über die Frage nach dem *Woher*, also der Frage nach den Entstehungsgründen, liefert etwa Jörg Noller. Das Böse gebe sich den Anschein der Vernunft. Und daher sei das Böse wesentlich über seinen Charakter zu verstehen, Schein zu sein.²⁶ Noller bezieht sich unter anderem auf die kantische Figur des „Vernünfteln“, eine Methode, die den Handelnden freihändig Gründe für sein Handeln konstruieren lässt. Die Methode des Vernünfteln erklärt also, wie es sein kann, dass Menschen – trotz Vernunftbegabtheit – böse Taten vollbringen.²⁷ Diese Analyse halte ich für ganz zutreffend. Allerdings scheint es mir dabei um die Frage zu gehen, wie sich der Täter einer bösen Tat vor sich selbst und vor anderen zu rechtfertigen sucht. Der Schein tritt also gewissermaßen zum Bösen hinzu, er erklärt, rechtfertigt, camoufliert das Böse. Um es zu pointieren: Das Böse kommt in die Welt durch das die Tat motivierende Vernünfteln, und es gibt sich dann durch das Vernünfteln den Anschein des Guten – und in der Tat lässt sich das Scheinhafte insofern plausibel als charakteristisch für das Böse bezeichnen. Nur ist der Schein von wahrer Rechtfertigung, der durch das Vernünfteln entsteht, etwas Hinzutretendes – etwas, das der Entstehung der bösen Tat *vorangeht* oder ihr zur Tarnung später *nachfolgt*.

25 Augustinus, Die Natur des Guten, S. 69. Zu Augustinus Müller, Zwischen Privation und Perversion?, S. 65 ff.

26 Noller, Gründe des Bösen, S. 19. Ziel sei es, die „Logik des Scheins“ des Bösen zu analysieren.

27 Noller, Gründe des Bösen, S. 69 ff. Das „Vernünfteln“ besteht im selbsttäuschen den „aktive[n] Erzeugen eines Scheins von Wahrheit“ (ebd., S. 70).

2. Signifikanz statt Essenz?

Statt der Frage, was das Böse ausmacht, kann man, wie gesehen, die Frage stellen, woher es kommt. Und es gibt noch eine weitere Möglichkeit, der Frage danach, was das Böse ausmacht, auszuweichen – oder besser: die Frage zurückzuweisen. So wendet sich etwa Susan Neiman, die das Böse zum Leitmotiv der Geschichte der Philosophie erhebt, gegen jegliche Essenzialisierung: Wichtiger als die Frage einer Wesensbestimmung sei es, darauf zu schauen, welche Signifikanz das Böse für uns hat, was das „Böse uns antut“. Wenn wir etwas „böse“ nennen, machen wir damit deutlich, dass es, so Neiman, „unser Vertrauen in die Welt erschüttert“ habe. Ebendieser Effekt sei es, der mehr interessiere, als Definitionen, Gründe oder Ursachen für das Böse anzugeben.²⁸

Zachary Goldberg bezeichnet Neimans Ansatz als „wittgensteinisch“, was als Label insofern einleuchtet, als damit die Methode gemeint ist, nach Familienähnlichkeiten zu suchen – wenn es also darum geht, die Methode von Ansätzen abzugrenzen, die eine Definition mit notwendigen und hinreichenden Bedingungen anstreben.²⁹ In einer anderen Hinsicht ist Neimans Methode allerdings ganz und gar nicht wittgensteinisch. Ich meine hier die sprachphilosophische Einsicht Wittgensteins, dass die Bedeutung eines Begriffs in seinem Gebrauch liegt. Denn statt einer Gebrauchstheorie der Bedeutung, die von einer Theorievorgängigkeit der Praxis ausgeht, ist Neimans Ansatz als Theorie der Wirkung zu bezeichnen. Um es zu pointieren: Es geht Neiman nicht um die Bedeutung, die im Gebrauch liegt, sondern um die Bedeutsamkeit, die in der Wirkung liegt.

Goldberg selbst unterstreicht die von Neiman vorgeschlagene Hinwendung zur Signifikanz.³⁰ Was macht das Böse mit uns? Wenn wir realisieren, dass das Böse weit verbreitet ist und auch von gewöhnlichen Menschen begangen wird, könne das dazu führen, dass wir das Vertrauen in die Welt verlieren, so Goldberg. Es befeuert

28 Neiman, Das Böse denken, S. 35.

29 Goldberg, Das Böse konzipieren, S. 161, mit explizitem Hinweis, die Parallele bzgl. des Aspekts der Familienähnlichkeit zu meinen.

30 Goldberg, Das Böse konzipieren, S. 160 f.

unser Bedürfnis danach, in der Welt Orientierung zu finden.³¹ Diese Orientierungsherausforderung könne gleichzeitig lehrreich für uns sein. So könne die Reflexion über das, was wir als böse bezeichnen, dabei helfen, einen angemessenen Umgang mit dem Bösen zu finden. Wir könnten so etwa Fehlvorstellungen beseitigen, die über das Böse existieren und das Böse mittelbar stützen.³² Goldberg erläutert das am Beispiel des „Gerechte-Welt-Glaubens“, einer verbreiteten Fehlvorstellung, wonach einem Menschen Böses nicht ohne Grund, sondern vielmehr zur Herstellung eines karmahaften Equilibriums widerfahre („man erntet, was man sät“).³³ Die besagte Vorstellung führe dazu, dass Opfer von bösen Taten diese als verdientes Übel erleben. Und dieser Effekt des *victim blaming* betrifft nicht nur das Opfer selbst, sondern gegebenenfalls auch die Tatperson sowie Personen, die von der bösen Tat Kenntnis erlangen. Die Reflexion über das Böse sei diesbezüglich hilfreich: Durch das Wissen um die Ubiquität des Bösen und die Erkenntnis, dass ganz gewöhnliche Menschen böse Taten begehen, könne die imaginierte Gerechte-Welt-Hypothese nämlich als Fehlvorstellung enttarnt werden.³⁴

Wenngleich Goldberg also vornehmlich die therapeutische Bedeutung der Lernerfahrung betont, die er mit der Suche nach der Signifikanz des Bösen assoziiert, so zieht er gleichwohl nicht die Konsequenz daraus, dass man die Suche nach einer Definition des Bösen aufgeben muss.³⁵ Das überzeugt. Denn auch wenn Definitionsversuche, die meinen, notwendige und hinreichende Bedingungen abschließend fixiert zu haben, – mit Neiman und Goldberg – skeptisch stimmen sollten, so verspricht es wenig Gewinn, die Perspektiven von Signifikanz und Definition gegeneinander auszuspielen. Das liegt schon daran, dass die Frage nach der Signifikanz – wie bereits die Frage nach dem *unde malum* – nicht unabhängig davon beantwortet werden kann, welche Phänomene es sind, die wir als böse begreifen.

Neimans Fokussierung auf die Signifikanz hat eine frappierende Implikation, was die in der Philosophie entwickelte Grobdifferenzie-

31 Goldberg, Das Böse konzipieren, S. 163.

32 Goldberg, Das Böse konzipieren, S. 164.

33 Goldberg, Das Böse konzipieren, S. 163 f.

34 Goldberg, Das Böse konzipieren, S. 164.

35 Goldberg, Das Böse konzipieren, S. 165.

rung von Formen des Übels angeht. Nach der gewöhnlichen Einteilung wird differenziert zwischen dem Übel infolge von Unglück (*malum physicum*), dem Übel durch göttliches Wollen (*malum metaphysicum*) und dem menschengemachten, moralischen Übel (*malum morale*). Während Letzteres als unbestrittener Kandidat des Bösen gilt, wird das *malum metaphysicum* seit der Aufklärung, zumindest in nicht-theologischen Diskursen,³⁶ kritisch betrachtet. Üblicherweise wird das *malum physicum* ebenfalls aus dem Bereich des Bösen ausgeschieden und der Begriff des Bösen rein für menschengemachte Übel reserviert. Diese Einteilung weicht Neiman auf. Indem sie, wie berichtet, gerade auf die Wirkung des Bösen bedacht ist, gelangt sie zu einer Annäherung von *malum physicum* und *malum morale*. Sie zeigt auf, dass sowohl das Erdbeben von Lissabon aus dem Jahre 1755 als auch die Anschläge des 11. September 2001 gleichermaßen unser Vertrauen in die Welt erschüttert haben. Und so kommt sie zu einer Engführung der beiden:

Jedesmal wenn wir meinen, *das hätte nicht passieren sollen*, betreten wir einen Weg, der unmittelbar zum Problem des Bösen führt. Man beachte, dass dies kein theologisches, aber im strikten Sinn auch kein moralisches Problem ist.³⁷

Die Formel „das hätte nicht passieren sollen“ ist gewiss angemessen bei Erdbeben und bei Anschlägen. Doch entgegen Neimans Suggestion bedeutet die Formel in den beiden Fällen nicht notwendig das Gleiche – was daran liegt, dass das „Sollen“ ein jeweils ganz anderes sein kann.³⁸ Um den Unterschied auf den Punkt zu bringen: „Die Natur“ kann nicht gegen Sollens-Anforderungen verstoßen, die zwischen Menschen gelten.

Aus der sprachlichen Wendung lässt sich also keine Plausibilität gewinnen für die Annäherung der beiden Sphären des Übels. Abgesehen davon, steht mit den Begriffen des Unglücks, des schlimmen Ereignisses, der Naturkatastrophe usw. ausreichend differenzierte Terminologie zur Verfügung, die dieses spezifische auf Naturereignisse bezogene „das hätte nicht passieren sollen“ zum Ausdruck

36 Dass sich theologische Diskurse natürlich nicht darauf beschränken, zeigt der Überblick bei Noller, Theorien des Bösen, S. 21 ff.

37 Neiman, Das Böse denken, S. 28 f.; dieses Zitat wird aufgegriffen von Recki, Das Böse und das Gute, S. 1033; vgl. dort näher zu Neimans Argumentation.

38 Recki, Das Böse und das Gute, S. 1034.

bringt. Es gibt also keinen Grund, davon Abstand zu nehmen, den Begriff des Bösen ausschließlich auf menschliches Verhalten zu beziehen, nur darauf also, wo das Übel in der Verletzung von sozialen Normen liegt, und damit nur darauf, wo ein berechtigter *Vorwurf* denkbar ist.

Wenn der Annäherung von *malum physicum* und *malum morale*, so wie sie Neiman suggeriert,³⁹ nicht zu folgen ist, so scheint es gleichwohl gute Gründe dafür zu geben, die Verknüpfung von Vorwerfbarkeit und Bösem ein Stück weit zu entkoppeln – in einem etwas anderen Sinne. Um welche Art der Entkopplung es sich dabei handelt, soll im nächsten Abschnitt dargelegt werden.

3. Tentative Entkopplung des Bösen von der Kategorie der Schuld

Auch wenn ich Neiman in der Entkopplung vom Phänomen des Bösen und der Frage der Vorwerfbarkeit nicht in dem Sinne zustimme, dass Nichtmenschliches – auch Naturkatastrophen – sinnvoll als „böse“ bezeichnet werden kann, halte ich gleichwohl eine tentative Entkopplung für überzeugend. Ich meine mit *tentativ*, dass eine Handlung bereits dann als böse bewertet werden kann, wenn sie einer Person⁴⁰ auf einer primären Ebene als Handlung zugerechnet werden kann, während eine Zurechnung auf sekundärer Ebene ausscheidet. Was ist mit der Zurechnung verschiedener Ebenen gemeint? Unter Zurechnung einer Handlung⁴¹ auf primärer Ebene verstehe ich, dass das Verhalten als *vorsätzliche Handlung* erscheint. Als Handlung scheiden insofern Körperbewegungen aus, die lediglich Reflex sind. Für eine vorsätzliche Handlung genügt aber bereits, dass

39 Zwar beschreibt Neiman den Bewusstseinswandel nach dem Erdbeben von Lissabon, das nun nicht mehr als böse angesehen wurde (Neiman, Das Böse denken, S. 367). Ihre Ablehnung der modernen säkularen Theodizee-Versuche nach Auschwitz (ebd., insbes. S. 378 ff.) und ihre abschließende Zuneigung zum Prinzip des zureichenden Grundes (ebd., S. 457 ff.) scheinen diesen Bewusstseinswandel in seiner Klarheit aber wieder infrage zu stellen.

40 Das gilt grundsätzlich auch für Tiere (Intentionalität): Erst wegen des hier noch nicht eingeführten Kriteriums des bösen Motivs (Kap. III.2 und Kap. IV) scheiden Tiere aus. Siehe zu Tieren explizit die Andeutung in Fn. 374.

41 Handlung wird hier so verstanden, dass ihr Erfolg mitumfasst ist.

das Verhalten in einem Sinne assoziiert werden kann, dass die Herbeiführung eines Ereignisses als Werk dieser Person erscheint, als ein Werk, das sich als Realisierung eines von ihr verfolgten Planes verstehen lässt.⁴²

Davon ist die Zurechnung der Handlung auf sekundärer Ebene zu trennen, nämlich die Frage *schuldhaften* Verhaltens, ob also die vorsätzliche Handlung der Person zudem zum Vorwurf gemacht werden kann. Zum Vorwurf kann es ihr nur gemacht werden, sofern die Person die Fähigkeit besaß, ihr Verhalten zu überblicken und zu steuern und sofern keine Gründe gegeben sind, die ihr Verhalten entschuldigen.

Warum sollte man aber eine Tat als böse bezeichnen, obwohl die Zurechnung auf der zweiten Ebene ausscheidet? Den Begriff des Bösen *in dieser Weise* zu verwenden, ist zwar nicht (begriffs-)logisch geboten, doch scheinen mir vor allem drei Gründe für einen solchen Gebrauch zu sprechen. Die Gründe hängen in gewisser Weise zusammen, unterscheiden sich allerdings in ihrem Fokus: Intuitionen der Alltagssprache, Perspektive der Opfer und Erkenntnisse der Kriminologie.

Zum ersten Argument: Eine Konzeption des Bösen, die die vorsätzliche Handlung genügen lässt, hingegen die Vorwerfbarkeit der Tat gerade nicht zur Voraussetzung macht, entspricht alltäglichen Intuitionen. Als Beleg zwei Beispiele: 37 Personen zu erschießen, lässt sich als böse Tat bezeichnen – ganz unabhängig von der Frage, ob die Täterin zum Zeitpunkt der Tat ihr Verhalten steuern konnte oder ob sie an einem die Verantwortlichkeit ausschließenden pathologischen Defekt gelitten hat. Ähnlich: Wenn ich im betrunkenen Zustand den Lebensgefährten beziehungsweise die Lebensgefährtin erschlage, so dürfte es für die Bezeichnung als böse Tat nicht darauf

42 In der Terminologie des in der Strafrechtswissenschaft entwickelten dreistufigen Verbrechensaufbaus (Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld) ist damit die Zurechnung auf der Ebene des *Tatbestands* gemeint, also insbesondere die Kriterien der objektiven Zurechnung und des Vorsatzes.

Was die Ebene der *Rechtswidrigkeit* betrifft, so werde ich hier annehmen, dass gerechtfertigtes Handeln stets ausschließt, dass es sich um eine böse Tat handelt. Das liegt daran, dass das Böse hier wesentlich in den handlungsprägenden Motiven der Tat gesehen wird (s. Kap. III.2 und Kap. IV). Können für ein Handeln Rechtfertigungsgründe aktiviert werden (z. B. Einwilligung, Notwehr, Notstand), so prägen die darin liegenden Motive (und nicht das böse Motiv) die Handlung.

ankommen, ob ich bei der Tat im Zustand der Schuldfähigkeit gehandelt habe oder nicht, ob also die Alkoholkonzentration im Blut zwei oder vier Promille betrug. Für beide Beispiele gilt: Statt zu sagen, es handele sich um eine Tat, die zwar ein schlimmes Resultat zur Folge hatte, das die Person planvoll herbeiführte, mangels Schuldfähigkeit jedoch nicht als böse gelten kann, ist es intuitiver zu sagen: Es ist eine böse Tat – aus pathologischen Gründen kann sie allerdings der Person, die so gehandelt hat, nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Ganz in diesem Sinne lässt sich die Aussage der forensischen Psychiaterin Nahlah Saimeh verstehen, die folgenden Fall berichtet: Ein Mann fragt im Hafen eine Familie, die gerade einen Segeltörn antritt, ob sie ihn mit aufs Meer nimmt. Auf See tötet er die Eltern. Mit der 13-jährigen Tochter kehrt er an Land zurück, tötet sie später. Saimeh vermutet, dass der Mann sie nicht gleich getötet habe,

weil das Kind in seinen Augen für den nächsten Segeltörn noch eine gewisse sexuelle Geselligkeit besaß. Wenn es dann zu viel geworden wäre, hätte man es natürlich auch auf hoher See entsprechend beseitigen können. Die Eltern waren in seinen Augen jedoch zu gar nichts nütze [...]⁴³

Saimeh kommt nun bei ihrer Analyse zu folgender Aussage, die die These bestätigt, dass die Intuition der Entkopplung von Bösem und Vorwerfbarkeit weit verbreitet ist, ja bis in die Kreise derer vorherrscht, die als Expertinnen und Experten im Umgang mit dem Bösen gelten können.

Das ist eine ziemlich böse Tat, das ist abgrundtief böse. Die Frage, ob er sich dafür entscheiden oder nicht entscheiden konnte, stellt sich eigentlich im engeren Sinne nicht, denn es war ein völlig zweckrationales Handeln.⁴⁴

Saimeh scheint eben die hier getroffene Unterscheidung der Zurechnung erster und zweiter Stufe vorauszusetzen und es für zutreffend zu halten, dass erstere für die Bezeichnung als böse Tat hinreicht. Als notwendige Bedingung einer bösen Tat genüge die Zweckrationalität, auf Vorwerfbarkeit komme es nicht an.

Zum zweiten Argument: Eine Begriffsverwendung, die für böses Handeln vorsätzliches Verhalten, aber nicht notwendig Vorwerfbar-

43 Saimeh, Das Böse aus psychiatrischer Perspektive, S. 228.

44 Saimeh, Das Böse aus psychiatrischer Perspektive, S. 228.

keit verlangt, kann die Perspektive der Verletzten, die auch Neiman und Goldberg betont,⁴⁵ angemessen erst erfassen. Ob die Person, die eine andere Person um ein Haar getötet hätte, alkoholisiert war oder nicht, spielt keine Rolle für die Reaktion, die die betroffene Person von ihren Mitbürgerinnen und Mitbürgern erwartet: Sie wurde Opfer eines menschlichen Tuns, dessen verletzende Konsequenzen sie nicht verdient hat. Das nachvollziehbare Bedürfnis, dass die Leidzufügung offensichtlich und allgemeinverbindlich als ungerechtfertigt festgestellt wird, besteht ganz unabhängig von der Schuldfähigkeit des Täters: Das Verhalten ist aus Sicht der verletzten Person eine böse Tat, und das sollte man als Gesellschaft sprachlich auch zum Ausdruck bringen können – schon allein, um die zu Unrecht verletzte Person zu orientieren und von Selbst- und Fremdvorwürfen zu entlasten. Es macht eben einen Unterschied, ob der Person vermittelt wird, sie sei Opfer eines Unglücks natürlichen Ursprungs oder aber, sie sei Opfer einer menschengemachten bösen Tat.⁴⁶

Das dritte Argument, das dafürspricht, Fragen der Vorwerfbarkeit aus dem Begriff des Bösen herauszuhalten, sich vielmehr mit der Vorsätzlichkeit des Verhaltens zu begnügen, ergibt sich daraus, dass die Entscheidung für eine solche Sprachverwendung zwei wichtigen Einsichten der Kriminologie gerecht wird. Diese beiden kriminologischen Einsichten möchte ich mit Blick auf eine Debatte zwischen Philosophie und Rechtsphilosophie sichtbar machen. Rüdiger Safranski hatte im Jahr 1997 in *Das Drama der Freiheit* die Idee stark gemacht, das Böse als hinzunehmende Implikation der Freiheit zu verstehen: Aspekt unserer Freiheit sei eben auch die Freiheit,

45 Goldberg, Das Böse konzipieren, S. 164; Neimans Fokus, alle vom Bösen Betroffenen in den Blick zu nehmen (Neiman, Das Böse denken, S. 35), geht über die Verletzten hinaus, so zutreffend Goldberg, ebd., S. 161.

46 Für die Bedeutsamkeit des Unwerturteils für die verletzte Person (aus Sicht der Legitimation von Kriminalstrafe) Hörnle, Straftheorien, S. 39 f. m. w. N.; Hörnle argumentiert an anderer Stelle, dass sogar in Fällen fehlender normativer Ansprechbarkeit des Täters ein ihm zurechenbares Unrecht anzunehmen sei (Hörnle, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, S. 71 und 55 mit Fn. 131). Hierfür führt Hörnle ins Feld, dass zwischen der Angemessenheit des Vorwurfs und der Berechtigung, den Vorwurf gegenüber dem Täter zu erheben, zu unterscheiden sei (ebd., S. 70 ff.).

Böses zu tun.⁴⁷ Und, so ist zu ergänzen, daher sollten wir uns für dieses Böse denn auch als voll verantwortlich betrachten.⁴⁸ Klaus Günther veranlasste dieses „Junktim zwischen dem Bösen und der menschlichen Freiheit“⁴⁹ zur Kritik. Indem Safranski das Junktim, das die bedingungslose Zurechnung von Taten suggeriert, an keiner Stelle kritisch hinterfrage, ignoriere er völlig die Erkenntnisse der Humanwissenschaften, dass nämlich menschliches Verhalten von zahlreichen und auch externen Faktoren abhängt.⁵⁰ Safranskis Überhöhung von individueller Verantwortlichkeit passe in die generelle Entwicklung, solche Ansätze, die differenzierte Erklärungen für ein menschliches Verhalten anzugeben versuchen, in Bausch und Bogen abzulehnen.⁵¹ Denn auch Safranski bewirke mit seiner „Verabsolutierung [...] der Freiheit“⁵² gerade, dass mit dem Verstehenwollen aufgehört wird: Der Mensch ist frei, tut Böses – und für das getane Böse ist er angesichts seiner Freiheit verantwortlich. Wer braucht da noch Erklärungen? Versteht man die Freiheit zum Bösen in diesem Sinne, kann man das Böse im Bereich des Dämonischen und Unerklärlichen belassen, weil es eben etwas ist, das keiner Erklärung *bedürftig* ist.

Eine derartige Sichtweise falle, so Günther, mit einer Kriminalpolitik zusammen, „die sich als Bekämpfung des Bösen versteht“.⁵³ Denn eine solche Politik sehe Versuche der Verhaltensklärung mit Sorge, weil dadurch die Befürchtung genährt werde, die gefundenen Erklärungen könnten den Täter entlasten, also vom Vorwurf freisprechen.⁵⁴ Erklärungen drohen aus Sicht einer derartigen Kriminalpolitik das Böse gewissermaßen „wegzuerklären“ – und damit

47 Safranski, *Das Böse oder Das Drama der Freiheit*, S. 13: „Man muss nicht den Teufel bemühen, um das Böse zu verstehen. Das Böse gehört zum Drama der menschlichen Freiheit. Es ist der Preis der Freiheit.“

48 Safranski, *Das Böse oder Das Drama der Freiheit*, S. 330: „Ob wir wollen oder nicht, wir handeln und nehmen dabei unsere riskante Freiheit in Anspruch.“

49 Günther, Buchbesprechung: Rüdiger Safranski, S. 126.

50 Günther, Buchbesprechung: Rüdiger Safranski, S. 126.

51 Günther, Buchbesprechung: Rüdiger Safranski, S. 126.

52 Günther, Buchbesprechung: Rüdiger Safranski, S. 127.

53 Günther, *Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens*, S. 321.

54 Günther, *Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens*, S. 321.

die Grundlage für die Sanktionierung entfallen zu lassen: "Tout comprendre c'est tout pardonner."⁵⁵

Aus Safranskis Überlegung und dem rechtspolitischen Klima folge damit gleichermaßen der Impuls, das Böse als böse stehen zu lassen und eine Erklärung überhaupt nicht zu versuchen. Mit dem Verstehen aufhören zu wollen, sei aber ein Irrweg. Man drohe nämlich, so Günther, auf diese Weise einem „exkulpatorischen Fehlschluss“ zu erliegen: Gründe für das Zustandekommen einer Tat nachvollziehbar zu machen, bedeute eben nicht automatisch, diese Faktoren als *entschuldigende* Gründe anzuerkennen.⁵⁶ Die Frage, ob Faktoren als entlastend angesehen würden, also geeignet sind, die Vorwerfbarkeit zu reduzieren, sei eine normative Frage. Diese hätten die Bürgerinnen und Bürger zu beantworten. Sie hätten nämlich zu klären, unter welchen Bedingungen sie einander für Verhalten verantwortlich machen wollen – und unter welchen Bedingungen sie Verantwortung reduzieren oder ablehnen.⁵⁷

Wie lautet nun das dritte Argument, worin besteht der Vorzug der Entkopplung des Bösen von der Kategorie der Schuld, welchen kriminologischen Einsichten wird auf diese Weise entsprochen? Hält man, wie hier vorgeschlagen, die Frage der Vorwerfbarkeit aus dem Begriff des Bösen heraus, verschiebt das den Fokus weg von der Vorstellung einer bösen Person, hin auf die böse Tat – denn die Tat kann böse sein, ganz unabhängig von der Frage, ob dieser Person die Tat vorgeworfen werden kann. Die böse Tat wird also von der Frage der Schuld entkoppelt. Diese Fokussierung auf die (vorsätzliche) Tat wird zwei Einsichten der Kriminologie gerecht: Erstens wird so eher

55 Günther, Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens, S. 321; vgl. dazu zustimmend Haffke, Verstehen und Strafen, S. 356 f.

56 Günther, Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens, S. 323 ff. (Begriff bei S. 327); zustimmend Haffke, Verstehen und Strafen, S. 357 ff., der die Tendenz zum Nichtverstehenwollen auch in der Rechtsprechung nachweist (ebd., S. 361). Zur Relevanz empirisch-kriminologischer Befunde für die Schuldminderung am Beispiel Eichmanns s. Ebert, Die „Banalität des Bösen“ – Herausforderung für das Strafrecht, S. 27.

57 Günther, Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens, S. 333 f. Günther hat dies am Schuldbegriff ausführlich demonstriert, s. Günther, Schuld und kommunikative Freiheit. Die Praxisteilnehmer müssten selbst festlegen, „wie sie einander Verantwortung zuschreiben“ (ebd., S. 256).

verhindert, dass der Diskurs darüber tabuisiert wird, welche Aspekte als Entlastungsgründe zählen sollten, in welchen Fällen also die Schuld reduziert oder ausgeschlossen ist. Die Frage des Schuldbegriffs, nämlich was die Regeln sind, nach denen wir uns gegenseitig für verantwortlich halten, wird klarer erkennbar als Frage der Selbstdefinition der Bürgerinnen und Bürger. Zweitens führt der Fokus auf die Tat dazu, dass der Begriff des Bösen eindeutig nicht als Etikett für eine *Person* bereitsteht. Setzt man nämlich voraus, dass eine Tat erst dann böse genannt werden kann, wenn sie auch zum Vorwurf gemacht werden kann, befeuert man die Gefahr der Dämonisierung, dass also die Bewertung des Tuns auf die Bewertung der Person gewissermaßen „hinüberspringt“. Separiert man hingegen die Frage der Vorwerfbarkeit von der Frage der bösen Tat, so lenkt das den Fokus weg vom Täter hin auf die *Tat* und hemmt die Dämonisierung der *Person*.⁵⁸ Eine Konzeption der bösen Tat, die an vorsätzliches Handeln anknüpft, jedoch vom Schuldvorwurf entkoppelt ist, so lautet das dritte Argument, ist also einerseits eher dazu geeignet, Diskussionen über Entschuldigungsgründe nicht zu tabuisieren, und andererseits eher dazu in der Lage, die Gefahr einer Dämonisierung zu bannen.

4. Definitionsansätze: Intentionalismus, nuanced harm, Typisches

Wir haben oben bereits Ansätze kennengelernt, die das Augenmerk mehr auf Ursprung und Wirkung des Bösen und weniger auf eine Definition legen. Andere halten sogar eine Definition ganz ausdrücklich für unmöglich.⁵⁹ Das Nachdenken über das Böse habe einen „aporetischen Charakter“, meint etwa Paul Ricoeur.⁶⁰

Gleichwohl haben sich in der jüngeren philosophischen Debatte Ansätze herausgebildet, die eine Annäherung an den Begriff des

58 Es stimmt, dass beide Aspekte noch weniger ein Problem wären, wenn man auf den Ausdruck des Bösen ganz verzichtete, s. dazu Kap. V.4. Die vorliegende Argumentation stellt heraus, dass die vorgeschlagene Entkoppelung vorzugswürdig ist, sofern man den Ausdruck des Bösen nicht völlig tilgt.

59 Vgl. die Nennungen bei *Noller*, Gründe des Bösen, S. 10 f.

60 *Ricoeur*, Das Böse, S. 51 (Hervorhebung entfernt; M. A.). Die Aporie lasse sich allerdings produktiv machen, nämlich für die Trauerarbeit (ebd., S. 57 ff.).

Bösen versuchen, indem sie notwendige und hinreichende Bedingungen angeben oder indem sie bestimmte Eigenschaften als charakteristisch ausweisen.

Die Ansätze, die mit Bedingungen operieren, betonen entweder die Intention oder die Folgen.⁶¹ Intentionalistische Theorien machen das Böse in der Absicht des Täters fest, während folgenorientierte Ansätze das relevante Kriterium für das Böse im angerichteten Schaden erblicken. Goldberg hält die erste Theoriengruppe, die er als Täteransätze betitelt, einerseits für zu eng. Denn böse Handlungen folgten oft aus einfachen Motiven, etwa Gehorsam, Zugehörigkeitsgefühl oder Angst. Sie würden daher keine besonders bösen Motive aufweisen.⁶² Andererseits seien die Täteransätze auch zu weit, da nicht jede Handlung mit bösem Motiv eine Handlung als böse erscheinen lasse. So könne es schwerlich unter die Kategorie des Bösen fallen, wenn jemand eine Person beschimpft, selbst wenn der Beleidiger Freude daran findet, andere zu verletzen.⁶³

Im Kontrast zu den Täteransätzen wollen die Ansätze der Folgenorientierung das böse Verhalten dadurch bestimmen, dass es zu einem besonders schweren Schaden führte. Zwar lassen sich auf diese Weise geringfügige Bosheiten aus dem Begriff des Bösen heraushalten. Wann aber die Schwelle der Erheblichkeit überschritten ist, bleibt dabei völlig offen.⁶⁴ Als Konkretisierung wird etwa von sogenannten *Nuanced-harm*-Ansätzen⁶⁵ vorgeschlagen, dass es sich bei dem Schaden um einen „life wrecking harm“ handeln müsse.⁶⁶ Wann aber ist die Grenze erreicht? Und genügt allein der Blick auf den Schaden, um zu beurteilen, ob das Kriterium erfüllt ist? Entsprechendes gilt für die alternativen Anforderungen eines „unerträglichen“ oder „signifikanten“ Schadens.⁶⁷

61 Der Überblick orientiert sich an Goldberg, *Das Böse konzipieren*, S. 155 ff.; vgl. auch *ders.*, *Was ist eine böse Handlung?*, S. 766 ff.; die Begriffe Intentionalismus und Folgenorientierung stammen von Wolf, *Das Böse*, S. 6.

62 Goldberg, *Das Böse konzipieren*, S. 157.

63 Goldberg, *Das Böse konzipieren*, S. 157 f., mit Bezug auf das Beispiel bei Russell, *Is Evil Action Qualitatively Distinct from Ordinary Wrongdoing?*, S. 670.

64 Goldberg, *Das Böse konzipieren*, S. 158 f.

65 Vgl. Goldberg, *Evil Matters*, S. 53 ff.

66 Goldberg, *Was ist eine böse Handlung?*, S. 770 f.

67 Vgl. zu diesen Goldberg, *Das Böse konzipieren*, S. 158. Weitere Konkretisierungsvorschläge diskutiert Goldberg, *Was ist eine böse Handlung?*, S. 770 f.

Jenseits der Ansätze, die mit Bedingungen arbeiten, existieren Vorschläge, die typische Merkmale böser Handlungen herausarbeiten. Zu dieser Kategorie kann man Nollers Charakterisierung der bösen Tat als Scheinhaftes zählen.⁶⁸ Auch der Ansatz von Bettina Stangneth, die die Rationalität des Bösen betont und hierfür den Terminus des akademischen Bösen prägt,⁶⁹ lässt sich in diese Kategorie der qualitativen Charakterisierung einreihen. Des Weiteren hat Goldberg ein Kriterium vorgeschlagen: Und zwar sei böses Handeln typischerweise mit der „Ausbeutung [von] Verwundbarkeit“⁷⁰ verbunden. Dies ist deswegen anregend, weil Goldberg herausarbeitet, dass das böse Handeln durch ein asymmetrisches Machtverhältnis ausgelöst werden kann und zugleich in der Ausnutzung dieser Macht-Asymmetrie das für das Böse *Typische* liegt.⁷¹ Es geht hier also um beides: Ursprung und Charakteristika zugleich. Bemerkenswert ist allerdings noch ein weiterer Aspekt, der mit der inhaltlichen Ausgestaltung des Vorschlags von Goldberg zusammenhängt. Goldberg sieht sich – veranlasst durch ein Fallbeispiel einer Reviewerin seines Aufsatzes – dazu genötigt, seine These zu verfeinern. Das Fallbeispiel betrifft das Szenario einer Frau, die ihren Ehemann, der sie langanhaltend misshandelte, hinterrücks erschießt. Denn die Frau scheint die Verletzlichkeit des Mannes auszunutzen, Goldbergs Kriterium ist also erfüllt. Doch ist ihr Verhalten wirklich böse?⁷² Interessant ist, dass eben diese Herausforderung eine exakte Entsprechung in der Rechtswissenschaft kennt, die unter der Bezeichnung

68 Vgl. dazu oben bei Fn. 26.

69 Stangneth, Böses Denken, S. 123. „Jeder hat seinen Grund, das Denken der Täter zu unterschätzen.“ (ebd., S. 128).

70 Goldberg, Was ist eine böse Handlung?, S. 780. Dabei könnten ontologische, persönliche oder charakterliche Verwundbarkeit ausgebeutet werden. Zur Vorstellung von Verwundbarkeit ebd., S. 777 f. Und neuerdings Goldberg, Evil Matters, S. 67 ff.

71 Die Rede vom „asymmetrischen Machtverhältnis“ findet sich etwa bei Goldberg, Was ist eine böse Handlung, S. 785.

72 Goldberg, Was ist eine böse Handlung?, S. 783 f. Goldberg argumentiert, dass die Schuldfähigkeit der Frau fraglich sei, außerdem sei die Verwundbarkeit des Mannes nur episodisch gewesen. Es würde also an der schuldhaften Ausnutzung dauerhafter Verwundbarkeit fehlen. Später nimmt Goldberg die These dahingehend zurück, dass die Ausnutzung keine notwendige Bedingung, sondern *charakteristisch* für das Böse sei (ebd., S. 785).

des Haustyrannenmordes diskutiert wird.⁷³ Dort lautet die Frage, ob es sich in derartigen Fällen um Mord handelt oder um bloßen Totschlag (zur juristischen Differenzierung vgl. unten Kap. IV.1), der unter Umständen sogar entschuldbar ist.⁷⁴ Diese Parallele zwischen philosophischer und rechtswissenschaftlicher Diskussion über das Böse scheint mir zu belegen, dass das hier verfolgte Ziel, die Anschlussfähigkeit der Disziplinen herzustellen, Potenzial verspricht, dass sich also im Recht ebenfalls für das Böse Typisches finden lässt.⁷⁵

Bevor wir uns aber der Perspektive des Rechts zuwenden, möchte ich zum Abschluss des Kapitels einen weiteren Typ der philosophischen Annäherung an das Böse adressieren, der die Dichotomie von Folgen- oder Täterorientierung transzendiert. Er lässt sich als assoziativ bezeichnen. Beispielhaft hierfür ist Jean-Claude Wolfs Abhandlung *Über das Böse*. Wolf benennt zunächst eine Reihe an „Keimen des Bösen“: Egoismus, Neugier, Langeweile, Ehrgeiz, Angst vor Fremden, Grausamkeit, Neid, Hass, Lust an der Zerstörung, Fanatismus und Weiteres. Sodann beschreibt er Prozesse, die dazu führen, dass sich das Böse etabliert und fortsetzt, wie etwa Lügensysteme, Mythen und Ideologien. Darüber hinaus thematisiert er Erscheinungen des „zweiten Bösen“, also desjenigen Verhaltens, das auf das erste Böse folgt, wie etwa das exzessive Strafen. Lässt schon diese Aufzählung die Weite des abgesteckten Feldes erahnen, so wird sie in Anbetracht der Arbeitsdefinition offenkundig. Diese lautet nämlich:

Definition₆: ‚Böse‘ bezeichnet relativ freie, individuelle oder kollektive Entscheidungen, die dazu führen, anderen Menschen schwere Übel (wie den Tod, starke Schmerzen, Ängste, schwere Enttäuschungen und Demütigungen) zuzufügen. Diese Entscheidungen kommen absichtlich oder wissentlich zustande, oder sie entstammen einer groben Fahrlässigkeit oder einer schuldhaften Unwissenheit. Sie können auch ohne Gründe und Motive zustande kommen, oder diese sind nicht bekannt.

73 Haverkamp, Zur Tötung von Haustyrannen aus strafrechtlicher Sicht.

74 Vgl. Mitsch, § 1 Tötungsdelikte, Rn. 28.

75 Die Intimididfälle behandelt interdisziplinär Zabel, Kritik der strafenden Vernunft, S. 192 ff., wo diese für die von ihm zentral propagierte Vulnerabilität der (Tat-)Person herangezogen werden (S. 199).

Der Vorzug des Vorgehens von Wolf – auch die von ihm gelieferten weiteren fünf Definitionen würden nützliche Dienste leisten⁷⁶ – liegt auf der Hand. Er ist in der Lage, ein Panorama zu entwerfen, das vom Verlangen, den Nachbarn zu ärgern („Impuls zum Bösen“),⁷⁷ bis hin zur Umweltverschmutzung reicht, die durch kollektive Gleichgültigkeit entsteht.⁷⁸ Und Wolf liefert ohne Frage anregende Thesen: So legt er dar, dass sich das Böse nicht auf den Egoismus reduzieren lasse.⁷⁹ Ein gesunder Egoismus sei gar ein wichtiges Korrektiv gegen das Böse, indem er nämlich dabei helfe, sich gegen die Instrumentalisierung durch andere wirksam zu wehren.⁸⁰ Trotz der Vorzüge zeigt bereits die zitierte Arbeitsdefinition, die etwa auch die fahrlässige Verursachung einer schweren Demütigung für das Böse hinreichen lässt, dass hier ein Spektrum angesprochen wird, das so weit ist, dass die Abgrenzung des Bösen zum bloß moralisch Schlechten,⁸¹ die notwendig ist,⁸² nahezu undurchführbar wird.⁸³

Wolf spricht an anderer Stelle selbst davon, dass er eine „pluralistische Auffassung des Bösen“ verfolge, die „sich in einem Katalog von Lastern darstellen [lässt], mit dem Zusatzkommentar, dass es keine tiefere ‚Einheit der Laster‘ gibt“.⁸⁴ Das macht deutlich, welches weitere Problem ein solches assoziatives Vorgehen, wie auch jede andere Annäherung über Sündenkatologe, mit sich bringt: Es besteht die Herausforderung, angeben zu müssen, was die normative Basis für die Kriterien des Bösen ist. Wer legt fest, was als böse gilt, und mit welchem Recht?⁸⁵

76 Wolf, Das Böse, S. 4 ff. („nützliche Dienste“, S. 6).

77 Wolf, Das Böse, S. 13 ff.

78 Wolf, Das Böse, S. 100.

79 Wolf, Das Böse, S. 36.

80 Wolf, Das Böse, S. 166.

81 „Definition₁: ‚Böse‘ bezeichnet das, was mehr als nur moralisch falsch ist oder was schrecklich falsch ist. Es ist das spiegelbildliche Gegenteil von dem, was über alle Pflicht hinaus gut ist (das Supererogatorische).“ (Wolf, Das Böse, S. 4).

82 Vgl. zur Unterscheidung von schlecht/böse Singer, The Concept of Evil, S. 195 f.

83 Hinzu kommt eine Flexibilität hinsichtlich der Kriterien: Er „schwankte gelegentlich“ zwischen intentionalistischen und folgenorientierten Ansätzen, so Wolf, Das Böse, S. 6.

84 Wolf, Was ist das Böse?, S. 1.

85 Vgl. dazu Dalfert, Das Böse, S. 60, der herausstellt, dass jede Verwendung von gut/böse auf einem Beurteilungshorizont basiert, der seinerseits strittig ist (ebd., S. 147).

Vergleichbares gilt für die in der philosophischen Diskussion auffindbare Auffassung, dass die Bezeichnung als böse dann passe, sofern es sich um eine Handlung handle, die so schrecklich sei, dass „kein normaler, anständiger, vernünftiger Mensch sich vorstellen könne, so etwas zu tun“.⁸⁶ Nicht nur gibt uns dieses „Testverfahren“ keine positive Angabe und nicht nur ist es abhängig von der der fiktiven Testperson unterstellten Vorstellungskraft und dem ihr unterstellten Wissen über die Rolle der persönlichen, gerade aber auch gesellschaftlichen und situativen Faktoren beim Zustandekommen von (Makro-)Kriminalität⁸⁷, sondern es ist vor allem eines: völlig unbestimmt.

An dieser Stelle wird, so denke ich, ein wesentlicher Vorzug der vorliegenden Untersuchung erkennbar, nämlich die Orientierung am Recht. Die implizite Konzeption wird hier nämlich nicht in einem religiös oder ethisch grundierten Katalog von Übeltaten gesucht, der seinerseits zu rechtfertigen wäre, sondern in dem allgemeinverbindlichen Katalog rechtlicher Regelungen. Und nicht der Umstand, dass es sich bei der Sphäre des Rechts um ein verbindliches Normensystem handelt, ist hier das Entscheidende. Entscheidend ist vielmehr der Grund für die Verbindlichkeit, nämlich der Umstand, dass es sich um ein Normensystem handelt, das sich die Bürgerinnen und Bürger selbst gegeben haben. Dass es sich bei der Konzeption der bösen Tat, die im Recht geborgen liegt und die es aufzudecken gilt, um die „richtige“ Konzeption des Bösen handelt, wird nicht behauptet. Im Gegenteil: Indem die dem Recht implizite Konzeption explizit gemacht wird, wird sie kritisierbar. Sie wird kritisierbar durch die Autorinnen und Autoren der Normen, aber auch kritisierbar durch andere normative Disziplinen, wie etwa die Philosophie.⁸⁸

86 Singer, *The Concept of Evil*, S. 196: „An evil action is one so bad, so awful, so horrendous that no ordinary decent reasonable human being can conceive of himself (or herself) doing such a thing.“ Singer überträgt das ohne Weiteres auf Personen und Organisationen.

87 Vgl. für die Ebene der Makrokriminalität, nämlich des Genozids, Staub, *The roots of evil*.

88 Siehe zur Gefahr der Herrschaft von Expertenkulturen Niesen, *Legitimität ohne Moralität*, S. 34 ff., dazu näher in Fn. 124.

III. Vorbereitende Überlegungen: Kann uns das Recht etwas über das Böse sagen?

1. Zum Widerstreben der Rechtswissenschaft gegen den Begriff des Bösen

Ist es in der heutigen Zeit möglich, das Böse mit der Sphäre des Rechts in Verbindung zu bringen?⁸⁹ Die Rechtswissenschaftlerin Petra Wittig diagnostiziert, dass die „gesellschaftliche Beschäftigung mit Kriminalität das Böse braucht“.⁹⁰ Das geschehe in der medialen Berichterstattung, die besonders schwere Straftaten mit dem Bösen assoziiere, um das Grauenhafte und Unbegreifliche zu fassen. So sei vom Bösen die Rede insbesondere bei Makroverbrechen, aber auch bei besonders herausstechenden Einzeltaten: Fritzl, Zschäpe, Breivik.⁹¹ Hinzuzufügen sind hier, was die öffentliche Wahrnehmung als böse betrifft, wohl ganz grundsätzlich Taten der Vergewaltigung und des Kindesmissbrauchs.

Ausnahmsweise hält das Böse sogar Eingang in gerichtliche Texte. So findet das Böse, wie Wittig herausstellt, ausdrückliche Erwähnung beim Internationalen Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien.⁹² Der Vorsitzende Richter hatte in der Verlesung der Urteilsverkündung gegen Radislav Krstić, der als Kommandant am

89 Vgl. den Versuch von vor über 50 Jahren bei *Naegeli*, Das Böse und das Strafrecht, der eine konstatierte Tabuisierung des Bösen in der Wissenschaft für problematisch hält (S. 7).

90 Wittig, Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, S. 208; *Dölling*, Über das Böse aus kriminologischer und strafrechtlicher Sicht, S. 1908, weist auf verschiedene positive Effekte der Verdammung des Bösen hin, u. a. die Stabilisierung der eigenen Überzeugung über die Verbotenheit oder die Mobilisierung von Abwehrkräften einer Gesellschaft.

91 Wittig, Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, S. 206 ff.

92 Kritisch zur Kommunikation des Urteils, zumal derartige Formulierung eine „moralische Überlegenheit [suggerieren], die auf zweifelhafte Erwägungen, absoluter Strafgerechtigkeit‘ gründen“, *Werkmeister*, Ungleiche Welt, ungleiches Weltstrafrecht?, S. 196.

Massaker von Srebrenica beteiligt war, in der finalen Passage der Urteilsverkündung das Folgende bemerkt:

I seek to judge an accused. I do not judge a people. Yes, in the former Yugoslavia there were attacks against civilian populations. Yes, there were massacres and there was persecution. Yes, some of these crimes were committed by Serbian forces. However, to paraphrase a great humanist, I consider that to associate this evil with Serbian identity would be an insult to the Serbian people and would betray the concept of civil society. But it would be just as monstrous not to attach any name to this evil because that could be an offence to the Serbs. In July 1995, General Krstić, you agreed to evil. This is why the Trial Chamber convicts you today and sentences you to 46 years in prison.⁹³

Trotz des diagnostizierten Bedürfnisses nach der Beschäftigung mit dem Bösen erteilt Wittig dem Bösen *im Recht* eine Absage und teilt die Vorbehalte, die in der Rechtswissenschaft gegen den Begriff existieren. Was sind die Vorbehalte? Schlagwortartig formuliert, geht es darum, dass der Begriff des Bösen zu vermeiden sei, weil er mystifiziert, personalisiert, pathologisiert, naturalisiert, dämonisiert und moralisiert. Auch wenn sich diese Aspekte nicht analytisch präzise trennen lassen, sondern miteinander verwoben sind, versuche ich entlang dieser Untergliederung den *case gegen den Begriff des Bösen* zu ordnen und pointiert zu erläutern. Dabei orientiere ich mich, wenn auch mit anderer Schwerpunktsetzung, weitgehend an der Analyse von Wittig.⁹⁴

Wer den Begriff des Bösen verwendet, unternimmt damit oftmals den Versuch, dem Schrecklichen einen Namen zu geben. Wo andere Worte nicht mehr ausreichen, da dient die Charakterisierung als böse als letzte Zuflucht. Aus der Perspektive der kriminologischen Rechtswissenschaft bedeute die Verwendung des Begriffs des Bösen

93 International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Radislav Krstić, am Ende. Eingeleitet wird die – die Urteilsverkündung abschließende – Passage damit, dass es sich um eine persönliche Bemerkung („personal observation“) des Vorsitzenden handle. Das Zitat liefert Wittig, *Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts*, S. 208.

94 Wittig, *Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts*, S. 209 ff. Die Frage, ob der Begriff des Bösen ein geeignetes Thema wissenschaftlicher Auseinandersetzung ist, behandelt auch Goldberg, *Das Böse konzipieren*, S. 148 ff., mit dem Ergebnis, dass gegenüber dem Missbrauchspotenzial des Begriffs die Vorzüge seiner Verwendung überwiegen (ebd., S. 152).

allerdings, ihr Forschungsprogramm aufzugeben.⁹⁵ Es geht ihr nämlich gerade darum, das Handeln zu verstehen und nicht – so könnte man hinzufügen – durch den Begriff des Bösen zu verdunkeln. Denn der Begriff des Bösen zieht einen *definitional stop* ein, vermittelt nämlich den Eindruck, dass es einerseits erklärebare Taten gibt und andererseits solche, die so unbegreiflich schrecklich sind, dass jeder Versuch des Begreiflichmachens aussichtslos ist. Und zu begreifen, also die Ursachen kriminellen Verhaltens aufzudecken, ist gerade das Ziel kriminologischer Untersuchungsweise. Die wahren Ursachen kriminellen Verhaltens werden, abhängig vom kriminologischen Ansatz, in unterschiedlichen Bereichen ausgemacht. Einige vermuten sie in gesellschaftlichen Strukturen, andere betonen Prozesse der Etikettierung, die durch die gesellschaftlich dominierenden Gruppen vorgenommen werden.⁹⁶ Der Begriff des Bösen, so lautet demnach die Kritik, mystifiziert diese wahren Ursachen der Tat.

Mit der Mystifizierung zusammen hängt ein weiteres Problem des Begriffs vom Bösen: der Fokus auf die Person.⁹⁷ Das böse Tun wird zurückgeführt auf die böse Person.⁹⁸ Solche rückführenden Narrative geraten, wie Wittig zutreffend feststellt, in die Nähe der Tautologie: „Die Person tut Böses, weil sie böse ist.“⁹⁹ Das Etikett des Bösen erfasst demnach – befördert durch die Vorstellung eines bösen Charakters – wie ein Automatismus die Person *als ganze*. Die Rückführung des Bösen auf die böse Person wird durch den Umstand gestützt, dass sie das kriminalpolitische Verlangen stillt, das Böse mit empirisch-wissenschaftlicher Präzision zu identifizieren und dingfest machen zu können. Bedient werden derartige Wunschvorstellungen aufs Vorzüglichste von biologischen Kriminalitätstheo-

95 Wittig, Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, S. 209.

96 Wittig, Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, S. 212 ff., mit Bezugnahme auf weitere Theorien.

97 Vgl. zur Unvereinbarkeit des „bösen Missetäters“ mit dem modernen Rechtsstaat Schild, Vom Un-Menschen zur Unrechts-Tat, S. 130.

98 Vor dem Schluss von der „bösen Tat“ auf den „bösen Täter“ warnt zu Recht Dölling, Über das Böse aus kriminologischer und strafrechtlicher Sicht, S. 1907. In der philosophischen Debatte bestehen hier oftmals kaum Hemmungen, etwa Singer, The Concept of Evil, S. 188 f. und S. 213.

99 Wittig, Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, S. 206; bereits Wittig, Auch das Böse bedarf der Erklärung!, S. 14.

rien.¹⁰⁰ Ihr Urvater, Cesare Lombroso, wollte nachgewiesen haben, dass der „verbrecherische Mensch“ an Schädelstrukturen und Ähnlichem zu identifizieren sei.¹⁰¹ Ganz abgesehen von der abstrusen Idee, Delinquenz auf Knochenformen zurückzuführen, erweist sich jeder Versuch einer Reduktion des Bösen auf die natürliche Anlage einer Person – bei allem, was wir über die Bedeutung von Persönlichkeitsentwicklung, sozialem Lernen,¹⁰² sozial-psychologischen Effekten sowie gesellschaftlichen¹⁰³ und situativen Einflüssen für das Zustandekommen von Unrechtstaten wissen – als Irrweg.¹⁰⁴ Im Mindesten handelt es sich bei Ansätzen der natürlichen Anlage um eine krasse Verkürzung.¹⁰⁵

Die mit der Suche nach dem Bösen in der Anlage der Person verbundene Naturalisierung geht einher mit der Pathologisierung. Die böse Person wird zu einem Phänomen erklärt, das der Behandlung bedarf oder wie eine Krankheit bekämpft werden muss. Elemente der Pathologisierung lassen sich auch im gegenwärtigen Recht aufzeigen, etwa bei den vom Gesetz so bezeichneten „Maßregeln der Besserung und Sicherung“. Es handelt sich bei diesen Maßregeln um die „zweite Spur“ des Strafrechts.¹⁰⁶ Während die erste Spur in

100 Sie sind aber nicht auf solche beschränkt. Vielmehr sind auch aufgeklärte Zuschreibungspraktiken mit Personalisierungen kompatibel, wie Günther an den Praktiken demonstriert, die auf Schamgefühl (statt auf Schuldgefühl) zielen, *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 222 ff.; dazu *Zabel*, Kritik der strafenden Vernunft, S. 226 ff., der die Amalgamierung beider Zurechnungsweisen betont und befragt (S. 232).

101 *Wittig*, Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, S. 211. Vgl. zu einer Geschichte der Kriminalbiologie seit Lombroso *Menne*, „Lombroso redivivus?“.

102 Etwa zur Erlerntheit krimineller Verhaltensweisen klassisch *Sutherland*, Die Theorie der differentiellen Kontakte, S. 397.

103 Etwa zur Abhängigkeit der Kriminalität von der Verfügbarkeit von Mitteln zur Erreichung als gesellschaftlich erstrebenswert definierter Ziele klassisch *Merton*, Sozialstruktur und Anomie, S. 297.

104 Vgl. den Abriss der Entstehungsbedingungen deliktischen Verhaltens, der „vor selbstgerechter Verdammung straffällig gewordener Menschen bewahren“ kann, bei *Dölling*, Über das Böse aus kriminologischer und strafrechtlicher Sicht, S. 1902 ff.

105 Vor einer Immunisierung gegenüber einer soziologischen Betrachtung durch die Rückführung auf individualpsychologische (und pathologische) Ursachen warnt auch *Wittig*, Auch das Böse bedarf der Erklärung!, S. 14.

106 Vgl. näher *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 273 ff.

der Sanktion der *Strafe* besteht, die ein sozialetisches Unwerturteil für eine schuldhaft begangene Tat ausspricht, werden die *Maßregeln* aufgrund der Gefährlichkeit des Täters verhängt. Sie greifen immer dann, wenn die Tat – wegen fehlender Schuldfähigkeit – nicht zum Vorwurf gemacht werden kann. Diese zweite Spur liefert Potenzial dafür, das Verbrechen zu pathologisieren und als Gefahr zu begreifen, die es abzuwehren gilt.¹⁰⁷ Besonders deutlich wird die Tendenz zur Pathologisierung beim Phänomen des sogenannten Hangtäters.¹⁰⁸ So wird eine Person, der die verfestigte Neigung attestiert wird, wiederholt straffällig zu werden, zum Hangtäter deklariert und so der Umgang mit ihrem Verhalten auf die zweite Spur verlegt. Indem ihr die Zurechnungsfähigkeit abgesprochen wird, wird es möglich, *schuldunabhängig* „Maßregeln der Besserung und Sicherung“¹⁰⁹ zu verhängen.

Der Umstand, dass das Label des Bösen der Globalbewertung der Person Vorschub leistet, erklärt auch seine dämonisierende Wirkung.¹¹⁰ Die Brandmarkung der Person als böse ruft Reaktionen der Mitmenschen auf den Plan, die die als böse stigmatisierte Person abwehren und fernhalten sollen. Der Begriff des Bösen befördert damit eine Logik des Ausgrenzens und die Dehumanisierung.¹¹¹ Außerdem leistet er dem Eindruck Vorschub, dass zur Bekämpfung des Bösen jegliche Mittel erlaubt seien. Eindrücklich wird die dämonisierende Wirkung beim Verbrechen des Völkermords, dem oftmals die Etikettierung späterer Opfer als böse vorausgeht.¹¹²

Während die Kriminologie als empirische Wissenschaft aus den genannten Gründen den Begriff des Bösen vermeiden müsse, gilt die Notwendigkeit der Vermeidung Wittig zufolge auch für das „Strafrecht als Normwissenschaft“: Denn das Strafrecht sei von der Moral abzugrenzen und – so offenbar Wittigs Folgerung – schon von daher

107 Wittig, Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, S. 211.

108 Wittig, Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, S. 218 f.

109 § 61 Strafgesetzbuch gibt einen Überblick über die Maßregeln der Besserung und Sicherung.

110 Die Gefahr der Dämonisierung gerade mit Blick auf ein Schwarz-Weiß-Denken eines binären gut/böse betont *Haverkamp*, Das Böse und die Frauen – Frauen als Opfer und Täterinnen, S. 262.

111 Zur „Dehumanisierungstendenz“ *Kaspar*, § 20 Kriminologische Forschungsfelder, Rn. 133 f.

112 *Dölling*, Über das Böse aus kriminologischer und strafrechtlicher Sicht, S. 1909.

mit dem moralisierenden Begriff des Bösen nicht in Einklang zu bringen.¹¹³ Die erwähnten Elemente des Maßregelrechts seien hier kritikwürdige Relikte des moralisierenden Begriffs des Bösen im Recht. Das klassische Strafrecht, das auf dem Prinzip der Schuld fuße, könne sich demgegenüber gegen eine Moralisierung abgrenzen. Mit der Feststellung von strafrechtlicher Schuld werde nämlich keine Globalbewertung der Person vorgenommen, sondern lediglich die Frage beantwortet, ob die Person, die die Tat beging, in der konkreten Situation anders hätte handeln können.¹¹⁴

Die Kritikpunkte Wittigs, die anraten, das Recht vom Begriff des Bösen zu distanzieren, halte ich für zutreffend. Statt jedoch den Begriff des Bösen von vornherein abzulehnen, scheinen mir die Gesichtspunkte zuallererst für einen reflektierten und vorsichtigen Umgang mit dem Begriff zu sprechen.¹¹⁵ So darf der Begriff des Bösen nicht dazu führen, die wahren Gründe der Tat zu verdunkeln, darf er nicht für den Abbruch des Verstehens des Handelns des Täters herhalten. Der Begriff des Bösen darf nicht auf eine *Person* als ganze bezogen werden, sondern allenfalls auf die *Tat* – nur insofern wäre eine Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Tatschuld möglich. Außerdem ist unbedingt zu vermeiden, mit dem Begriff der bösen Tat eine Pathologisierung zu befördern, die eine Person als besserungsunfähig ausweist und damit endgültig aus der Gesellschaft auszugrenzen droht.

Ist es aber, so mag man einwenden, nicht völlig aussichtslos, einen Begriff des Bösen zu entwerfen, der akzeptabel ist? Selbst das beste Bemühen, die genannten Monita zu beachten, wird Makulatur, wenn man bedenkt, dass der Begriff des Bösen, wie Klaus Günther meint, unser Verständnis von Verantwortung in problematischer Weise zu ethisieren droht, zumal er maßgeblich durch das Erbe theologischer

113 Wittig, Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, S. 215. Eine Annäherung an die Idee des Bösen erblickt Wittig lediglich in der Vorstellung eines Feindstrafrechts, die sie als mit der Menschenwürde unvereinbar erachtet.

114 Wittig, Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, S. 216 f.

115 Ebenfalls eher für die Möglichkeit der Begriffsverwendung, sofern man sich der Gefahren der Verwendung bewusst ist (v.a. der einer Identitätszuschreibung), Dölling, Über das Böse aus kriminologischer und strafrechtlicher Sicht, S. 1909.

und philosophisch-metaphysischer Reflexionen imprägniert ist.¹¹⁶ Auch das scheint mir ein gewichtiger Einwand zu sein. Man kann allerdings umgekehrt nicht den Umstand außer Acht lassen, dass etliche andere Disziplinen, gerade auch die Philosophie, das Konzept des Bösen durchaus für diskussionswürdig erachten. Insofern dürfte die Überlegung, für die Diskurse dieser Disziplinen anschlussfähig zu sein, ein starkes Argument dafür abgeben, sich der Rede vom Bösen nicht von vornherein zu verschließen.

Das Thema der interdisziplinären Anschlussfähigkeit führt außerdem zu einem Punkt, in dem ich der Kritik von Wittig nicht folgen kann: Es handelt sich um die Behauptung, dass das Strafrecht als Normwissenschaft von der Moral abzugrenzen sei und der Begriff des Bösen bereits von daher keinen Platz habe. Nicht nur ist die Rechtswissenschaft als Wissenschaft der Normen ganz wesentlich mit wertenden Begriffen befasst, gerade in ihren Grundlagen. Was heißt Eigentum, was Gleichheit, was Gewalt, Rechtsstaatsprinzip, Fairness – die Liste ließe sich beliebig fortsetzen. Und überhaupt ist die Verwobenheit von Recht und Moral¹¹⁷ enger, als die häufig apodiktisch vorgetragene These der Trennung der beiden Sphären es vermuten lässt. Das Ideal strikter Trennung lässt sich auch nicht, wie dies bisweilen behauptet wird, in Kants Separierung der Tugendlehre von der Rechtslehre¹¹⁸ finden oder damit gar begründen.¹¹⁹

Statt die Verbindungslinien zwischen Recht und Moral näher nachzuzeichnen, muss ich es an dieser Stelle bei zwei Bemerkungen belassen. Die erste Bemerkung zielt auf die Grenzlinie, mithilfe derer Wittig das Recht von der Moral distanzieren möchte: Die

116 Günther, Kampf gegen das Böse?, S.153, der vor allem davor warnt, dass der Diskurs der Verantwortungszuschreibung und Verantwortungsentlastung entpolitisiert und ethisiert werde. Die Gefahranalyse ist zutreffend, versteht man Ethik jedoch nicht im Sinne einer religiösen Partikularethik, wie Günther an dieser Stelle, so scheint mir ein analytischer Begriff des Bösen nicht von vornherein unmöglich, s. näher Kap. IV.4.

117 Ein Indikator ist bereits, dass sich „moralische und juristische Fragen [...] auf dieselben Probleme beziehen“, nämlich darauf, „wie interpersonale Beziehungen legitim geordnet“ werden können, *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 137.

118 Vgl. zur Unterscheidung, aber auch zur Verwandtschaft *Hirsch*, Freiheit und Staatlichkeit bei Kant, S. 117 ff.

119 Siehe dazu *Abraham*, Das Verhältnis von Moral, Politik und Recht als Verhältnis des Übergangs, S. 30 ff.

Grenzlinie, nämlich dass das Recht mit dem Begriff der Schuld von dem moralisierenden Begriff des Bösen auf Abstand gehalten werden kann, zeigt bereits die Brüchigkeit dieser Annahme. Denn alles hängt davon ab, was man unter Schuld versteht. Die von Wittig dem Begriff beigelegte überzeugende Begrenzung auf die Tatschuld und deren relativ voraussetzungsarmer Inhalt, nämlich dass der Täter anders hätte handeln können, liegt offensichtlich nicht im Begriff der *Schuld* selbst begründet. Das Verständnis ist vielmehr Ergebnis einer Einhegung, die durch die Wissenschaft entwickelt wurde, in Abgrenzung zu viel weiteren Schuldbegriffen, wie etwa der Lebensführungs- oder der Charakterschuld. Um es zu pointieren: Ob der Begriff unangemessen moralisierend ist, ergibt sich aus seiner Verwendung.¹²⁰

Die zweite Bemerkung ist eine Beobachtung von Klaus Lüderssen, der in der Einführung des fünfbandigen Werks *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* folgende Diagnose stellt. Entgegen dem, was man angesichts des Werktitels vermuten könnte, nimmt Lüderssen gerade keine Distanzierung des Rechts zum Thema des Bösen vor, sondern betont das Gegenteil:

Das Strafrecht formuliert [in Abgrenzung zur philosophisch-theologischen Diskussion; M. A.] die Probleme so, daß sie lösbar erscheinen [...]. Dabei erhebt sich auch nicht etwa sogleich die Barriere der Moral, in dem Sinne, daß das Strafrecht an sie nicht rühren könne und damit das *wirkliche Problem des Bösen* verfehlen müsse. Hier liegt ein verbreiteter Grundirrtum – nicht selten allerdings von Juristen, die gern unter sich bleiben möchten, geschürt. Denn die elementaren Fragen des Strafrechts *sind identisch mit denen der Moral*; sie gibt die entscheidenden Anstöße, die Unterscheidungen betreffenden eher marginale Segmente. Dieser Tatbestand wird auch verdeckt durch die historisch gewachsene und auch in den Demokratien noch nicht beseitigte, autoritäre Struktur des Strafrechts.¹²¹

Den Mahnungen von Wittig und Günther¹²² ist insofern beizupflichten, als man sich Gefahren des Missbrauchs und der Dämonisie-

120 Zuzugeben ist freilich, dass die moralische Aufladung beim Begriff des Bösen noch größer ist als bei dem der Schuld – doch verhindert dies nicht ebensolche Einhegungsversuche, wie sie bei der Schuld entwickelt wurden.

121 Lüderssen, *Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens*, S. 36 f. (Hervorhebungen eingefügt; M.A.).

122 Vgl. auch (zu) Günthers Einwand gegen Safranski oben im Text bei Fn. 49.

rung stets vergegenwärtigen sollte, wenn man den Ausdruck des Bösen verwendet. Man darf ihn nicht zu einem Instrument der Verdammung werden lassen, einem Label, das die Lizenz zur ungezügelter Bekämpfung liefert. Wenn es aber so ist, dass verschiedene Wissenschaften – und gemeint sind hier insbesondere die normativen Wissenschaften – über dasselbe Phänomen sprechen, wie Lüderssen sagt, dann sollte auch die an den Grundlagen interessierte Rechtswissenschaft vor einem analytischen Begriff der *bösen Tat* nicht zurückschrecken.¹²³ Das ermöglicht einerseits eine Öffnung der Rechtswissenschaft hin auf Diskussionsstände in anderen Disziplinen. Es trägt andererseits aber auch dazu bei, dass diese anderen Disziplinen besser sehen, was im Recht passiert – denn ansonsten sprechen Rechtsexpertinnen und -experten rechtsintern über Themen der Moral, ohne dass dies anderen Disziplinen überhaupt bemerkbar wird.¹²⁴

2. Grundidee der Untersuchung: Höchstes Unrecht als böse

Wenn man, wie ich soeben betont habe, nicht von vornherein ausschließt, dass für den Begriff des Bösen im Recht nichts zu holen ist, so stellt sich die Frage, *wo* im Recht das Böse zu finden ist.

Ein Ansatzpunkt könnte insofern die Verwendung des Ausdrucks des Bösen in Gesetzestexten sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet ihn explizit für den Fall, dass jemand einen ihm zumutbaren Zwischenverdienst „böswillig unterlässt“.¹²⁵ Das Strafgesetzbuch

123 Bezeichnendes Ergebnis der Selbst-Exklusion des Rechts aus dem Diskurs ist insofern, dass Noller, Theorien des Bösen, ein breites Spektrum an Perspektiven aus verschiedenen Disziplinen liefert, das Recht aber nicht vorkommt. Im von Noller herausgegebenen interdisziplinären Sammelband, Über das Böse, taucht das Recht gegen Ende hin auf, liefert (mit dem hier besprochenen Beitrag von Petra Wittig) aber eine Absage.

124 Insofern kann die mit der Öffnung einhergehende Überprüfbarkeit zur Limitierung des Phänomens beitragen, das Peter Niesen als „moralische Expertokratie“ analysiert, nämlich die Verwendung „moralischer Argumente als Lizenz zur Rechtssetzung, Rechtsfortbildung und Rechtsänderung“ durch Expertenkulturen, Niesen, Legitimität ohne Moralität, S. 34 ff.

125 § 615 Bürgerliches Gesetzbuch.

gebraucht einige Male das Wort „böswillig“: etwa wenn es um die „böswillige Vernachlässigung“ der Pflicht geht, für Schutzbefohlene zu sorgen.¹²⁶ Das Delikt der Volksverhetzung setzt voraus, dass der Täter eine Gruppe „böswillig verächtlich macht“.¹²⁷ Auch außerhalb des Gesetzestextes begegnet man dem Begriff des Bösen in rechtlichen Konzepten. So kennt das Zivilrecht den bösen Scherz bei der Abgabe einer Willenserklärung,¹²⁸ den bösen Glauben beim Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten,¹²⁹ im Öffentlichen Recht spricht man vom bösen Schein der Parteilichkeit im Vergabeverfahren.¹³⁰

Zwar zeigt die Verwendung, dass sich das Recht der Rede vom Bösen nicht vollends verschließt. Als Annäherung an das Böse erscheint es allerdings vielversprechender, danach zu schauen, welches Verhalten das Recht als besonders verwerflich, also als extremer Missbilligung wert erachtet – ohne es explizit als böse zu bezeichnen.¹³¹ Denn auch in der Philosophie wird der Begriff des Bösen üblicherweise als Steigerung des moralisch Schlechten angesehen,¹³² also mit demjenigen in Verbindung gebracht, wozu äußerste Ablehnung zum Ausdruck zu bringen angemessen ist. Verfährt man in

126 § 225 Strafgesetzbuch.

127 § 130 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 1c Strafgesetzbuch.

128 Regelt in § 116 S. 1 Bürgerliches Gesetzbuch.

129 § 932 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch spricht zwar explizit nur negativ davon, dass jemand „nicht in gutem Glauben“ ist, die Redeweise vom „bösen Glauben“ (mala fides) beziehungsweise von der Bösgläubigkeit ist allerdings in Bezug darauf etabliert, s. etwa *Klinck*, in: beck-online. Großkommentar zum Zivilrecht, BGB § 932 Rn. 30 f., aber auch ganz generell als Rechtsbegriff, vgl. nur im Rechtswörterbuch *Fuchs*, Lemma Böser Glaube. Ausdrücklich im Gesetzestext findet sich der Ausdruck „bösgläubig“ in § 8 Abs. 2 Nr. 14 Markengesetz.

130 Etwa Bundesgerichtshof (Kartellsenat), Urteil vom 12.10.2021 – EnZR 43/20, Rn. 35, der mit der Formulierung vom zu vermeidenden „böse[n] Schein“ mangelnder Objektivität eine verfassungsgerichtliche Wendung aufgreift (BVerfGE 148, 69 Rn. 70, wo es um die Neutralität der Richterrolle geht).

131 *Mitsch*, § 1 Tötungsdelikte, Rn. 17, assoziiert die Verwerflichkeit explizit mit dem Wort „böse“: Anstelle von „verwerflich“ könne man ebenso „schlimm“, „schlecht“, „übel“ oder „böse“ sagen. Mitsch geht es dabei freilich darum, zu zeigen, dass der Begriff der Verwerflichkeit an sich inhaltsleer ist und als solcher die Abgrenzung zwischen Totschlag und Mord nicht trägt.

132 *Wolf*, Das Böse, S. 4: „Definition: ‚Böse‘ bezeichnet das, was mehr als nur moralisch falsch ist oder was schrecklich falsch ist. Es ist das spiegelbildliche Gegenteil von dem, was über alle Pflicht hinaus gut ist (das Supererogatorische).“

dieser Weise, dann kann der prospektive Fundort nicht das Bürgerliche oder das Öffentliche Recht sein, sondern allein das Strafrecht.

Gibt es nun im Strafrecht Verhaltensweisen, die in besonderer Weise als verwerflich erachtet werden? Ja. Und zwar gibt es Straftatbestände, die sich von allen anderen kriminalisierten Verhaltensweisen abheben. Die erste, wohl wichtigste Besonderheit, die sie von den restlichen Delikten abhebt, besteht darin, dass sie zwingend die Höchststrafe vorschreiben.¹³³ Es gibt dort also – was in Rechtswissenschaft und -praxis durchaus kritisch betrachtet wird – grundsätzlich keinen Spielraum für Überlegungen der Strafzumessung.¹³⁴ Diese zwingende Höchststrafwürdigkeit findet sich bei zwei Arten von Delikten. Das erste ist der Mord. Bereits jeder Totschlag (§ 212 Strafgesetzbuch), also die intentionale Tötung eines anderen Menschen ohne dessen Einwilligung, scheint in hohem Maße verwerflich zu sein. Doch das Recht knüpft die Höchststrafwürdigkeit erst an den Mord (§ 211 Strafgesetzbuch). Dieser hebt den Totschlag durch die Verwirklichung sogenannter Mordmerkmale auf eine kategorial andere Stufe. Die zweite Art der Delikte, die zwingend die Höchststrafe vorsehen, bilden Delikte des Völkerstrafrechts, und dabei lediglich die ausgewählten schwersten Varianten unter diesen. Kurz gesagt, sind das Genozid, das Verbrechen der Aggression und bestimmte Varianten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie der Kriegsverbrechen.

Dass diese Verhaltensweisen geeignete Kandidaten sind, um aus ihnen die im Recht enthaltene Konzeption des Bösen zu explizieren, zeigt sich an einer zweiten Besonderheit, nämlich daran, dass diese Verhaltensweisen¹³⁵ nicht nur als höchststrafwürdig angesehen wer-

133 Das nationale Strafrecht kennt als Höchststrafe die lebenslange Freiheitsstrafe. Während etliche Normen eine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe möglich werden lassen (etwa Hochverrat, besonders schwerer Raub, schwerer Landfriedensbruch), ist die Höchststrafe nur in einigen wenigen Fällen *obligatorisch* auszusprechen.

134 Dem Worte nach lautet die Höchststrafe „lebenslange Freiheitsstrafe“. Aus der Menschenwürde (BVerfGE 45, 187, 228) folgt aber, dass „auch dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleiben muß, je seine Freiheit wiedererlangen zu können“ (ebd., 239). Siehe a. § 57a Strafgesetzbuch.

135 Für den Mord ergibt sich das aus § 78 Abs. 2 Strafgesetzbuch; für die Völkerrechtsverbrechen aus § 5 Völkerstrafgesetzbuch (der sämtliche Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch für unverjährbar erklärt).

den, sondern darüber hinaus, anders als alle anderen Verbrechen, jedenfalls nach nunmehr geltendem Recht¹³⁶ nicht verjähren.¹³⁷ Dieser Umstand bringt, so könnte man sagen, zum Ausdruck, dass bei solchen Taten das neben der materiellen Wahrheit anvisierte Ziel des Rechts, nämlich das Ziel, Rechtsfrieden¹³⁸ zu schaffen, gegenüber der Wahrheit völlig in den Hintergrund tritt. Oder salopp formuliert: Auch über schwerstes Unrecht kann Gras wachsen, es kann verjähren, bei gewissen Taten aber kann auch die Zeit nicht heilen.

Die besondere Hervorhebung der genannten Delikte wurde – das sei ergänzend bemerkt – zumindest vorübergehend mit einer dritten Kennzeichnung herausgehoben. So führte der Gesetzgeber im Jahr 2021 einen nur für diese Verbrechen geltenden Grund zur Wiederaufnahme ein: Danach sollte das Strafverfahren trotz rechtskräftigen Freispruchs wiederaufgenommen werden können, sofern sich später neue Tatsachen ergeben.¹³⁹ Dieser Grund zur Wiederaufnahme ist eine gewichtige Ausnahme zum sonst geltenden rechtsstaatlichen Grundsatz des *ne bis in idem*, wonach eine spätere Aufnahme *zulasten* eines Verurteilten nicht zulässig ist.¹⁴⁰ In den Fällen der hier

136 Die Anordnung der Unverjährbarkeit von Mord erfolgte erst nach langer Verjährungsdebatte im Jahr 1979 (16. Strafrechtsänderungsgesetz v. 16. Juli 1979, BGBl. I, S. 1046), primär deshalb, um klarzustellen, dass unter die NS-Verbrechen strafrechtlich kein Schlusstrich zu ziehen ist, so *Simon*, *Hamburger Justiz*, S. 15. Vgl. insgesamt zur Geschichte der Unverjährbarkeit *Asholt*, *Verjährung im Strafrecht*, S. 450 ff.

137 Der Umstand der Unverjährbarkeit wird in der Rechtswissenschaft kritisch reflektiert. *Asholt*, *Verjährung im Strafrecht*, hält am Maßstab seiner Konzeption, wonach die Relevanz eines konkreten Unrechts über die Zeit abnimmt (S. 281 f.), die Unverjährbarkeit des Mordes für nicht zu rechtfertigen (S. 463), hegt Zweifel auch bei schwersten Völkerrechtsverbrechen (S. 466 f., offenlassend). Dem steht freilich das hiesige Ansinnen, das das Label der Unverjährbarkeit als Sonde für maximale Verwerflichkeit verwendet, nicht entgegen.

138 Hier verwendet im Sinne von Entscheidungsbeständigkeit, also Rechtssicherheit; zu einem differenziertem Begriff des Rechtsfriedens umf. *Kulhanek*, *Rechtsfrieden*, S. 38 ff., insbesondere zum Verständnis als potentielles „Meta-Verfahrensziel“ (ebd., S. 177 ff.).

139 Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit vom 21.12.2021, BGBl. I, S. 5252 f.

140 Eine Ausnahme vom Grundsatz wird sonst nur dann gemacht, wenn das Urteil unter ganz besonderen Umständen zustande kam, etwa ein in der Sache belasteter Richter mitgewirkt hat. Vgl. die angeführten Gründe in Nr. 1–4 von § 362 Strafprozessordnung. Die Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten ist hingegen einfacher möglich, s. § 359 Strafprozessordnung.

in Rede stehenden Delikte sollte eine Wiederaufnahme nunmehr möglich sein. Wenngleich diese Markierung durch das Bundesverfassungsgericht wegen Verstoßes gegen das Verbot der Mehrfachbestrafung mittlerweile wieder aufgehoben wurde,¹⁴¹ artikuliert das Gesetz gleichwohl die Einschätzung des damaligen Gesetzgebers, dass es sich bei den genannten Delikten um eine Kategorie von exzeptioneller Verwerflichkeit handelt.

Liegt es angesichts der besonderen Kennzeichnungen als maximal verwerflich nun nicht nahe, solche Taten als *böse* anzusehen? Damit ist die Grundidee der Untersuchung ausgesprochen: Ich werde untersuchen, ob sich aus den als besonders verwerflich gekennzeichneten Verhaltensweisen der Kern ausmachen lässt, der die Bewertung als böse begründet.

Ohne der Darstellung und Analyse der Delikte im nächsten Kapitel vorzugreifen, lässt sich bereits an dieser Stelle das Grobergebnis nennen. Das Gesetz fordert zwar bei den genannten Delikten jeweils einen ganz erheblichen Schaden, nämlich den Tod eines Menschen. Diese Schädigung ist aber, wenn auch notwendige Bedingung, so doch nicht das Entscheidende. Denn der Tod eines Menschen wird für eine bloß *fahrlässige* Tötung ebenfalls vorausgesetzt. Das Kriterium, das ein Verhalten, welches einen schweren Schaden bewirkt, zu einer bösen Tat werden lässt, macht das Recht, wie ich zeigen möchte, vielmehr im Subjektiven fest, nämlich in den Einstellungen, die in dem Verhalten des Täters zum Ausdruck kommen. Das für die Wertung als böse entscheidende Plus liegt im *besonders verwerflichen Motiv*.

Es bestätigt sich insofern die bereits alltagssprachlich aufgefangene Intuition, wenn wir das Urteil der bösen Tat abstreiten wollen: „Es war nicht böse gemeint.“ Das Böse liegt, auch dem Recht zufolge, im Verhalten, das böse *gemeint* war. Was das genau bedeutet, um welche Motive es sich handelt und wie sich die Motive zu der im Recht enthaltenen Konzeption der bösen Tat generalisieren lassen, wird Inhalt des nächsten Kapitels (IV) sein.

Bevor wir aber zur Durchführung der soeben skizzierten Idee kommen, möchte ich im Rest des vorliegenden Kapitels zwei weitere

141 BVerfG, Urteil vom 31.10.2023 – 2 BvR 900/2 = NJW 2023, 3698. Vgl. dazu *Kusche*, Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen, S. 319 ff.

vorbereitende Überlegungen adressieren. Beide Überlegungen haben mit der soeben benannten These zu tun, dass das Böse im verwerflichen Motiv liegt. Einmal geht es um die Frage, ob mit dem Tatbestand des Mordes nicht eine Regelung fruchtbar gemacht wird, die von historisch bemakelter Herkunft und womöglich Ausdruck von NS-Rechtsdenken ist (III.4). Davor wiederum soll es jedoch um eine Begriffsklärung gehen. Wenn es, wie gesagt, bei der Durchführung der Idee wesentlich um böse Motive geht, erscheint es angezeigt, den Begriff des Motivs von seinen Nachbarn abzugrenzen: Vorsatz, Intention und Schuld. Diese Abgrenzung soll der unmittelbar folgende Abschnitt leisten (III.3).

3. Motiv, Intention, Vorsatz, Schuld: Abgrenzungen

Wollen wir die bösen Motive im Recht suchen, so bedarf es vorweg der Erklärung, was überhaupt gemeint ist, wenn von *Motiven* die Rede ist. Zu erläutern ist dabei auch, in welcher Beziehung ein Motiv zu *intentionalem* Handeln beziehungsweise zu *vorsätzlichem* Verhalten steht. Zur Klärung der Frage ziehe ich die analytische Einteilung von Elisabeth Anscombe in ihrem Werk *Intention* heran. Nach Anscombe ist ein Verhalten dann als intentionale Handlung zu qualifizieren, wenn die Frage nach dem *Warum* des Verhaltens in einer ganz bestimmten Weise beantwortet werden kann: nämlich indem man nicht nur Ursachen, sondern Handlungsgründe angeben kann, die eine Person zu einem bestimmten Verhalten brachten.¹⁴² Ein einfaches Beispiel wäre der Fall, dass die Person als Antwort auf die Frage ein Wollen ihrerseits nennt: Warum hast du die Tür geöffnet? Ich hatte das Verlangen nach frischer Luft.

Ein Verhalten als eine intentionale Handlung auszuweisen, sei nun, so Anscombe, etwas anderes, als Motive der Handlung anzugeben. Bei Motiven handle es sich um einen Begriff, der weiter sei als jener der Intention. Er führe auf das Feld der Ethik und Psychologie,

142 Anscombe, *Intention*, § 5 (S. 9 f.). Freilich möchte Anscombe zeigen, was genau unter Handlungsgründen zu verstehen ist, denn der Begriff der Handlungsgründe ist selbst wenig erhellend, ebd., § 5 (S. 9).

weg von der Handlungstheorie.¹⁴³ Motive würden dazu anleiten, eine Handlung in einer bestimmten Weise zu verstehen; sie *interpretieren* also eine Handlung. Motive würden Verhalten *erklären*, im Gegensatz zu Intentionen würden sie Handlungen jedoch nicht *hervorrufen*.¹⁴⁴

Motives may explain actions to us, but that is not to say that they „determine“, in the sense of causing, actions. We do say: „His love of truth caused him to ...“ and similar things, and no doubt such expressions help us to think that a motive must be what produces or brings about a choice. But this means rather „He did this in that he loved the truth“; it interprets his action.¹⁴⁵

Anscombe unterteilt Motive in verschiedene Kategorien. Sie unterscheidet vergangenheitsgerichtete Motive (wie etwa Rache, Dankbarkeit, Reue)¹⁴⁶ und allgemeine Motive (Neugier, Verzweiflung, Bewunderung, Gehässigkeit, Wahrheitsliebe, Freundschaft, Angst); die allgemeinen Motive könnten in bestimmten Fällen auch zukunftsgerichtet sein. In diesem Fall sind sie zugleich eine Intention. Wenn ich etwa sage: „Er tut x aus Angst“, dann komme es gleich zu sagen: „Er tat es, damit x nicht passiert“.¹⁴⁷ Die Angst ist einmal als allgemeines zukunftsgerichtetes Motiv („aus Angst“) formuliert, einmal als Intention („damit x nicht passiert“). Um es nochmals zu pointieren: Während es also Motive gibt, die mit einer Intention zusammenfallen und damit handlungsauslösend sind, wie gerade bei der Angst demonstriert, gibt es andere, bei denen dies nicht der Fall ist. Solche anderen Motive benennen nicht Gründe für eine Handlung, sondern *beschreiben* die Handlung. Derartige Motive ließen sich am besten so vorstellen, als ob man aufgefordert würde, eine Handlung „in einem bestimmten Licht zu sehen“: „To explain one’s own actions by an account indicating a motive is to put them in a certain light.“¹⁴⁸

143 Anscombe, Intention, § 12 (S. 19). Dies veranlasst auch Bung dazu, die Motive aus dem Bereich des Vorsatzes auszuschließen, Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 152. Siehe näher dazu Fn. 150.

144 Anscombe, Intention, § 12 (S. 19).

145 Anscombe, Intention, § 12 (S. 19).

146 Anscombe, Intention, § 13 (S. 20).

147 Anscombe, Intention, § 13 (S. 21).

148 Anscombe, Intention, § 13 (S. 21). Auf diese Passage verweist Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 160. Bung unterstreicht zudem Anscombes Bedenken

Diese schillernde Eigenschaft von Motiven, teilweise als erklärend, teilweise als hervorruhend aufzutreten, lässt sich meines Erachtens damit einfangen, dass man von *handlungsauslösenden* und *handlungsprägenden* Motiven spricht. Im Falle des „Motivs der *Bereicherung*“¹⁴⁹ etwa scheint es sich ganz regelmäßig um ein handlungsauslösendes Motiv zu handeln. Das Motiv der Freundschaft wäre hingegen der Fall eines Motivs, das die Handlung lediglich prägt. Am Beispiel: Er lieh mir sein Buch *aus* Freundschaft. Handlungsauslösend war nicht die Freundschaft, sondern die Bitte. Die Freundschaft bildet aber das Motiv, das die Handlung prägt – und ist je nach Kontext das Entscheidende.

Mithilfe dieser Unterscheidung kann man sich klarmachen, in welchem Verhältnis Motive zum Phänomen des Vorsatzes stehen, zumindest wenn man bereit ist, das Konzept der intentionalen Handlung mit dem Konzept vorsätzlichen Verhaltens gleichzusetzen. Fragt man nach dem *Warum* eines Verhaltens, so ist vorsätzliches Verhalten dann gegeben, wenn die Frage mit „ich wollte“ beantwortet wird. Vorsatz ist also dann gegeben, wenn sich das Verhalten als Realisierung eines Plans beschreiben lässt. Dabei ist „Plan“ in einem dünnen Sinne zu verstehen: Am Beispiel: „Du hast ihr Sachverhalt S erzählt. Warum?“; „Ich wollte es; mein Plan war, sie über Sachverhalt S zu informieren. Ihr von S zu erzählen, erschien mir eine effektive Möglichkeit, diesen Plan zu realisieren.“

Während die Frage nach dem Vorsatz also das Wollen betrifft, meint die Frage des Motivs einerseits die Frage nach dem *Weswegen-Wollen*, sie fragt also, weshalb die Handlungsgründe bestehen (handlungsauslösende Motive). Warum wolltest du dieses Wollen, oder: Warum wolltest du diesen Plan? „Ich wollte es, weil ich ihn warnen wollte (indem ich ihm Sachverhalt S erzähle).“ Das Warnen-Wollen war im Beispielfall also das handlungsauslösende Motiv. Andererseits kann die Frage nach dem Motiv auch die Einstellungen betreffen, die das Verhalten prägen, also handlungsprägende Motive darstellen. Es geht dann um die Frage, ob Einstellungen deutlich werden, die das Verhalten in signifikanter Weise einfärben, das

bezüglich der Wahrheitsfrage: was also das *wahre* Licht ist, in das man eine Handlung stellt (ebd., S. 161).

149 „Motive of gain“, so Anscombe, Intention, § 12 (S. 18). Anscombe führt an diesem Beispiel vor, wie merkwürdig es ist, wenn man differenziert, dass *Bereicherung* die Intention und das *Verlangen nach Bereicherung* das Motiv sei.

Verhalten in einem bestimmten Licht erscheinen lassen. Es geht, mit anderen Worten, um die Frage des *Wie-Wollens*: Wie war das Wollen gemeint beziehungsweise als wie gemeint stellt es sich dar? Im Beispielfall: „Ihm Sachverhalt S zu erzählen, war eine freundschaftliche Geste. Freundschaft war mein Motiv.“ An einem weniger freundlichen Beispiel: Du hast das Messer in schneller Weise in Richtung seines Torsos bewegt. Warum? Ich wollte, dass das Messer ihn schneidet und er an dem Stich verstirbt. Mein Plan war, ihn zu töten. *Warum* wolltest du dieses Wollen, warum wolltest du diesen Plan? Ich wollte es, weil ich mich bereichern wollte. *Wie* war das Wollen gemeint beziehungsweise als wie gemeint erscheint es? Mein Handeln war von Verzweiflung geprägt. Verzweiflung war mein Motiv.

Um es zusammenzufassen: Bei der Frage des Vorsatzes geht es um das *Wollen*. Die Frage des *Motivs* wiederum bezieht sich auf ebendieses Wollen¹⁵⁰ und kann zweierlei betreffen: einerseits das *Weswegen-Wollen*, andererseits das *Wie-Wollen*.

Und um die hier skizzierte Abgrenzung von Kategorien subjektiver Zurechnung zu vervollständigen, ist das Konzept der Schuld hinzuzunehmen: Bei der Frage der Schuld geht es schließlich um die Frage, ob der Täter sein Wollen überblicken und steuern konnte, ob er sein Wollen „wirklich wollte“. Es geht bei der Schuld also um das *Wollen-Wollen*.¹⁵¹ Am Beispiel: Eine Drogenabhängige wollte sich eine Dosis an Rauschgift zuführen (Vorsatz/Wollen); sie wollte dies, um ihr Problem P zu verdrängen (Weswegen-Wollen). Sie war beim Akt des Konsums allerdings nicht in der Lage, ihre Sucht zu

150 Hingegen möchte *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 152, die „Motive oder Beweggründe“ aus dem Bereich des Vorsatzes heraushalten und sie dem Thema der Schuld zuschlagen. Es gehe nicht mehr um Handlungstheorie, sondern um Psychologie. Die Zuordnung zur Schuld erscheint mir möglich, die besseren Gründe sprechen meines Erachtens aber dafür, dass die „oberflächlichen“ Motive, die das Recht interessieren (s. dazu Kap. V.2), auf das primäre Wollen bezogen und insofern dem Vorsatz zuzuordnen sind (möglicherweise gibt es darüber hinaus auch Motive bezüglich des „Wollens zweiter Stufe“, vgl. dazu Fn. 151). Vgl. auch zur Einordnung der Mordmerkmale Fn. 242.

151 Siehe zur Rekonstruktion der Schuld als Wollen-Wollen unter Bezugnahme auf Harry G. Frankfurt's Volition erster und zweiter Stufe (vgl. *Frankfurt*, Freedom of the Will and the Concept of a Person, S. 10 ff.), *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 255 ff.

kontrollieren, es fehlte ihr an Steuerungsfähigkeit. Es mangelte am Wollen ihres Wollens (es fehlt am Wollen-Wollen).

Für die vorliegende Untersuchung ist nun wichtig, dass wir das böse Motiv theoretisch im Wollen, im Weswegen-Wollen oder im Wie-Wollen finden können. Die Schuldfähigkeit hingegen betrifft die Frage, ob wir dieses böse Wollen auch zum Vorwurf machen können – und wurde als Voraussetzung für das Vorliegen einer bösen Tat oben bereits ausgeschieden.¹⁵²

4. „Mörder ist“: NS-Rechtsdenken? Gesinnungsstrafrecht?

Bevor ich nun die vorgestellte Idee ins Werk setze, nämlich das Böse im Recht explizit mache, ist die Skepsis der Rechtswissenschaft gegenüber dem Begriff des Bösen, die bereits zu Beginn des Kapitels Thema war (Kap. III.1), noch um einen weiteren Aspekt zu ergänzen. Der Vorbehalt, den ich meine, folgt nicht aus dem Begriff des Bösen als solchem, sondern er ergibt sich aus dem soeben skizzierten Weg der Annäherung, das Böse im Recht insbesondere in der aktuellen Regelung über den Mord festzumachen. Denn die Vorschrift, in der ich gewissermaßen paradigmatisch das Böse im Recht ausgedrückt sehe, scheint in Anbetracht ihrer Herkunft selbst ein „Werk des Bösen“ zu sein. Warum das? Kurz gesagt, lautet der Vorwurf, dass der geltende Mordparagraph (§ 211 Strafgesetzbuch) dem Denken nationalsozialistischer Rechtserneuerung entstammt, das ethisierend auf die Gesinnung des Täters abstellt.¹⁵³ Auch für die jüngste Initiative zur Reform des Mordparagraphen war diese Prägung ein Anlass, wie an den Worten des Justizministers deutlich wird, die er einleitend an die Expertenkommission richtete: „Der Mordparagraph passte zur Strafrechtsideologie der Nazis.“¹⁵⁴ Später

152 Siehe zur Entkopplung der „bösen Tat“ von der Frage der strafrechtlichen Schuld (im Sinne von Vorwerfbarkeit) oben Kap. II.3.

153 Vgl. zur Entwicklung des Strafrechts während der NS-Zeit die Skizze *Kuhli*, Grundzüge der Strafrechtsgeschichte. Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart – Teil I, S. 25 f.

154 Die Zitate entstammen der Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas zum Auftakt der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte am 20. Mai 2014, in: Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, S. 1.

heißt es dort nochmals explizit: „Reformbedürftig ist der Mordparagraph nicht allein auch, weil er vom Ungeist der Nazi-Ideologie geprägt ist. Dieses alte Recht produziert auch ganz handfeste Schwierigkeiten für die Justizpraxis.“¹⁵⁵

Ist die Regelung über den Mord also ein Produkt der NS-Ideologie? In der Tat stützt den Eindruck, dass es sich bei dieser Regelung um ein Erbe des NS-Rechts handelt, der Zeitpunkt, zu dem der Mordparagraph eingeführt wurde, nämlich das Jahr 1941.¹⁵⁶ Konzeptuell bildet die Regelung eine Abkehr von der römisch-rechtlichen Tradition, wonach der Mord vom Totschlag sich dadurch abhebt, dass der Täter beim Mord mit Überlegung handelt.¹⁵⁷ Anstelle des Kriteriums der Überlegung¹⁵⁸ zählt die gegenwärtige Regelung des Mordes Beweggründe, Begehungsweisen sowie Zwecke auf, die eine Tötung als besonders verwerflich erscheinen lassen und wegen dieser Eigenschaft als Mord definieren.¹⁵⁹

Versteht man die sich daraus ergebenden Mordmerkmale so, dass sie eine Person charakterisieren, also ein Wesensmerkmal der Person erfassen, so kann man darin die Lehre von den Tätertypen¹⁶⁰ umgesetzt sehen, durch die der Versuch unternommen wurde, unter Fokussierung auf Personen statt auf Taten das Kriminalsystem an Typen von verbrecherischen Menschen auszurichten.¹⁶¹ So analysiert Monika Frommel die Verlagerung weg von der Tat hin zur Person im NS-Recht folgendermaßen:

Die nationalsozialistische „Rechtserneuerung“ verstand sich von Anfang an als konsequente Umbildung des überkommenen Tatstrafrechts in Richtung eines Täterstrafrechts, das in großem Ausmaß mit Hilfe von

155 Ebd., S. 3.

156 Vgl. zur Gesetzesgenese neuerdings Plüss, Der Mordparagraph in der NS-Zeit, S. 176 ff.

157 Vgl. zum Kriterium der Überlegung Safferling, Die Prämediationslehre zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, S. 809 ff.

158 Die frühere Fassung des Mordparagraphen (Reichsstrafgesetzbuch v. 15. Mai 1871, RGBL., S. 127) lautete: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.“

159 Siehe die ausführliche Darstellung des Mordparagraphen in Kap. IV.1.

160 Vgl. dazu Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 Strafgesetzbuch im Jahre 1941, S. 560 ff.

161 Vgl. dazu etwa Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, S. 95 ff.

III. Vorbereitende Überlegungen: Kann uns das Recht etwas über das Böse sagen?

Gesinnungsmerkmalen die dauerhaft niedrige, gemeine, verwerfliche oder gefährliche Gesinnung des jeweiligen Tätertyps charakterisieren sollte. Die Umbildung begann bereits 1933 mit dem Gewohnheitsverbrechergesetz, das auf dem sog. kriminologischen Typus des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers beruhte. Sie erreichte ihren Höhepunkt im Kriegsstrafrecht und seinen sog. normativen Tätertypen wie z. B. dem „Volksschädling“ der VolksschädlingsVO aus dem Jahre 1939 und dem „Gewaltverbrecher“ der GewaltverbrecherVO aus dem Jahre 1941.¹⁶²

Die Tätertypenlehre¹⁶³ ist Teil eines größeren Projekts der „totalen ‚Ethisierung‘ des Strafrechts“.¹⁶⁴ Der Fokus des strafrichterlichen Urteils verschiebt sich: In den Hintergrund rücken die Tat und die Feststellung von Unrecht. Stattdessen geht es schwerpunktmäßig um die dauerhafte Gesinnung des Täters und primär um die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit.¹⁶⁵ Die Konzeption des NS-Rechtsdenkens trennte – bezogen auf den Mord – den Personentypus des bloßen Totschlägers von dem Personentypus des Mörders:¹⁶⁶ Die Person, die dem Tätertyp des Mörders entsprach, sollte aus der Volksgemeinschaft ausgestoßen werden. Die Person hingegen, die lediglich Juden oder andere „Feinde der Volksgemeinschaft“ tötete,

162 Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 Strafgesetzbuch im Jahre 1941, S. 560.

163 Der ursprüngliche Gedanke des normativen Tätertyps und der Täterschaftstypen von Erik Wolf ist allerdings noch kein nationalsozialistisches Gedankengut, so Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, S.120. Wolf habe die Vorstellung – erst nach seinem „nationalsozialistischen turn“ (S.123) – zum „völkischen ‚Gesinnungstypus‘ und „Typus des Volksfeinds“ weiterentwickelt (S.125). Vgl. auch zur Differenzierung zwischen dem kriminologischen Tätertyp und dem normativen Tätertyp durch Roxin/Greco in Fn. 166.

164 Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 Strafgesetzbuch im Jahre 1941, S. 560.

165 Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 Strafgesetzbuch im Jahre 1941, S. 560 f., mit Hinweis auf die begrifflichen Hüllen, etwa „Gesinnungsverfall“, „Verbrechen als Pflichtverletzung“, „Lebensführungsschuld“.

166 Eine weitgehende Trennung („nicht viel zu tun“) von der Lehre vom kriminologischen Tätertyp, die sich auf die Persönlichkeit beziehe, und der Lehre vom normativen Tätertyp, betonen Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 6 Rn. 11. Bei der Lehre von normativen Tätertyp wird die einzelne Tat mit einer solchen Tat verglichen, die dem Vorstellungsbild einer tatbestandstypischen Verhaltensweise entspricht; es handelt sich um „eine besondere Methode zur Auslegung von Tatbeständen im Rahmen des Tatstrafrechts“ (ebd.).

sollte bloße Totschlägerin sein, die den Ausschluss aus der Volksgemeinschaft nicht verdiente.¹⁶⁷ Frommel liefert für diese Unterscheidung von verachtenswertem, auszustoßendem Mörder und dem Totschläger von an sich richtiger Gesinnung ein eindrückliches Beispiel eines Feldurteils. Darin wurde ein Kriegsverwaltungsinspektor, der ohne Befehl Massenerschießungen vollzogen hatte, wobei er nach Bekunden anderer Beteiligter geradezu lustvoll gehandelt hatte, nicht wegen Mordes, sondern lediglich wegen Totschlags verurteilt, zumal, wie das Gericht betonte, er die Juden umgebracht habe, um deren Kontaktaufnahme zu Partisanen zu verhindern.¹⁶⁸

Stellt nun diese bemakelte Herkunft des Mordparagraphen nicht die Idee der Untersuchung grundsätzlich infrage, weil der Rekurs auf die Mordvorschrift von vornherein unangebracht ist? Man mag entgegenen, dass die hier verfolgte These nicht *ausschließlich* anhand des Mordparagraphen, sondern auch anhand der Vorschriften des internationalen Völkerstrafrechts entwickelt werden soll. Und bei letzterem handelt es sich offenkundig um Regeln, die nicht unter Totalitarismusverdacht stehen, ja sogar um Regeln, die gerade in Reaktion auf die NS-Verbrechen fortentwickelt und konkretisiert wurden.¹⁶⁹ Gleichwohl würde der Makel des NS-Denkens nicht einfach geheilt, indem gleichsam „kompensierend“ *auch* internationale Regelungen herangezogen werden. Heilung oder Kompensation ist allerdings nicht nötig, wie ich darlegen möchte – nötig ist vielmehr Sensibilität. Denn die Behauptung, dass es sich bei dem heute geltenden Mordparagraphen im Kern um NS-Rechtsdenken

167 Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 Strafgesetzbuch im Jahre 1941, S. 563.

168 Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 Strafgesetzbuch im Jahre 1941, S. 563, mit Hinweis auf das von *Staff*, Justiz im Dritten Reich, S. 217, gelieferte Urteil. Anstößig ist hier nicht so sehr die Argumentation per se, nämlich dass es dem Angeklagten ausschließlich um die Unterbindung des Partisanenkontakts gegangen sei und er insofern nicht mit Mordlust gehandelt habe; anstößig ist vielmehr, dass das Gericht dieser Verteidigungslinie folgt und sämtliche Mordmotive ablehnt, obwohl es selbst eine „sadistische Veranlagung [für] augenscheinlich“ hält und meint, dass sämtliche Taten „auf dieser Linie [liegen], so die Erschießung der Juden, die nach Aussagen der übrigen Beteiligten geradezu den Eindruck eines Lustmordes gemacht hat, indem der Angeklagte die jammernden Frauen und Kinder mit einem wahren Sadismus ins Grab gestoßen habe“ (Zitate ebd.).

169 Siehe zur Genese des Genozidtatbestands Werle/Jeffberger, Völkerstrafrecht, Rn. 857 ff., insbes. 863.

handelt, überzeugt im Ergebnis nicht. Kurz gesagt, liegt das daran, dass zwischen dem Rechtsdenken des Nationalsozialismus und der Formulierung und Auslegung des Mordparagraphen zur Zeit seiner Entstehung ein Zusammenhang besteht. Der Zusammenhang ist jedoch, wie ich zeigen werde, kein notwendiger.

Zwar trifft es zu, dass der sprachlich explizite Fokus auf die Person – der Paragraph spricht vom „Mörder“¹⁷⁰ – dem Einfluss des NS-Rechtsdenkens entstammt, nämlich Ausfluss der oben erwähnten Lehre von den Tätertypen ist.¹⁷¹ Die Vorschrift wird aber nicht erst unter dem Einfluss des NS-Rechtsdenkens verständlich. Bereits der Umstand, dass Teile der Regelung nicht unähnlich in anderen Ländern existieren – Wolfgang Mitsch verweist etwa auf den französischen Code Pénal und das russische Strafgesetzbuch –, spricht dagegen, die inhaltliche Konzeption notwendig mit dem NS-Rechtsdenken in Verbindung zu bringen.¹⁷²

Äußerst gewichtig erscheint zudem der Umstand, dass sich die aus dem Jahr 1941 stammende Regelung nahezu vollständig an Überlegungen von Carl Stooss orientiert,¹⁷³ die dieser bereits im Jahr 1894 anlässlich der Reform des Schweizerischen Strafgesetzbuchs entwickelt hatte.¹⁷⁴ Stooss wandte sich in seinem Entwurf gegen die Kriterien, die die Frage des Mordes von der Frage abhängig machen, ob der Täter mit Vorbedacht beziehungsweise mit Überlegung tötete.¹⁷⁵ Um diese Kriterien abzulösen, die Stooss als allzu unsichere Unterscheidungsmerkmale betrachtete, befürwortete er die

170 Parallel findet sich in der Regelung zum Totschlag (§ 212 Strafgesetzbuch) die ebenfalls problematische personenbezogene Formulierung des „Totschlägers“.

171 Vgl. dazu *Frommel*, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, S. 560 ff.

172 Mitsch, „Entnazifizierung“ des § 211 StGB?, S. 91. Mitsch verweist hier auf Art. 105 Abs. 2 Strafgesetzbuch-Russische Föderation und Art. 221–2, 221–3, 221–4 Code Pénal.

173 Mitsch, „Entnazifizierung“ des § 211 StGB?, S. 92.

174 Vgl. *Stooss*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, S. 38: Art. 50 Abs. 2: „Tötet der Thäter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittelst Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.“

175 Vgl. dazu *Stooss*, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, S. 7 ff.

Einführung von klar umrissenen Tatbeständen.¹⁷⁶ Hintergrund des Entwurfs von Stooss war nicht die Tätertypenlehre des NS-Rechtsdenkens oder ein gedanklicher Vorläufer hiervon. Grundgedanke war das Bestreben von Stooss, eine möglichst bestimmte Regelung zu schaffen und dadurch das Maß an richterlichem Bewertungsspielraum zu reduzieren¹⁷⁷ – insoweit ein dem NS-Rechtsdenken geradezu gegenläufiger Gedanke.

Gewiss ist zu konstatieren, dass die im Jahr 1941 eingeführte Regelung nicht frei von Vereinnahmung durch das NS-Rechtsdenken blieb, nur weil sie sich weitgehend an der erheblich älteren Fassung von Stooss orientierte.¹⁷⁸ Zwei Hinweise zur NS-Rechtspraxis dürften genügen, um diese Vereinnahmung zu veranschaulichen. Zum einen wurde im Jahre 1935 § 2 des Strafgesetzbuches in der Weise modifiziert, dass den Richtern nun gestattet wurde, sämtliche Vorschriften des Strafrechts nach „gesundem Volksempfinden“¹⁷⁹ anzuwenden,¹⁸⁰ was freilich den Stooss'schen Gedanken der Bestimm-

176 „Durch das Moment des Vorbedachtes und der Überlegung werden Mord und Totschlag nicht in sicherer Weise von einander abgegrenzt[.]“ (Stooss, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, S. 8); s. auch die Referenz auf Stooss in BGHSt 9, 385, 387: Er habe einen (ähnlich lautenden) Vorentwurf als gerechtfertigt angesehen, weil er sich vom vagen Unterscheidungsmerkmal der Überlegung abhebe; vgl. zu den Schwierigkeiten einer am (psychologisch verstandenen) Kriterium der Überlegung durchgeführten Unterscheidung von Mord und Totschlag Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil I, Rn. 37.

177 Vgl. Stooss, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, S. 147. Stooss ging es freilich weniger um die Entziehung von Wertungsmacht, sondern mehr um die Reduktion von Schwierigkeiten für das Gericht, die bei der Feststellung des Vorbedachts bestanden (ebd.).

178 Differenzierend zur These, dass die Schweizer Vorentwürfe das Vorbild für den Mordparagrafen von 1941 gebildet haben Plüss, Der Mordparagraf in der NS-Zeit, S. 212 ff., die einschränkend konstatiert (S. 259 f.), dass die Schweiz als Vorläufer in Rechtsprechung und Literatur erwähnt werde, aber nicht ausnahmslos als Vorbild und vor allem nicht ausschließlich. Außerdem sei die Absicht einer entsprechenden Orientierung am Schweizer Entwurf weder von von Gleispach noch von der Strafrechtskommission explizit geäußert worden; ausf. S. 148 ff.

179 Vgl. zum Begriff des „gesunden Volksempfindens“ Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, S. 132 f., demzufolge dadurch das Parteiprogramm zur Rechtsquelle wurde; vgl. auch Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, S. 31 mit Fn. 83.

180 RGBl. I 1935, S. 839. § 2 Strafgesetzbuch lautet danach: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung

heit ad absurdum führt – der Mordparagraph wurde noch dazu mit einer Generalklausel versehen („oder sonst niedrige Beweggründe“), was den Grad der Unbestimmtheit weiter erhöhte.¹⁸¹ Zum anderen wird die Vereinnahmung an einer Überlegung zur Interpretation von § 211 Strafgesetzbuch deutlich, die der berüchtigte NS-Jurist Roland Freisler¹⁸² vortrug. Danach sollte trotz des Wortlautes, der den Nachweis von Mordmerkmalen verlangt, letztlich nicht deren Verwirklichung, sondern – abweichend vom Wortlaut – die Bewertung der Gesamtpersönlichkeit den Ausschlag geben.¹⁸³

Wenn also die Regelung des Mordparagraphen von der Vereinnahmung durch die Tätertypenlehre alles andere als frei ist, belegt ihre Herkunft in den Entwürfen von Stooss, dass sie nicht in notwendigem Zusammenhang zur problematischen Lehre vom Tätertypus steht.¹⁸⁴ Auch die Arbeit der jüngsten Expertengruppe zur Reform¹⁸⁵ des Mordparagraphen, die im Jahr 2015 ihren Bericht vorlegte, bestätigt diese These. Denn der Abschlussbericht der Expertengruppe, die anlässlich der Entnazifizierung an die Norm herangetreten war,¹⁸⁶ gelangte nicht etwa zu dem Ergebnis, dass die Vorschrift richtigerweise abzuschaffen sei. Neben der Streichung des auf den Tätertypus zielenden Wortlauts („Mörder“/„Totschläger“),¹⁸⁷ die tatsächlich zur unmissverständlichen Distanzierung von der Tä-

verdiert“; *Kuhli*, Grundzüge der Strafrechtsgeschichte. Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart – Teil 2, S. 276.

181 Die niedrigen Beweggründe sind eine genuine Schöpfung des NS-Rechts, *Mitsch*, § 1 Tötungsdelikte, Rn. 13.

182 Zu Freislers „von formalen Bindungen freie[m] Rechts- und Unrechtsbegriff“ vgl. *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, S. 39 f.

183 Vgl. den Hinweis bei BGHSt 9, 385, 388: Freislers Auffassung, wonach die Gesetz gewordene Fassung inhaltlich identisch sei (*Freisler*, Gedanken über das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches, Deutsche Justiz 1941, 929, 935) mit dem Entwurf von 1936, der als entscheidendes Kriterium die besondere Verwerflichkeit, die einzelnen Mordmerkmale nur als deren Regelfälle vorgesehen hatte, sei „ersichtlich unrichtig“.

184 Vgl. auch *Eser*, DJT-Gutachten 1980, D 31: Es sei „verfehlt, in dieser neuen Mordkonzeption originäres NS-Gedankengut erblicken zu wollen“.

185 Vgl. zu der Reformdebatte um § 211 Strafgesetzbuch insgesamt *Rissing-van Saan*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Vor § 211 Rn. 159 ff.

186 Siehe oben bei Fn. 154 f.

187 Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, S. 26.

tertypenlehre dringend geboten erscheint,¹⁸⁸ wurden von der Kommission vielmehr Anpassungen vorgeschlagen, um den Skopus einiger Merkmale zu justieren.¹⁸⁹ Dabei ging es unter anderem um die Frage, ob etwa das Merkmal der Heimtücke eine problematische Bevorzugung offener Tötungsgewalt im Sinne eines ehrenvollen Duells darstellt, weil auf diese Weise heimliches Vorgehen – und damit die stereotypen Tatmittel von Frauen¹⁹⁰ – grundsätzlich als mordwürdig eingestuft würden.¹⁹¹ Die prinzipielle Konzeption, Mord vom Totschlag mithilfe von Mordmerkmalen abzugrenzen, wurde – und das ist das für die hiesige Untersuchung Entscheidende – hingegen nicht im Ansatz infrage gestellt.¹⁹²

Dass eine Lesart des Mordparagraphen möglich ist, die mit dem Tatstrafrecht in Einklang steht, zeigt die Übernahme des Wortlauts durch den Gesetzgeber nach dem Zweiten Weltkrieg bis heute¹⁹³ und nicht zuletzt die über Jahrzehnte gefestigte Auslegung der Norm durch Rechtsprechung und Wissenschaft.¹⁹⁴ Genau besehen, bedeu-

188 So auch *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht Besonderer Teil 1, Rn. 37: Die bisher nicht unternommene Korrektur „gereicht ihm [dem Gesetzgeber; M.A.] nicht gerade zur Ehre“.

189 Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, S. 23. Das von der Expertengruppe befürwortete Konzept der Mordmerkmale an sich entspricht nahezu der aktuellen Rechtslage.

190 Darauf hinweisend, dass die gängige „Besorgnis, dass ‚eine schwache Frau, die den gewalttätigen Ehemann nachts im Schlaf oder mit Gift tötet‘, wegen Mordes verurteilt wird, angesichts der in der Rechtsprechung entwickelten Vermeidungsstrategien unbegründet sei, *Pisal*, Gender-Aspekte bei der Reform der Tötungsdelikte, S. 695.

191 Vgl. dazu *H. Schneider*, Thesen zur Heimtücke, S. 873 f. (gegen die Aufhebung des Merkmals ebd., S. 877 f.).

192 *Pisal*, Gender-Aspekte bei der Reform der Tötungsdelikte, S. 699, hält etwa die Mordmerkmale für sinnvoll, um die „Auswüchse eines patriarchalischen Macht- und Besitzdenkens“ zu delegitimieren; insofern diene die Bewertung als Mord dem Opferschutz.

193 *Rissing-van Saan*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Vor § 211 Rn. 120: Der Wortlaut sei durch die Nichtveränderung bei diversen Reformen des Strafgesetzbuchs in den gesetzgeberischen Willen aufgenommen worden und könne angesichts der vielfachen Überprüfung durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber daher „heute nicht überzeugend mit dem Hinweis auf seinen Ursprung in der nationalsozialistischen Zeit für obsolet gehalten werden“.

194 Insbesondere die genuin auf den NS-Gesetzgeber (*Mitsch*, § 1 Tötungsdelikte, Rn. 13) zurückgehende Generalklausel der „sonst niedrigen Beweggründe“ ist mit Blick auf den Grundsatz der Bestimmtheit in der Tat höchst pro-

tet die Einbeziehung von Motiven sogar überhaupt keine Modifizierung¹⁹⁵ des Konzepts vom Tatstrafrecht.¹⁹⁶ Es stellt nämlich keine Aufweichung des Tatstrafrechts dar, wenn man einem bestimmten Motiv nur *insofern* Relevanz beimisst, als das Motiv in der konkreten Tat zum Ausdruck kommt. Es geht dann nämlich nicht um die Zuschreibung von der Person anhaftenden Merkmalen, Charaktereigenschaften oder einen bestimmten Persönlichkeitstyp, sondern ausschließlich um die Interpretation des punktuellen Ereignisses der Tat.¹⁹⁷ Für relevant erklärt wird das Tatmotiv, nicht die Gesinnung.¹⁹⁸ Es geht um die Interpretation der Tat, die wegen des Tatmotivs eine besondere Stufe¹⁹⁹ der Verwerflichkeit erreicht: Die so motivierte Tat wird missbilligt, nicht die Person.

Ich fasse zusammen: Die Zeit der Einführung des Mordparagraphen nährt den Verdacht, dass die Vorschrift NS-Rechtsdenken mitführt. Der Kritik ist darin zuzustimmen, dass eine Distanzierung zur Tätertypenlehre, die auf problematische Urteile über die Gesamtpersönlichkeit abzielte, notwendig ist. Insbesondere ist deswegen die gesetzlich verwendete Terminologie vom „Totschläger“ und vom „Mörder“ zu tilgen. Gleichwohl ist entgegen der Kritik festzustellen, dass die Regelung und ihr Gedanke mit dem NS-Rechtsdenken nicht genau verbunden sind, sondern vielmehr eine Interpretation mit dem

blematisch. Nur die Tatsache, dass die Rechtsprechung hier über Fallgruppen „ein höheres Maß an Rechtsklarheit“ (*Rissing-van Saan/G. Zimmermann*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 211 Rn. 61) vermittelt, kann insoweit beschwichtigen.

195 So jedoch *Fronmel*, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, S. 562: „Stooss ging also von einem Tatstrafrecht aus, das durch subjektive Tatbestandsmerkmale modifiziert war.“

196 Nur wenn man Tatstrafrecht als Befreiung von Absichten und Motiven liest, kann man hier eine Aufweichung erkennen. Ob dies das zutreffende Verständnis des Konzepts vom Tatstrafrecht ist, wäre zu diskutieren.

197 Zutreffend *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 6 Rn. 17; vgl. ergänzend Fn. 166.

198 Darauf, dass Motive und Beweggründe auf der einen Seite und Gesinnung des Täters auf der anderen Seite klar trennbar und zu trennen sind, verweist *Hörnle*, Rezension zu Kelker, S. 276. Auch *Kühl*, Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, S. 85, möchte trennen zwischen Absichten und Motiven, die dem „Zugriff des Rechts eher preisgegeben werden [können] als die Gesinnung“.

199 Das Recht verwendet hierfür den technischen Begriff der „Qualifikation“. Zum Beispiel: Das Motiv der Mordlust qualifiziert die Tötung zum Mord.

Grundsatz des Tatstrafrechts möglich ist. Das folgt bereits aus der sprachlichen Interpretationsoffenheit der Regelung. Und gewichtiger noch belegen dies das historische Vorbild aus dem Jahre 1894 sowie die Auslegung der Vorschrift in der gegenwärtigen Rechtsprechung und Wissenschaft.²⁰⁰

Ergänzen möchte ich an dieser Stelle, dass sich auch eine mit dem Voranstehenden verwandte Sorge entkräften lässt: Gemeint ist die Kritik, dass ein Strafrecht, wenn es auf Motive abstellt, sich auf die Ebene eines mit einem freiheitlichen Rechtsverständnis unvereinbaren *Gesinnungsstrafrechts* begibt.²⁰¹ Der Kritik lässt sich entgegenhalten, dass das Abstellen auf Motive sich vom Etikett des Gesinnungsstrafrechts distanzieren lässt – was skizziert werden soll: Das im NS-Rechtsdenken konzipierte Gesinnungsstrafrecht zielte darauf, den in einer Tat zum Ausdruck kommenden *Gesinnungsunwert* zu erfassen. Um die Rede vom Gesinnungsunwert zu verstehen, ist es nötig, ein Element des NS-Strafrechts hinzuzunehmen, nämlich die Konzeption vom Verbrechen als Pflichtverletzung,²⁰² genauer: dem Verbrechen – nicht als Verletzung subjektiver Rechte, sondern primär²⁰³ – als Verletzung völkischer Gemeinschaftspflichten, wobei sich deren Inhalt und Umfang vollumfänglich nach der völk-

200 Selbst wenn die über die Jahrzehnte gefestigte Rechtsprechung, die die Vorschrift im Sinne des Tatstrafrechts auslegt, für den Versuch der „Quadratur des Kreises“ (so – allerdings im Jahr 1980 – *Frommel*, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, S. 563) hält, so bleibt es unbenommen, die in der Untersuchung explizierte Konzeption des Bösen im Recht als zu überwindende zu betrachten. Siehe dazu auch Kap. V.4.

201 In diese Richtung etwa *Timm*, *Gesinnung und Strafrecht*, passim, insbes. S. 76 ff. („Gesinnungsabstinenz des Strafrechts einer freiheitlichen Grundordnung“). Ein wesentlicher Grund für Timm liegt darin, dass ein vorsätzlicher Verhaltensnormverstoß nicht mehr steigerbar sei. Eine verwerfliche Gesinnung stelle das Recht nicht noch *mehr* infrage (S. 157 ff.). Für die Gegenseite *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, S. 522: Eine verwerfliche Gesinnung steigere das Maß, in dem der Täter das „wechselseitige Anerkennungsverhältnis“ verletzt. Insgesamt aus philosophisch-rechtlicher Perspektive zur Frage der Verbotsgrade *Grosse-Wilde*, Verbotsgrade und „kontra-normative“, hypothetische Welten, S. 136 ff., die er zugunsten der Steigerbarkeit (von Unrecht und von Schuld) beantwortet.

202 *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, S. 114.

203 Dazu *Günther*, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung, S. 454; *Stefanopoulou*, Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung, S. 113, Fn. 41.

kischen Sittenordnung bestimmten.²⁰⁴ Als Gesinnungsunwert wird demnach²⁰⁵ die in der Nichterfüllung von Gemeinschaftspflichten manifestierte Gesinnung betrachtet. Festgestellt wird dieser Gesinnungsunwert in einer Gesamtwürdigung der Person – ob diese *als Person*, eben ihrer Gesinnung nach, zur Volksgemeinschaft freundlich oder feindlich steht.²⁰⁶ Das zentrale Charakteristikum des NS-Gesinnungsstrafrechts besteht also darin, den Gesinnungsunwert zu erfassen, der an einer Gesamtbewertung einer Person als von Gemeinschaftswerten abtrünnig seiend festgemacht wird.

Eine Strafrechtskonzeption lässt sich nun nicht dadurch, dass sie für das Ausmaß des Unrechts einer Tat auf das Tatmotiv abstellt, als dem Verdikt eines nach der Unterscheidung in volkstreu und volksfeindliche Gesinnung konzipierten Strafrechts unterfallend betrachten. Das ergibt sich daraus, dass mit der Frage nach dem Motiv weder notwendig die Hypostasierung von Gemeinschaftspflichten einhergeht noch die Fokussierung auf die Gesamtperson mit ihr notwendigerweise verbunden ist. Überdies lässt sich bemerken, dass die Frage nach dem Tatmotiv dem geltenden Recht alles andere als unbekannt ist. Als Beispiele für Motive, die über den Verdacht des Gesinnungsstrafrechts erhaben sind, lassen sich Absichten anführen, die etwa für den Diebstahl und den Betrug dezidiert im Gesetzestext genannt werden.²⁰⁷ Beim Diebstahl wird die Absicht verlangt, sich die weggenommene fremde Sache zuzueignen. Beim Betrug wird die Absicht gefordert, einen Vermögensvorteil zu erlangen. Es ist unschwer zu sehen, dass die genannten Absichten, also Zueignungs- und Bereicherungsabsicht, einem Mordmerkmal, nämlich der Habgier, ihrem inhaltlichen Kern nach entsprechen – nur dass es bei den

204 *Stefanopoulou*, Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung, S. 113.

205 Also: wenn man die Lehren vom Tätertyp und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung zusammennimmt. Auf die Parallele der beiden Lehren, nämlich jeweils die Bestrafung des Gesinnungsunwerts zum Maßstab zu haben, verweist *Stefanopoulou*, Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung, S. 113.

206 *Stefanopoulou*, Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung, S. 113.

207 Man mag darauf hinweisen, dass es sich dabei lediglich um „kupierte“ Delikte handelte, die den objektiven Tatbestand ins Subjektive vorverlagern. Das ändert nichts daran, dass diese Absichten vorausgesetzt werden.

4. „Mörder ist“: NS-Rechtsdenken? Gesinnungsstrafrecht?

erstgenannten Absichten um den Schutz von Eigentum und Vermögen, bei der letztgenannten Absicht um den Schutz des Lebens geht.

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 verjähren.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 Grundmotiven 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 Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.*

(2) *Mörder ist, wer*

*aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, 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 Geschlechtstriebes (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: Schönke/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/Renzikowski, 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

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/Renzikowski*, 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 straffenden 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 *Begehungsweise*: 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 1, 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/Renzikowski, 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 den 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 Gefährlichkeitskonzeption 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 Unbeteiligter 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 rekurrieren, 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 Gefährlichkeitskonzeption 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 berücksichtigungswerte 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 strafschärfend 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 (*Kleszczewski*, 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 Strafraumen 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 erbe.

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 Körperglieds 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; *Kreß*, 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 *Kreß*, 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 *Schaabas*, 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 Auffassungen *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 Menschlichkeitsverbrechens) begehe, wenn er keine derartige Einfügungsabsicht gehabt habe.

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/Jeffberger, 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/Jeffberger, 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/Jeffberger, 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/Jeffberger, 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. 1109.

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 anstrebte, unterstellte.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.

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/Jeßberger*, 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.

„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 „Bagatellfälle“, wie Grenzscharmützel, 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 despotisches 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 Aggressionstatbestands 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/Jeßberger*, 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/Jeßberger*, 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.1.b), dass das Böse im Motiv des Ausnutzens der berücksichtigungswerten 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 unrechtausschließende 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 Minderung 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.).

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 tötenden

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).

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 dürften 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.

V. Zurück zur Philosophie: Vorüberlegungen zu einer Kritik der Konzeption des Bösen im Recht

Zurück zur Philosophie: Was kann die Philosophie mit dieser Konzeption des Bösen im Recht nun anfangen? In den vorangegangenen Kapiteln sind wir bereits potenziellen Anknüpfungspunkten begegnet: So lässt sich eine Verbindung des dritten Grundmotivs der bösen Tat, nämlich des Motivs des Ausnutzens von Schwäche, mit Goldbergs Vorstellung des Ausnutzens von Vulnerabilität ziehen.²⁹⁷ Die hier entwickelte Konzeption der bösen Tat im Recht ließe sich auch als Vermittlung zwischen den Ansätzen der philosophischen Diskussion lesen, wonach das Böse in den Intentionen (so die einen) oder aber im Schaden (so die anderen) festzumachen sei.²⁹⁸ Darüber hinaus bestünde eine konstruktive Art der Anknüpfung darin, die Konzeption der bösen Tat im Recht zu anderen in der Philosophie entwickelten Theorien in Bezug zu setzen. So könnte man beispielsweise versuchen, die hier beschriebenen Motive des bösen Willens zu demjenigen in Beziehung setzen, was Axel Honneth als die drei Formen der Missachtung von reziproker Anerkennung bezeichnet.²⁹⁹

Obgleich konstruktives Potenzial also durchaus aufscheint, halte ich es an dieser Stelle für dringlicher, zu untersuchen, inwiefern die hier vorgestellte Konzeption der bösen Tat den Ausgangspunkt zu philosophischer Kritik bilden kann. Denn der Sinn des Projekts, die im Recht enthaltene Konzeption des Bösen explizit zu machen, besteht ja gerade darin, sie offenzulegen und kritisierbar zu machen.³⁰⁰

297 Siehe oben bei Fn. 70.

298 Siehe oben bei Fn. 61.

299 Die Bildung reziproker Anerkennungsbeziehungen – Honneth kommt in seiner Phänomenanalyse auf die Formen von Liebe, Recht, Solidarität – wird durch die Momente der Missachtung angetrieben: Vergewaltigung, Entrechtung, Entwürdigung, *Honneth*, Kampf um Anerkennung, S. 212 ff.

300 Grundlegend zu dem Gedanken, durch das Explizitmachen von Inferenzbeziehungen diese kritisierbar zu machen *Brandom*, Expressive Vernunft, S. 362 f.

Im Folgenden soll es daher darum gehen, Ansatzpunkte für eine kritische Befragung der hier entdeckten Konzeption der bösen Tat herauszuarbeiten. Statt um Antworten geht es dabei darum, Öffnungspunkte hin zur Philosophie zu markieren, also aufzuzeigen, wie Erkenntnisse der Philosophie dazu führen können, die Konzeption des Bösen im Recht zu modifizieren, zu revidieren oder sie besser zu verstehen. Dazu werde ich vier kritische Fragen an die Konzeption des Bösen im Recht herantragen. Ist die Konzeption des Bösen in der Fassung, wie sie im Recht erscheint, nicht zu voraussetzungsreich? Ist sie nicht zu oberflächlich? Ist sie nicht zu eng? Ist sie nicht zu metaphysisch?

1. Zu voraussetzungsreich: Das motivarme Banale als böse

Die Konzeption der bösen Tat im Recht stellt maßgeblich darauf ab, dass das Böse gerade in einem Motiv festzumachen ist, das die Handlung prägte oder auslöste. Sie lässt es also nicht genügen, dass ein schlimmes Ereignis kausal oder – weitergehend – vorsätzlich herbeigeführt wurde. Verlangt wird darüber hinaus ein Motiv. Stellt die Voraussetzung eines bösen Motivs aber nicht zu hohe Anforderungen? Könnte es da nicht sein, dass dadurch bestimmte Formen des Bösen unterschlagen werden, dass sie überhaupt nicht in den Blick geraten? Tritt das Böse nicht auch ganz ohne besonderes Motiv auf, unspektakulärer und leiser? Die philosophische Version dieses Arguments findet sich im Ausdruck von der „Banalität des Bösen“.³⁰¹ Ist Hannah Arendts Analyse nicht so zu verstehen, dass sie Adolf Eichmann, der maßgeblich an der Deportation der Juden aus Deutschland mitwirkte, so darstellt, dass er eben gerade bar jeder bösen Absicht war, sein Handeln von ganz schlichten Motiven geprägt war?³⁰² Arendt formuliert: „Trotz der Bemühungen des Staatsanwalts konnte jeder sehen, dass dieser Mann kein ‚Ungeheuer‘

301 Der Begriff bildet einen Teil des Untertitels von *Arendt*, Eichmann in Jerusalem. Vgl. zu Arendt *Noller*, Gründe des Bösen, S. 91 ff.

302 Statt des von Eichmann immer wieder betonten Handelns aus Gehorsam beziehungsweise des Handelns aufgrund Befehls ist bei seinem Handeln ein nicht unerhebliches Maß an Ermessen festzustellen, so *Brannigan*, Beyond the Banality of Evil, S. 203 f.

war, aber es war in der Tat sehr schwierig, sich des Verdachts zu erwehren, dass man es mit einem Hanswurst zu tun hatte.³⁰³ Freilich ging es Arendt nicht darum, die NS-Verbrechen zu verharmlosen.³⁰⁴ Sondern sie wollte zeigen, dass es sich bei den NS-Verbrechern nicht um dämonische Gestalten handelte, die Akteure und ihr Handeln vielmehr von banaler Normalität waren.³⁰⁵ In diesem Sinne stellt Arendt in ihrer zwei Jahre nach *Eichmann in Jerusalem* erschienenen Vorlesung zu Fragen der Ethik heraus, dass es gerade die Gewissenlosigkeit und Indifferenz war, die die Urheber der NS-Verbrechen auszeichnete. Sie hätten stets beteuert, ohne Eigeninitiative, ohne böse Absicht gewesen zu sein. Sie hätten sich geweigert, *sich als Person zu konstituieren*.³⁰⁶ Sie hätten nämlich über das Getane nicht nachgedacht.³⁰⁷ Und ohne Nachdenken existiere keine Erinnerung, die sie, die Urheber der NS-Verbrechen, zurückhalten könne, und keine Tiefe, die Stabilität und Widerständigkeit schafft.³⁰⁸ Diese Indifferenz, die Verweigerung, sich in Beziehung zu setzen,³⁰⁹ sei der Grund der Banalität des Bösen:

Diese Indifferenz stellt [...] die größte Gefahr dar, auch wenn sie weit verbreitet ist. Und damit verbunden [...] ist eine andere gängige moderne Erscheinung: die häufig anzutreffende Tendenz, das Urteilen überhaupt zu verweigern. Aus dem Unwilligen oder der Unfähigkeit, seine Beispiele und seinen Umgang zu wählen, und dem Unwillen oder der Unfähigkeit, durch Urteil zu Anderen in Beziehung zu treten, entstehen

303 Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, S. 132.

304 Vehement gegen eine solche Fehldeutung Neiman, *Das Böse denken*, S. 405. Neiman folgt Arendts Analyse zu Eichmann und sieht darin ein Argument dafür, dass das Böse nicht notwendig mit Absicht verbunden ist (ebd., S. 399 ff.).

305 Recki, *Arendt nach Jerusalem*, S. 1047.

306 Arendt, *Über das Böse*, S. 101; „[...] ganz normale Zeitgenossen, die [...] taten, was man von ihnen verlangt hatte“ (ebd., S. 23). Vgl. zum Gedanken der Auflösung der Person innerhalb der Logik der Gruppe Palma, *The Banality of Evil or the Exceptionality of Good*, S. 17 f.

307 Vgl. zum Verständnis von Gedankenlosigkeit im Sinne der „inability to think“ Benhabib, *Identität, Perspektive und Erzählung in Hannah Arendts Eichmann in Jerusalem*, S. 106 f.

308 Arendt, *Über das Böse*, S. 77. Hier kontrastiert Arendt die kantische Vorstellung der Radikalität des Bösen: Durch die fehlende Tiefe, das fehlende Wurzelschlagen, sei das Böse gerade nicht radikal – und weil es keine Wurzeln habe, sei es besonders gefährlich und expansiv.

309 Kisner, *Das Monologische der Banalität des Bösen*, S. 140, unterstreicht dies als das „Monologische d[es] Bösen“, das Unterlassen der dialogischen Methode.

die wirklichen „skandala“, die wirklichen Stolpersteine, welche menschliche Macht nicht beseitigen kann, weil sie nicht von menschlichen oder menschlich verständlichen Motiven verursacht wurden. Darin liegt der Horror des Bösen und zugleich seine Banalität.³¹⁰

Und in der Tat gelingt es Arendt in *Eichmann in Jerusalem* – entgegen der Anklage, die Eichmann als Perversen und Hauptverantwortlichen der „Endlösung“ porträtieren wollte –, zu plausibilieren, dass Eichmann gerade nicht aus verwerflichen, sondern aus banalen Motiven handelte: aus Karrierismus und beflissener Pflichterfüllung.³¹¹ Eichmann sei, so stimmt Mommsen Arendt zu, im Wesentlichen „mechanisches Glied in der Vernichtungsmaschinerie“ gewesen, wobei das Verbrecherische seines Handelns „einem Mosaik von einzelnen trivialen Ursachen entsprang“.³¹²

Heißt das nun, Eichmanns Tun war, gemessen am Standard der explizierten Konzeption der bösen Tat, nicht böse? Denn ein böses Motiv, das seine Handlungen prägte, scheint offenbar gerade zu fehlen. Muss man nicht, wenn man das für ein evident unrichtiges Ergebnis hält, die Konzeption der bösen Tat modifizieren, um auch böse Taten *mit banalen Motiven* zu erfassen?³¹³ Ich denke, das ist nicht nötig. Dafür gibt es zwei Begründungen, von denen jede für sich hinreicht.

Das Material für die erste Begründung liefert Arendt selbst am Ende von *Eichmann in Jerusalem*, wo sie eine fiktive – an Eichmann gerichtete – Urteilsbegründung entwirft:

[A]uch wenn wir unterstellen, daß es reines Missgeschick war, das aus Ihnen ein willfähiges Werkzeug in der Organisation des Massenmords gemacht hat, so bleibt doch die Tatsache bestehen, daß Sie mithalfen, die Politik des Massenmordes auszuführen und also diese Politik aktiv unterstützt haben. Denn wenn Sie sich auf Gehorsam berufen, so möchten wir Ihnen vorhalten, daß die Politik ja nicht in der Kinderstube vor sich geht und daß im politischen Bereich der Erwachsenen das

310 Arendt, *Über das Böse*, S. 150.

311 So unter Zustimmung Mommsen, Hannah Arendt und der Prozess gegen Adolf Eichmann, S. 25.

312 Mommsen, Hannah Arendt und der Prozess gegen Adolf Eichmann, S. 26.

313 In diesem Sinne Neiman, *Das Böse denken*, S. 402, über den motivlosen Eichmann: „Könnten wir einen besseren Beweis dafür erhalten, dass subjektive Zustände hier nicht das Entscheidende sind?“, s. auch Ebert, *Die „Banalität des Bösen“ – Herausforderung für das Strafrecht*, S. 8.

Wort Gehorsam nur ein anderes Wort ist für Zustimmung und Unterstützung. So bleibt also nur übrig, daß Sie eine Politik gefördert und mitwirklich haben, in der sich der Wille kundtat, die Erde nicht mit dem jüdischen Volk und einer Reihe anderer Volksgruppen zu teilen, als ob Sie und Ihre Vorgesetzten das Recht gehabt hätten, zu entscheiden, wer die Erde bewohnen soll und wer nicht.³¹⁴

Diese Formulierung der Förderung einer *Politik*, in der sich der Wille kundtut, die Erde nicht teilen zu wollen, lässt sich nun vortrefflich dem Politikelement subsumieren, welches wir oben (Kap. IV.2.b) bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit herausgearbeitet haben. Fast klingt es so, als hätte Arendt mit am Tisch gesessen, als das Politikelement entworfen wurde. Der böse Wille folgt hier aus der *vorsätzlichen Unterstützung der bösen Politik*, ganz egal, ob die handelnde Person selbst ein böses Motiv aufweist beziehungsweise das böse Motiv der Politik sich zu eigen macht.³¹⁵ Eichmanns Handeln unterfällt damit der hier entwickelten Konzeption der bösen Tat im Recht.

Die zweite Begründung besteht darin, der Analyse Arendts, was die Motiv-Armut Eichmanns betrifft, zu widersprechen. Eine Rekonstruktion kann ich hier nicht leisten. Allerdings scheint die jüngere Forschung gute Gründe für die Annahme zu liefern, dass sich Arendt von Eichmanns Verteidigungsstrategie in die Irre führen ließ.³¹⁶ Statt der angegebenen Motiv-Armut sei die antisemitische Einstellung sehr wohl „handlungsleitender Faktor“ gewesen.³¹⁷ Insofern habe Eichmann die für den Völkermordtatbestand erforderliche

314 Arendt, Eichmann in Jerusalem, S. 403 f.

315 Ähnlich auch Bezirksgericht Jerusalem, Urt. v. 11.12.1961 – 40/61, S.194: „Hence, everyone who acted in the extermination of Jews, knowing about the plan for the Final Solution and its advancement, is to be regarded as an accomplice in the annihilation of the millions who were exterminated during the years 1941–1945.“

316 Stangneth, Eichmann vor Jerusalem, S. 20 f. u. S. 467 f., die insbesondere die sog. Sassen-Interviews herstellt (ebd., S. 257 ff.); Augstein, Taten und Täter, S. 184, mit Verweis auf *Wojak*, Eichmanns Memoiren; vgl. auch *Noller*, Gründe des Bösen, S. 100 f.

317 Mommsen, Zur Einführung, S. 14: Dies habe *Wojak*, Eichmanns Memoiren, gezeigt; so – auch unter Hinweis auf die noch andere, frühere Sichtweise Mommsens – Augstein, Taten und Täter, S. 184.

Zerstörungsabsicht besessen – eine Ansicht, zu der bereits das Jerusalemer Bezirksgericht gelangt war.³¹⁸

Wenn die These von der völligen Indifferenz bezweifelbar ist,³¹⁹ so ist doch Arendts Bezeichnung der „Banalität“ gleichwohl zutreffend. Denn sie adressiert damit eine Frage, die bis heute die Makrokriminologie beschäftigt: Wie kann es sein, dass aus normalen Menschen Massenmörder werden?³²⁰ In diesem Sinne modifiziert Franziska Augstein Arendts Analyse der Banalität: Es habe sich nicht um „Nicht-Personen“, sondern um „Jedermannen“ gehandelt.³²¹ Man wird also lediglich den thematischen Fokus der Arendt'schen Analyse etwas verschieben müssen. Statt um die vermeintliche Motiv-Armut des Bösen geht es um die Beobachtung, wie leicht es ist, bösen Motiven zu erliegen.

Dies hat zur Folge, dass Arendts Überlegungen zu einer Kritik der Konzeption der bösen Tat in einem etwas anderen Sinne führen. Statt zu kritisieren, dass das gegenwärtige Recht Gleichgültigkeit nicht als böse erkennen kann, lenkt Arendts Analyse das Augenmerk darauf, dass das Recht eine fragwürdige Fokussierung auf das Individuum enthält.³²² An der Fokussierung ist problematisch, dass doch Erklärungen, die auf Faktoren des sozial und institutionell konfigu-

318 Ebenso Bezirksgericht Jerusalem, Urt. v. 11.12.1961 – 40/61, Para. 241: Eichmann habe die Stimme seines Gewissens unterdrückt, wie es vom Regime, dem er wie ein „Landsknecht“ ergeben gewesen sei, verlangt war. Gemäß der NS-Ideologie habe er die Juden als zu vernichtende Feinde angesehen. „His hatred was cold and calculated, aimed rather against the Jewish People as a whole, than against the individual Jew, and for this very reason, it was so poisonous and destructive in all its manifestations.“

Vgl. auch zur Diskussion, ob die dogmatische Teilnahmelehre einen Bürokraten wie Eichmann als Täter ansehen kann und dies bejahend *Baumann*, Gedanken zum Eichmann-Urteil, S. 119, mit zustimmendem Verweis auf die Begründung des Bezirksgerichts, dass die Verantwortung mit der Entfernung vom Tatort wachse.

319 Siehe auch *Augstein*, Taten und Täter, S. 190 f., die auf psychologisch-soziologische Forschung zum NS-Unrecht hinweist. Augstein zufolge muss man annehmen, „dass sie eine Form des Sokratischen Selbstgesprächs pflegten, von dem Hannah Arendt annahm, es sei den Nazis fremd“ (ebd., S. 191).

320 Vgl. dazu *Welzer*, Täter (auch den gleichlautenden Untertitel) und *Browning*, Ordinary Men.

321 *Augstein*, Taten und Täter, S. 190.

322 Statt jedoch die Banalität, sei es eher die „splendour of evil“ gewesen, die im Falle des NS-Regimes zur Mitwirkung am Genozid geführt habe, so *Branni-*

rierten Kontexts der Handlung abstellen,³²³ insbesondere bei Makroverbrechen und Systemunrecht, eine ganz wesentliche Rolle spielen.³²⁴ Dies belegen nicht nur Experimente zu Konformitätsdruck und Gehorsam vom Typ des Milgram-Experiments.³²⁵ Es wird auch überdeutlich in aktuellen Analysen zur Frage, wie es in concreto passiert, dass sich Menschen an Völkerrechtsverbrechen beteiligen, und welche Faktoren eine Mitwirkung begünstigen.³²⁶ Die Frage, inwiefern solche situationalen Faktoren dann die (rechtliche) Verantwortlichkeit einer Person im konkreten Fall ausschließen oder einschränken, ist komplex und mit der Frage verbunden, wie das Konzept von Verantwortlichkeit angemessen zu verstehen ist.

2. Zu oberflächlich: Radix und das Böse als das verkehrte Gute

Wie gezeigt, stellt die rechtliche Konzeption des Bösen auf Subjektives ab. Sie fragt dabei nicht nur nach dem Vorsatz, sondern auch nach dem Motiv, gibt sich mit der Antwort „Ich wollte y-en“ nicht zufrieden, sondern fragt noch einmal nach „Weswegen wolltest du y-en?“. Am Beispiel: Weswegen wolltest du sie töten? Aus Habgier.

-
- gan*, Beyond the Banality of Evil, S. 79 ff. (Zitat S. 85); sie rekonstruiert das in ihrer kontrolltheoretischen Analyse als „over-control“.
- 323 Bei der Schaffung von Situationen, also der Beeinflussung situativer Faktoren, spielen Systeme, also die institutionalisierte Organisation mittels Autoritätsstrukturen, die entscheidende Rolle, so *Zimbardo*, The Lucifer Effect, S. 226 f., der dies als die wichtigste Einsicht aus seinem Stanford Prison Experiment erachtet. Vgl. zur Bedeutung der Gruppe für das Böse aus philosophischer Sicht *Goldberg*, Evil Matters, S. 119 ff.
- 324 Vgl. etwa die Analyse von *Mommsen*, Modernität und Barbarei, der fragt, inwiefern die Taten des NS-Regimes weniger einen Plan hatten, sondern sich mehr aus eigener Schwerkraft entwickelten (S. 138 f.) gemäß einer der für die NS-Politik typischen „Schaffung von Unausweichlichkeiten“ (S. 145).
- 325 Vgl. dazu *Schmid*, Moralische Integrität, passim, der zwischen psychodynamischen, situationistischen, autoritätstheoretischen und pragmatischen Erklärungsansätzen unterscheidet (S. 45 ff.).
- 326 Vgl. *Williams*, The Complexity of Evil, S. 10. Williams selbst aber möchte den gegenwärtigen Trend zur situationalen Begründung relativieren und die Bedeutsamkeit von Motiven herausstellen, indem er ein umfassendes Modell liefert, das Motive, erleichternde Faktoren und kontextuelle Bedingungen verbindet, s. den Überblick ebd., S. 34 f.

Obwohl manche ein solches Fragen nach Motiven bereits für eine allzu starke Subjektivierung des Rechts erachten,³²⁷ bleiben freilich die Motive, um die es hier geht, rudimentär, man könnte sagen: oberflächlich. Denn die Frage nach dem *Weswegen* lässt sich natürlich immer weiter wiederholen, ohne dass sie dadurch uninteressant wird: Warum wolltest du ihn aus Habgier töten, warum also wolltest du ihn für deine Interessen maximal instrumentalisieren? Um was ging es dir dabei, was hat dich dazu gebracht, das zu wollen? Die Konzeption des Bösen im Recht bleibt demgemäß oberflächlich und dringt nicht auf die Ebene „sekundärer Motive“³²⁸ oder gar die tiefenpsychologische Ebene³²⁹ der Urgründe der Motive vor.³³⁰ Erweist sich eine solche Konzeption der bösen Tat dann nicht als allzu oberflächlich?

Man könnte hier zu bedenken geben, dass die Konzeption der bösen Tat im Recht notwendigerweise oberflächlich oder – positiv gewendet – zurückgenommen bleiben muss. Das Erfordernis der Zurückgenommenheit hat etwas mit der Art und Weise zu tun, wie Recht operiert.³³¹ Das Recht vereinfacht Lebenssachverhalte, erfasst diese nur bis zu einer gewissen angemessenen Tiefe und differenziert zwischen relevanten und nicht relevanten Umständen. Nur durch diese Vereinfachung und Selektion bleibt das Recht erstens funktionsfähig und kann mit angemessenem Ressourcenaufwand Entscheidungen liefern. Zweitens lässt sich nur auf diese Weise

327 Siehe oben bei Fn. 201, vgl. auch unten Kap. V.4.

328 Den Begriff sekundärer Motive entlehne ich *Behrens*, *Genocide and the Question of Motives*, S. 510: „[T]he primary motives behind a particular act may be based on secondary motives, these in turn on tertiary motives and so forth.“ Das Strafrecht kennt mit dem Konzept des „Motivbündels“ eine ähnliche Vorstellung, nimmt aber keine Stufenrelation an, sondern fragt nach dem Schwerpunkt: Welches Motiv ist handlungsleitend?

329 Vgl. etwa die „analytische, psychobiographische Studie“ von *Fromm*, *Anatomie der menschlichen Destruktivität*, S. 416 f.

330 Freilich spielen Antworten auf diese Fragen potenziell auch im Recht eine Rolle, etwa bei der Strafzumessung (irgendwie verständliche Notlage) oder bei der Frage der Vorwerfbarkeit/Schuld (pathologische Ursache des Wollens). Von der Konzeption der bösen Tat sind sie allerdings erst einmal separiert.

331 Bei Luhmann wird das als „Reduktion von Komplexität“ analysiert, *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 61 f. Bei Habermas ließe sich die Notwendigkeit der Selektivität an der Aufgabe des Rechts festmachen, die Einzelperson von der „kognitiven Unbestimmtheit“ der Anforderungen der Moral zu „entlasten“, *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 146 f.

Gleichheit vor dem Recht herstellen, denn nur durch Vereinfachung und Selektion lässt sich sinnvoll angeben, was es heißt, wesentlich gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln. Auch wenn ein solcher Verweis auf die Funktionsweise des Rechts erklären mag, weshalb die Konzeption der bösen Tat notwendig oberflächlich sein muss, bedeutet das freilich nicht, dass tiefere Erklärungen der bösen Tat, etwa die Frage, wie es zu so einem Wollen kam, für das Böse im Recht irrelevant sein sollten. Anhand zweier Beispiele möchte ich demonstrieren, wie sich Überlegungen zur tieferen Erklärung des Bösen auf die Konzeption des Bösen im Recht auswirken könnten.

Die erste Überlegung betrifft Kants Konzept des radikal Bösen. Worin wurzelt nach Kant das Böse? Der Urgrund des Bösen liege nicht in den sinnlichen Trieben. Denn die Sinnlichkeit und die daraus entspringenden natürlichen Neigungen würden nicht zum Bösen, vielmehr zur Tugend leiten.³³² Könnten auf die Triebe und Neigungen auch allerhand Laster „aufgepfropft“ werden,³³³ die Triebe sind zunächst „ursprüngliche[] Anlage[n] zum Guten“.³³⁴ Auch in der Vernunft könne das Böse nicht wurzeln.³³⁵ Den Grund des Bösen erblickt Kant vielmehr in der *falschen Ordnung* der Triebfedern, nämlich darin, die Triebfeder des Moralgesetzes der Triebfeder des Sinnlichen unterzuordnen.³³⁶ Die handelnde Person macht die Befriedigung der Selbstliebe zur Bedingung der Befolgung des moralischen Gesetzes (obwohl die Bedingung genau umgekehrt lauten sollte, also die Befolgung des moralischen Gesetzes oberste Bedingung der Befriedigung der Selbstliebe sein sollte). Mit Pierre Laberge kann man die oberste böse Maxime dann so formulieren: „Ich werde meine Pflicht tun, außer wenn es sich als unvereinbar mit meiner

332 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 34 f.

333 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 26 f.

334 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 26.

335 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 35. Es sei unmöglich, „[s]ich als frei handelndes Wesen und doch von dem, einem solchen angemessenen Gesetze (dem moralischen) entbunden zu denken“. Der Widerstreit gegen das Gesetz müsste dann selbst zur Triebfeder erhoben werden, und das Subjekt müsste zu einem teuflischen Wesen gemacht werden – das hält Kant für nicht auf den Menschen anwendbar, ebd.

336 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 36.

sinnlichen Neigung erweist.“³³⁷ Und es ist diese Denkweise, die das Böse nach Kant zum *radikal* Bösen macht, weil es bis an die *Wurzel* des handlungsorientierten Denkens geht, „weil es den Grund aller Maximen verdirbt“.³³⁸ Die Tendenz zu der beschriebenen Denkweise sei über die gesamte Menschheit hinweg zu beobachten. Kant nennt es den „Hange zum Bösen in der menschlichen Natur“.³³⁹ Die Universalität dieses Hanges hält er „angesichts der Menge schreiender Beispiele“ für so offensichtlich, dass sich ein formaler Beweis erübrige.³⁴⁰ Kants Verweis auf die Ubiquität als Hinweis auf eine anthropologische Grundkonstante erscheint zwar durchaus plausibel, lässt aber doch – wie jede Behauptung einer *conditio humana* – Fragen offen.³⁴¹ Unter den Interpreten wird daher versucht, die Universalität des *Hangs zum Bösen* als notwendig zu beweisen.³⁴² Die Notwendigkeit des Hanges folge, so Henry Allison, aus der Unmöglichkeit der Neigung zum Guten. Diese Unmöglichkeit liege darin begründet, dass es zwar nicht unmöglich sei, Pflicht über Neigung zu wählen – das sei ja im Gegenteil das, was erwartet wird. Doch sei es unmöglich, dies in *spontaner Weise* zu tun, also ohne auch nur die Forderungen der Selbstliebe in Betracht zu ziehen.³⁴³

Wichtiger als die Frage, ob dieser Beweis als gelungen gelten kann, ist für unsere Untersuchung der Umstand, dass Kant die Neigung zu der von ihm als böse charakterisierten Denkweise als (nahezu) universell erachtet. Und die Denkweise erstreckt sich seiner Analyse zufolge auf das gesamte menschliche Handeln. Denn sie betrifft den Grund aller Maximen.

337 Laberge, Das radikale Böse und der Völkerzustand, S. 113. Das bedeute, dass, solange sich keine gegenläufigen Tendenzen ergeben, die böse Person den Anschein vermittelt, gut zu sein (ebd., S. 113 f.).

338 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 37. Vgl. zum Begriff des radikalen Bösen bei Arendt, die damit das extreme Böse meint Kisner, Das Monologische der Banalität des Bösen, S. 129 f.

339 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 28; dass der Hang in der „Natur“ begründet sei, ist von Kant nicht als Zurechnungsausschluss gemeint, vielmehr betrachtet er den Menschen als Urheber des Handelns (ebd., S. 20 ff.).

340 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 32 f.

341 Vgl. Allison, Ethics, Evil, and Anthropology in Kant, S. 608.

342 Kant halte ja, wie sich aus seiner Andeutung, dass sich ein formaler Beweis erübrige, ergebe, einen formalen Beweis für möglich, so Allison, Ethics, Evil, and Anthropology in Kant, S. 608 f.

343 Allison, Ethics, Evil, and Anthropology in Kant, S. 609.

Was bedeutet das für die rechtliche Konzeption der bösen Tat? Wenn ich auch keine zwingenden Schlussfolgerungen sehe, so scheint doch die Ubiquität des bösen Denkens, die Kant herausstellt, eine Mahnung zu sein, bei der Verwendung des Ausdrucks der bösen Tat – von dem dämonisierenden Bezug auf eine Person ganz abgesehen³⁴⁴ – vorsichtig zu sein. Kants Überlegung ruft zur Demut auf. Besonders nachdrücklich wird dieser Impetus der kantischen Überlegung, wenn wir uns seinen – fast pastoralen – Aufruf zur Selbstprüfung ansehen, dass wir nämlich nicht selten trotz böser *Denkweise* (im dargestellten kantischen Sinne) nur durch Zufälligkeiten nicht dazu gelangen würden, eine böse Tat zu *begehen*.³⁴⁵

[O]hne doch nachzuforschen, ob es nicht bloß etwa Verdienst des Glücks sei, und ob nach der Denkungsart, die sie in ihrem Inneren wohl aufdecken könnten, wenn sie nur wollten, nicht gleiche Laster von ihnen verübt worden wären, wenn nicht Unvermögen, Temperament, Erziehung, Umstände der Zeit und des Ortes, die in Versuchung führen (lauter Dinge, die uns nicht zugerechnet werden können) davon [d. i. der Begehung des Vergehens; M. A.] entfernt gehalten hätten.³⁴⁶

Wie ich meine, lenkt Kants Vorstellung der Radikalität des Bösen die Aufmerksamkeit auf dessen Ubiquität und die nicht unerhebliche Bedeutung des Zufalls, dem Bösen zu verfallen.³⁴⁷ Damit verweist er zugleich auf das Potenzial, sich vom Bösen abzuwenden. Thema ist dann, theologisch gesprochen, die Möglichkeit zur Umkehr. Ins Rechtliche transponiert, ist damit bezeichnet das Recht zur Rückkehr³⁴⁸ in die Gesellschaft, die in einem sozialen Rechtsstaat zum Ziel des Strafvollzugs *soziale Integration*³⁴⁹ macht.

Die zweite Überlegung einer – im Vergleich zum Recht – tieferen Erklärung zum Bösen, die ich hier fruchtbar machen möchte, findet sich in Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Dabei meine

344 Vgl. oben bei Fn. 110.

345 Kant, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, AA VI, S. 38.

346 Kant, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, AA VI, S. 38.

347 Die Sensibilität für die sozialen Bedingungen bei der Entstehung von Kriminalität findet sich stärker noch bei Hegel, vgl. Peters, *Strafe und Kommunikation*, S. 18 f., die in den Grundlinien der Philosophie des Rechts eine „Theorie der Armut“ entwickelt sieht.

348 Siehe zur Interpretation der Strafe bei Hegel als „Rückkehr zu sich selbst und damit zur Ganzheit“ Peters, *Strafe und Kommunikation*, S. 35 f.

349 BVerfGE 116, 69, 85 spricht vom Vollzugsziel der „sozialen Integration“.

ich nicht den Umstand, dass Hegels Bestimmung des Bösen im Vergleich zur kantischen Fassung, wenngleich gegen dessen Kategorischen Imperativ gerichtet,³⁵⁰ gar nicht so unähnlich ausfällt, indem das Böse nämlich darin bestehe, „die eigene Besonderheit über das Allgemeine zum Prinzip zu machen und sie durch Handeln zu realisieren“.³⁵¹ Bemerkenswerter ist vielmehr, wie es Hegel gelingt, den Aspekt der Camouflage des Bösen herauszuarbeiten. Vom einfachen Bösen grenzt er zunächst die Heuchelei ab. Im Falle der Heuchelei wird das böse Tun lediglich *für andere* als gut behauptet, während man sich selbst der Schlechtheit bewusst ist.³⁵² Im Gegensatz dazu zeichnet es das Böse aus, dass es auch *für sich selbst* als Gutes ausgegeben wird. Der Handelnde muss *für sich selbst* gute Gründe dafür liefern, eine „Berechtigung zum Bösen finden, indem er durch sie es für sich zum Guten verkehrt“.³⁵³ Die Verkehrung kann auf mehrere Weisen geschehen. Hegel nennt hier unter anderem,³⁵⁴ dass sich die Person auf ihre gute Absicht beruft. Eine solche gute Absicht lasse sich für jedwede Handlung unschwer konstruieren – dazu genüge „eine höchst geringe Verstandesbildung“.³⁵⁵ Hegel assoziiert:

Diebstahl, um den Armen Gutes zu tun, Diebstahl, Entlaufen aus der Schlacht, um [um] der Pflicht willen für sein Leben, für seine (vielleicht auch dazu arme) Familie zu sorgen, – Mord aus Hass und Rache, d. i. um das Selbstgefühl seines Rechts, des Rechts überhaupt, und das Gefühl der Schlechtigkeit des anderen, seines Unrechts gegen mich oder gegen andere, gegen die Welt oder das Volk überhaupt, durch die Vertilgung dieses schlechten Menschen, der das Schlechte selbst in sich hat, womit zum Zwecke der Ausrottung des Schlechten wenigstens ein Beitrag geliefert wird, zu befriedigen, sind auf diese Weise [...] zur guten Handlung [...] gemacht.³⁵⁶

350 Siehe dazu *Bung*, Dreihundert Jahre Kant – drei Rekonstruktionen, S. 674 f.

351 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 139 (S. 261).

352 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 140 (S. 265).

353 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 140 (S. 268).

354 Hegel unterscheidet Berufung auf Autorität, gute Absicht, Überzeugung, Ironie.

355 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 140 (S. 271) (Hervorhebung entfernt).

356 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 140 (S. 270 f.) (Hervorhebung entfernt).

Als eine weitere Variante, die von der sittlichen Objektivität noch weiter als das Konstruieren einer vermeintlich guten Absicht entfernt ist, könne das Böse auch dadurch als Gutes ausgegeben werden, dass die Person sich auf die eigene innere Überzeugung beruft.³⁵⁷ Die Möglichkeit, sich hinsichtlich der Überzeugung doch auch irren zu können, werde dort dadurch hinweggefegt, dass es hier die Person selbst ist, die durch die eigene Überzeugung die Verhaltensregeln erst zu verbindlichen Regeln erhebt.³⁵⁸

Hegel demonstriert demnach, wie es möglich ist, durch das eigenhändige Konstruieren von Handlungsabsichten, die aus lediglich eigener Perspektive als gut ausgewiesen werden, das Gute zu überspielen, also Böses zu tun.³⁵⁹ Das resultierende Tun ist bei einer derartigen Verkehrung von Gut und Böse besonders gefährlich, weil eben das *Böse als Gutes* verfolgt wird: Die handelnde Person meint irrtümlich, Gutes zu verwirklichen. Möglich wird eine solche Verkehrung dadurch, dass die handelnde Person es unterlässt, ihre subjektiven Handlungsgründe einem ernsthaften Test der Verallgemeinerbarkeit zu unterziehen. Das Böse liegt also darin, zur „Überprüfung der Intersubjektivierbarkeit“³⁶⁰ nicht in der Lage oder nicht bereit zu sein. Eine solche Überprüfung kann nur in der Sphäre der Öffentlichkeit erfolgen, der Sphäre der nicht bloß subjektiven Gründe, der allgemeinen Gründe.³⁶¹

Was Hegel hier liefert, ist eine Erklärung dafür, wie das Böse durch Verkehrung des Guten entstehen kann.³⁶² Man kann in dieser Beobachtung eine Vorwegnahme der Neutralisierungstechniken erkennen, wie sie in der Kriminologie von David Matza und Gresham Sykes Mitte des 20. Jahrhunderts analysiert wurden.³⁶³ Die Techni-

357 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 140 (S. 273).

358 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 140 (S. 275).

359 Eben dieses Phänomen scheint auch Kant zu beschreiben, wenn es um das „Vernünfteln“ geht – dies entwickelt Noller, Gründe des Bösen, S. 69 ff.

360 Bung, Grundlinien der Grundlinien, S. 18.

361 Bung, Grundlinien der Grundlinien, S. 18, mit Verweis auf Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 137 (S. 255) und § 132 (S. 246).

362 Zu dieser „kriminologischen Theorie der Moralumkehr“ von Hegel, Bung, Anomie, Neutralisierung, Abwehr, Moralumkehr – Zur Kriminologie von Großverbrechen, S. 21 ff.

363 Sykes/Matza, Techniken der Neutralisierung. Vgl. dazu Bung/Bayer, Neutralisierung, Angstabwehr, Konspirationsnarrative, S. 333 ff., die das Modell –

ken erlauben es der Person, die eine kriminelle Tat begeht, ihr Handeln trotz des bewussten Widerspruchs zum Recht der Gesellschaft als zulässiges Verhalten darzustellen.³⁶⁴ Paradigmatisch sind etwa Neutralisierungen, die so funktionieren, dass sie anerkannte Rechtfertigungsgründe des in der Gesellschaft geltenden Rechts überdehnen,³⁶⁵ wie etwa die folgenden: „In Wirklichkeit habe ich niemanden verletzt“; „Sie [die Opfer; M. A.] hatten es sich selbst zuzuschreiben“; „Ich tat es nicht für mich selbst“.³⁶⁶ Derartige Neutralisierungen liefern also der handelnden Person die Grundlage für Unrechtstaten – und/oder eine Möglichkeit, diese im Nachhinein³⁶⁷ zu neutralisieren. Und die Neutralisierungen können, wie Hegel an einer Stelle bemerkt, bis hin zum vagen und alles rechtfertigenden Narrativ von der „Ausrottung des Schlechten“³⁶⁸ gehen, dem zerstörerischen, genozidalen Motiv.³⁶⁹

Wie kann Hegels Analyse nun die Konzeption des Bösen im Recht informieren? Erstens erinnert sie an die Schwierigkeit, die sich dabei ergibt, das wirkliche Motiv des Handelnden *festzustellen*. Dass hierfür nicht ausschließlich das Vorbringen der Person, deren Handeln Thema ist, den Ausschlag geben kann, sondern vielmehr eine Zuschreibung durch die Richtenden stattfindet, dass also Intentionen und Motive *attributioniert* werden, ist eine theoretisch bedenkliche Implikation eines Rechts, das Intentionen und Motive für relevant erachtet. Insofern könnte man Hegels Analyse zum Ausgangspunkt nehmen, das Abstellen auf subjektive Kriterien im Recht auch aus der Perspektive der Philosophie kritisch zu befragen.

erweitert um Mechanismen der Angstabwehr – auf Verschwörungstheorien beziehen.

364 Arendts Rekonstruktion, dass das Böse bei Eichmann gerade in der Verweigerung der dialogischen Methode liege (s. dazu Kap. V.1), lässt sich in diesem Sinne womöglich als ein Mechanismus lesen, der zur Neutralisierung führt.

365 Sykes/Matza, *Techniken der Neutralisierung*, S. 364 f.

366 Die allgemeinsprachliche Version findet sich bei Sykes/Matza, *Techniken der Neutralisierung*, S. 370.

367 Vgl. Simon, *Consolatio philosophiae* oder Brief an Winfried Hassemer, S. 1303, der am Beispiel von Walter Roemer aufzeigt, wie auch eine eigene private Rechtsphilosophie als Trost verwendet werden kann, um sich – sich selbst entschuldigend – glauben zu machen, lediglich vorübergehend und durch Verstrickung falsche normative Wertungen verfolgt zu haben.

368 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 140 (S. 271).

369 Die Assoziierung der „Ausrottung des Schlechten“ (s. Zitat) als „im Kern genozidale Vorstellung“ stammt von Bung, *Grundlinien der Grundlinien*, S. 19.

Ein zweiter Gesichtspunkt, den Hegels Überlegung einführt, bezieht sich auf die Perspektive der Verhinderung von bösen Taten: Denn hält man seine Analyse für zutreffend, dann wird klar, dass es zur Verhinderung böser Taten nicht damit getan ist, die Maximen hochzuhalten, die in den Motiven der bösen Tat pervertiert werden. Wie von Hegel dargestellt, wird das Böse nicht selten als Gutes ausgegeben – sodass eine Erinnerung an grundlegende ethische Prinzipien für eine Verhinderung von bösen Taten nicht unbedingt aussichtsreich erscheint. Dies wird insbesondere klar, wenn man an Unrechtsregime denkt oder auch nur an Zirkel von Gleichgesinnten, deren Mitglieder dieselbe innere Überzeugung teilen und sich gegenseitig in ihr bestärken. Innerhalb solcher „Echokammern“ handelt es sich nicht um einen öffentlichen Raum, in dem Handlungsgründe auf Intersubjektivität überprüfbar wären. Hegels Hinweis zur Verkehrung des Schlechten in Gutes kann also verstanden werden als Sensibilisierung dahingehend, dass mit der Immunisierung durch Neutralisierungen zu rechnen ist – also Methoden und Wege gesucht werden müssen, diese Neutralisierungen und Verkehrungen zu irritieren.

Um die aus Kant und Hegel entwickelten Anregungen zu pointieren: Während bei Kant die Einsicht in die Ubiquität des Bösen und in die Möglichkeit zur Abkehr als produktiv erachtet wurde, war es bei Hegel die Benennung des Phänomens der Wertumkehr als Charakteristikum und Immunisierungsstrategie des Bösen. Die beiden präsentierten Sichtweisen nehmen mit dem Ansatz der bösen Tat im Recht übereinstimmend an, dass Böses im Denken der Einzelperson aufzufinden ist. Womöglich ist es jedoch diese Annahme, die bereits den Blick verengt. Dies soll im folgenden Abschnitt thematisiert werden.

3. Zu eng: Blinde Flecke der rechtlich bösen Tat

Kann es sein, dass die Konzeption der bösen Tat im Recht, also der Tötung mit dem Willen zur Zerstörung, Verdinglichung und Ausnutzung, den Blick verengt? Geraten auf diese Weise viele andere Verhaltensweisen erst gar nicht in den Blick, die zutreffenderweise

als böse zu bezeichnen sind?³⁷⁰ Man könnte antworten, dass das eben die Konzeption des Bösen *im Recht* sei, sie zwar selektiv, diese Selektion aber politisch legitimiert, weil vom Gesetzgeber vorgenommen sei. So zu antworten, wäre nicht nur uninteressant, sondern würde die normative Dimension der Frage verkennen: Ist denn die Auswahl im Recht eine gute, sollte sie nicht anders lauten?

Welche Phänomene fallen also bei der explizit gemachten Konzeption der bösen Tat unter den Tisch, die das Signum des Bösen verdienen würden? Bestimmt kann hier die Philosophie – insbesondere die Kritische Theorie – viele solcher vergessenen Kandidaten des Bösen benennen. Beispielsweise (unbewusste) Diskriminierungen oder generell die durch Strukturen sozialer Organisation beförderten Missstände – denn eine Vorstellung des Bösen, die auf Personen und deren Motive fokussiert,³⁷¹ kommt hier an ihre Grenzen.³⁷² Oder wie verhält es sich mit Tieren, Pflanzen, der Natur als geschädigten Adressaten böser Taten? Zumindest mit Blick auf das Hervorrufen krasser Naturschäden könnte man hier auf die Debatte um einen völkerstrafrechtlichen Ökozid-Tatbestand verweisen.³⁷³ Oder andersherum gefragt: Wie verhält es sich mit Tieren als *Urhebern* böser Taten?³⁷⁴

370 Angesichts von Auschwitz für eine „Theorie eines radikalen mundaen Bösen“, das durch alle individuellen Motive nicht erklärlich wird, *Schulte*, radikal böse, S. 351 f.

371 Damit angesprochen ist auch die individualisierende Zurechnung von Unrecht generell, die die Mitverantwortlichkeit der Gesellschaft und sozialen Gemeinschaften, in denen sich die Tatperson befindet, unterbeleuchtet lässt; zu einem Verbrechens- bzw. Konfliktverständnis, das stets die Mitverantwortlichkeit des sozialen Zirkels betont, am Beispiel des Konzepts *Ubuntu*, vgl. *Dübgen*, *Rethinking the Law*, S. 162 ff.

372 Das ist auch eine Sorge von Neiman, die sie gegen den Begriff des Bösen, der auf Absicht setzt, vorbringt, *Neiman*, *Das Bösen denken*, S. 419.

373 Vgl. dazu *Wagner*, Ökozid vor dem Internationalen Strafgerichtshof?, S. 479 ff.; *Satzger/Maltitz*, *Der „Ökozid“ – ein Tatbestand des „Klimavölkerstrafrechts“?*, S. 444 ff.

374 Eine ausführliche Behandlung muss an dieser Stelle unterbleiben, gleichwohl eine Andeutung: Die hier explizierte Konzeption der bösen Tat ist auf Tiere nicht anwendbar. Dies liegt formal daran, dass alle untersuchten Rechtsnormen als Handlungsobjekte nur Menschen adressieren. Allerdings überzeugt auch eine Übertragung des Gedankens nicht. Sie scheitert zwar nicht an einer Unfähigkeit zu schuldhaftem Verhalten; Vorwerfbarkeit wurde ja gerade vom Begriff des Bösen entkoppelt. Eine Übertragung würde aber nicht nur voraus-

Herausgreifen aus der Auswahl vergessener potenzieller Kandidaten für das Böse möchte ich ein Phänomen, das leicht aus dem Blick gerät, wenn man die Perspektive des Rechts einnimmt. Gemeint ist das Böse, das durch das Recht selbst entsteht, genauer durch diejenigen, die Recht setzen und umsetzen.³⁷⁵ Judith Shklar stellt die Grausamkeit, die von staatlichen Stellen ausgeht, ins Zentrum ihrer Theorie, und hält diese Grausamkeit für den Aspekt, der den Liberalismus überhaupt begründet.³⁷⁶ Der liberalen Überzeugung liege nämlich das Bedürfnis zugrunde, in der Lage zu sein, Entscheidungen über das eigene Leben ohne Furcht zu treffen. Historisch besehen, sei die entscheidende Quelle solcher Furcht die – anlässlich religiöser Nichttolerierung verübte – Grausamkeit staatlicher Repression gewesen.³⁷⁷ Die Grausamkeit – einer schwächeren Person absichtlich Leid zuzufügen, um ein Ziel zu erreichen³⁷⁸ – und die Furcht vor dieser Grausamkeit fänden ihren strukturellen Ausgangspunkt im „Missbrauch öffentlicher Macht“, den „Exzesse[n] der offiziellen Funktionsträger“.³⁷⁹

Solche Grausamkeit sei nicht auf sadistische Neigungen rückführbar, sondern komme schlicht dadurch zustande, dass öffentliche Macht ungleich verteilt sei. Diese Ungleichverteilung gehe gewissermaßen naturgesetzlich mit jedem staatlichen Zwangsapparat einher.³⁸⁰ Dabei stellt Shklar heraus, dass ein Minimum an Furcht von jedem Rechtssystem vorausgesetzt werde und auch nicht infrage

setzen, dass man Tieren Intentionalität zuschreiben kann, sondern auch, dass sie in der Lage sind, über Motive im Generellen und speziell über die hier explizierten Motive zu verfügen.

375 Vgl. auch zu einer Barbarei des Staates, der exzessiv agiert, um sein Sicherheitsversprechen einzulösen, *Reemtsma*, Das Implantat der Angst, S. 33.

376 *Shklar*, Der Liberalismus der Furcht, S. 31 f. Shklar betont an anderer Stelle die „Formel ‚die Grausamkeit an erste Stelle setzen‘“, weil die Formel „noch immer eine bedeutende Quelle des Liberalismus ist – für manche die wichtigste.“ (*Shklar*, Ganz normale Laster, S. 263). Zu den „Normativitätsquellen“ der nur vermeintlichen Antifundamentalistin vgl. *Bajohr*, Judith N. Shklar über die Quellen liberaler Normativität, S. 88 ff.

377 *Shklar*, Der Liberalismus der Furcht, S. 30 f. *Honneth*, Vorwort, S. 18 f., stellt klar, dass Shklars Ansatz nicht auf moralischen Minimalismus hinauslaufe, was daran liege, dass mit gesellschaftlicher Fortentwicklung sich auch wandelt, wovor man sich fürchtet.

378 *Shklar*, Der Liberalismus der Furcht, S. 44.

379 *Shklar*, Der Liberalismus der Furcht, S. 41.

380 *Shklar*, Der Liberalismus der Furcht, S. 44.

zu stellen sei.³⁸¹ Der Liberalismus der Furcht strebe vielmehr an, die Furcht zu bannen, die sich aus *willkürlicher* Zwangsausübung ergibt.³⁸²

Wird dieses Böse, das Shklar im Missbrauch von Macht seitens staatlicher Stellen erblickt, von der Konzeption der bösen Tat erfasst? Ich denke, dass der Begriff der bösen Tat das Phänomen des staatlichen Machtmissbrauchs jedenfalls nicht hinreichend erfasst, Shklars Perspektive insofern einen zentralen blinden Fleck aufzeigt. Man könnte zwar darauf hinweisen, dass der Gedanke des *Machtmissbrauchs* an einigen Stellen aufscheint, insbesondere im Völkerstrafrecht, wenn es etwa um die Verfolgung einer gegen die Zivilbevölkerung gerichteten Politik geht – oder aber bei der Tötung von nach humanitärem Völkerrecht zu schützenden Personen. Allerdings nehmen diese Vorschriften Fälle in den Blick, in denen es zu Machtmissbrauch im Rahmen von Systemunrecht und bewaffneten Konflikten kommt; sie betreffen also Makrokriminalität. Was Shklar im Blick hat, betrifft jedoch – jedenfalls auch – Phänomene, die unterhalb dieser Schwelle liegen: „Methoden von Regierungen“ und „Praktiken aller staatlichen Funktionsträger“.³⁸³ Es geht ihr darum, alle Situationen in den Blick zu nehmen, in denen die Macht des Staates dem Bürger entgegentritt – beispielsweise betrifft das auch den Strafprozess, der „alles andere als ein gleicher Wettstreit“³⁸⁴ sei. Von Shklars Überlegungen ausgehend, müsste man die Konzeption des Bösen im Recht möglicherweise um diesen Aspekt ergänzen: Besonders verwerflich ist es auch, wenn man in Ausnutzung derjenigen Macht handelt, die aus der ungleichen Verteilung von öffentlicher Macht resultiert.

Das ist keine rein spekulative Idee, sondern lässt sich mit dem ganz konkreten Vorschlag in Verbindung bringen, den die jüngste Kommission zur Reform der Tötungsdelikte erarbeitete. Dort ging es nämlich darum, dass das Mordmerkmal der Heimtücke im Kern beizubehalten, aber um eine Alternative zu ergänzen sei: Die Höchststrafwürdigkeit sollte danach nicht nur erreicht sein,

381 Shklar, *Der Liberalismus der Furcht*, S. 41 u. 46: Rechtsvollstreckung und Strafandrohungen sind als Minimalfurcht erzeugend akzeptabel.

382 Shklar, *Der Liberalismus der Furcht*, S. 44.

383 Shklar, *Der Liberalismus der Furcht*, S. 63.

384 Shklar, *Der Liberalismus der Furcht*, S. 61.

wenn der Täter die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit ausnutzt, sondern auch im Falle der „Ausnutzung einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit“.³⁸⁵ Freilich war der Vorschlag nicht motiviert durch den hier angesprochenen Machtmissbrauch staatlicher Stellen – vielmehr ging es dabei um den seit Langem beklagten Missstand, dass Kleinkinder und Bewusstlose als Opfer von Heimtücketaten von vornherein ausscheiden, zumal sie konstitutionell beziehungsweise situativ nicht fähig zum Argwohn seien und daher überhaupt nicht arglos sein könnten, was wiederum als notwendige Bedingung für die Annahme von Heimtücke angesehen wird.³⁸⁶ Auch wenn nicht intendiert, ließe sich die von der Kommission vorgeschlagene Erweiterung auch so lesen, dass eben über den Status quo hinaus auch Fälle erfasst sein sollen, in denen staatliche Bedienstete die ihnen zukommende Macht missbrauchen. Man kann hier an die tödliche Gewalt in Fällen angeblicher Notwehr durch Polizeidienste denken. Aber auch Fälle, in denen Bedienstete des Strafvollzugs ihre Stellung ausnutzen, passen womöglich in diese Kategorie des staatlichen Bösen.

Jenseits des Aspekts des Machtmissbrauchs lassen sich auch Überlegungen, die Shklar an anderer Stelle anstellt, als Fingerzeig auf einen blinden Fleck der hier explizierten Konzeption der bösen Tat verstehen. In ihrer Schrift *Ganz normale Laster* zeigt Shklar ein Panorama an gewöhnlichen Übeln, die wir uns alltäglich gegenseitig antun. Shklar identifiziert als derartige Laster Grausamkeit, Misanthropie, Heuchelei, Snobismus und Verrat.³⁸⁷ Es ließe sich nun fragen, ob eine Konzeption der bösen Tat zwar nicht unbrauchbar ist, wenn sie sich auf Motive zur Tötung beschränkt, aber Verhaltensweisen nicht erfassen kann, die unser Verhalten so nachhaltig in Mitleidenschaft ziehen, weil sie unseren alltäglichen Umgang betreffen.

Der Vorwurf der Verengung scheint zuzutreffen. Die Einbeziehung solcher Phänomene wäre für eine *allgemeine Theorie* des Bösen gewiss notwendig. Statt den Gedanken einer allgemeinen

385 Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, S. 43. Dieser Vorschlag wurde mit 7:4 Stimmen bei 4 Enthaltungen angenommen.

386 Siehe dazu oben bei Fn. 237.

387 Shklar, *Ganz normale Laster*, S. 8. Es geht ihr also nicht lediglich um eine Analyse alltäglicher Laster; diese entfalten auch eine politische Dimension, s. insbes. S. 249 ff.

Theorie des Bösen direkt weiterzuverfolgen, möchte ich die aufgeworfene Frage indirekt adressieren. Es scheint mir nämlich möglich zu sein, die entwickelte Konzeption der bösen Tat als *Kernbegriff* des Bösen zu betrachten und davon ausgehend Elemente dieses Bösen auch in anderen, weniger gravierenden Verhaltensweisen zu erkennen. Eine naheliegende Klasse solcher „kleinen Geschwister“ des Kernbösen findet sich im Bereich strafbaren Verhaltens: Der Wille zur existenziellen Verdinglichung etwa lässt sich in den Straftatbeständen der Vergewaltigung als gewissermaßen kleinerer Version des Mordmerkmals – der Befriedigung des Geschlechtstriebes – ausmachen. Auch die Erpressung oder der Raub enthalten mit der dort vorausgesetzten Absicht der Bereicherung eine kleine Version des Mordmerkmals der Habgier, also eine kleine Schwester dieses Motivs zur Reifikation. Für den Willen zur Exploitation kann man als kleine Fassung die Vorschrift anführen, die die Misshandlung von wehrlosen Schutzbefohlenen kriminalisiert.³⁸⁸ Und eine rassistisch motivierte Körperverletzung³⁸⁹ ließe sich als kleinere Version des Willens zur existenziellen Zerstörung ansehen.

Noch weiter herunterskaliert ließen sich auch Shklars gewöhnliche Laster an den vorgestellten analytischen Begriff der bösen Tat anknüpfen: So beschreibt Shklar selbst den *Snobismus* als „Cousin[]“³⁹⁰ des Rassismus, was aufgrund der Gemeinsamkeit des Dranges zum Überlegen-sein-Wollen nicht unplausibel wirkt. Insofern wäre im von Shklar entwickelten Verständnis des Snobismus als Kernmotiv die Zerstörungsabsicht zu errahnen. Das Laster des *Verrats* könnte man mit der Exploitation in Verbindung bringen, weil hier die Person die Situation der Schwäche ausnutzt, in die sich die verratene Person selbst begeben hat, indem sie vertraute. Eine alltägliche Version des verdinglichenden Umgangs schließlich könnte man in einem Verhalten erblicken, das nötigende Gestalt annimmt: Wenn eine Person ihr Umfeld mittels expliziter oder impliziter Drohungen traktiert, könnte man dies als instrumentalisierenden Umgang be-

388 § 225 Strafgesetzbuch.

389 Die Körperverletzung ist normiert in § 223 Strafgesetzbuch. Die Berücksichtigung rassistischer Motive (für die Strafzumessung) wird explizit vorgesehen durch § 46 Abs. 2 Strafgesetzbuch.

390 *Shklar*, Ganz normale Laster, S. 129. Shklar geht es in der Passage um die Beobachtung, dass zwei der einflussreichsten Rassentheoretiker falsche Grafen gewesen seien.

schreiben. Das wäre ein Verhalten, das sich wohl am ehesten mit Shklars Vorstellung alltäglicher *Grausamkeit* in Verbindung bringen lässt.

Derartige Versuche der Assoziierung sind offensichtlich spekulativ.³⁹¹ Die Quintessenz der skizzierten Überlegung ist jedoch nicht von der Hand zu weisen: Nur weil die Konzeption der bösen Tat im Recht sich auf das höchste Unrecht fokussiert, bedeutet dies nicht, dass nicht mannigfaltige Verhaltensweisen existieren, in denen ein Funke dieses „Kernbösen“ aufscheint. Und wie an den Überlegungen Shklars beispielhaft verdeutlicht wurde, verfügen philosophische Überlegungen zum Bösen über das Potenzial, blinde Flecke des rechtlich Bösen auszumachen.

4. Zu metaphysisch: Fremdkörper im Rationalen

Eine letzte, fundamentale Kritik der im Recht aufgespurten Konzeption des Bösen, die ich adressieren möchte, besteht darin, ihre Ent-Deckung als Anlass dafür zu nehmen, sie abzuschaffen. Böses im Recht, so könnte man argumentieren, ist ein metaphysisches³⁹² Relikt, dessen sich ein rationales Recht entledigen muss.

Eine derartige Argumentation wird für das Rechtsinstitut des Mordes vorgebracht: Bereits der Begriff des Mordes biete ein Auffangbecken für Empörung und sei geeignet, die „rechtsstaatliche Grammatik des Rechts“ zu unterminieren.³⁹³ Eine „Stilisierung des Mordes“, wie sie mit dem jüngsten Gesetz zur Wiederaufnahme erfolgte,³⁹⁴ drohe den „unterschwellige[n] Exorzismus (de[n] Glaube[n], die Beschwörung möge uns vom Bösen erlösen)“ noch zu verstärken.³⁹⁵

391 Und es bleiben offene Fragen, etwa wie es sich mit der von Shklar ebenfalls als Laster angeführten Heuchelei verhält.

392 Der Begriff wird hier im landläufigen pejorativen Sinn verwendet – es mag durchaus verteidigungswerte Verständnisse der Metaphysik geben, s. *Bung* Dreihundert Jahre Kant – drei Rekonstruktionen, S. 664 ff.

393 *Bung*, Ungünstige Wiederaufnahme, S. III f.

394 Siehe dazu oben bei Fn. 139.

395 *Bung*, Ungünstige Wiederaufnahme, S. II2, in Analyse der Reform über die Wiederaufnahme, die eine Erweiterung der Möglichkeit zur Wiederaufnahme zulasten des Täters vorsieht, sofern sich neue Tatsachen (insbesondere DNA-

Eine solche Kritik könnte mit Blick auf den Begriff der bösen Tat auf zweierlei Weise entwickelt werden: Sie könnte sich gegen den Ausdruck des Bösen oder aber gegen das mit ihm Bezeichnete richten.

Soweit ersteres gemeint ist, überzeugt die Kritik. Denn die Begrifflichkeit der bösen Tat eignet sich nicht als ein (neuer) Rechtsbegriff. Es wird hier nicht vorgeschlagen, die Terminologie von der bösen Tat in das Strafgesetzbuch einzuarbeiten. Es kann allenfalls darum gehen, das Phänomen, das sich bei der Analyse der als höchststrafwürdig angesehenen Delikte ergibt, beim Namen zu nennen:³⁹⁶ böse Tat. Selbst diese zurückgenommene Verwendung der *bösen Tat* als analytischer Begriff könnte jedoch als anstößig empfunden werden.³⁹⁷ Sollte man nicht einfach, auch auf theoretischer Ebene, statt von der *bösen Tat*, davon sprechen, dass eine vorsätzliche todbringende Handlung aufgrund des Motivs, das die Tötung prägte, als „besonders strafwürdig“ erscheint? Eine solche Revision der Sprache würde nicht nur einen analytischen Begriff der bösen Tat zurückweisen, sondern wohl auch Begriffe wie „Mord“, „Völkermord“, „Schuld“, „böswillig“ und weitere Ausdrücke³⁹⁸ zu verabschieden suchen. Eine solche *Kritik der Sprache* würde auf die Verwendung zielen, während sie die dahinterstehende Vorstellung, nämlich die auf das Motiv der Tat bezogene Sichtweise, nicht notwendig antasten würde. Es ginge also um die – nicht unwichtige – Frage, ob man auf die Begriffe allein wegen ihrer mutmaßlichen metaphysischen Aufgeladenheit verzichten sollte.

Die Kritik der Metaphysik lässt sich, zweitens, jedoch auch verstehen als Kritik an der Konzeption der bösen Tat, wie sie im gegenwärtigen Recht existiert. Die Kritik würde lauten, dass das Maß der Strafwürdigkeit von Taten – von der Frage des Vorsatzes abgesehen – nicht von weiteren subjektiven Kriterien abhängig gemacht wer-

Spuren) ergeben. Dieses Reformgesetz ist laut Bundesverfassungsgericht verfassungswidrig und daher nicht mehr in Geltung, s. oben Fn. 141.

396 Siehe zum Bedürfnis, „die Dinge beim Namen zu nennen“, als einem Argument für das Festhalten am Wort „böse“, *Neiman*, Das Böse denken, S. 18.

397 Für die Philosophie argumentiert Noller zugunsten der Möglichkeit eines „kritische[n] Begriff[s] des Bösen“, der Dämonisierung und Naturalisierung vermeidet, *Noller*, Theorien des Bösen, S. 166 ff.

398 Darunter zu zählen wären sicherlich die meisten Mordmerkmale, aber auch Begriffe wie derjenige der Schuld.

den sollte. Stattdessen könnte man es für überzeugender erachten, bestimmte Tötungen allein aufgrund objektiver Gesichtspunkte als besonders strafwürdig auszuzeichnen, also etwa nach dem Kriterium, ob ein Verhalten sich als besonders gefährlich darstellt. In der Bezeichnung der philosophischen Theorien über das Böse würde das eine Abkehr von täterorientierten Ansätzen und eine Wendung hin zu solchen Ansätzen bedeuten, die die Folgen eines Verhaltens als relevantes Kriterium erachten.³⁹⁹ Eine solche Revision des Rechts könnte man deswegen begrüßen, weil sie zur gesteigerten Rationalität des Rechts beizutragen scheint.⁴⁰⁰ Denn eine ausschließlich auf Gefährlichkeit bezogene Konzeption bedeutet ein Weniger an Introspektion, ein Weniger an moralisch intrusiver und spekulativer Beschau der Innerlichkeit.

Doch was auf den ersten Blick den Eindruck von Sachlichkeit erweckt, könnte sich bei genauerem Hinsehen als Gegenteil erweisen. Denn die Relevanz von subjektiven Kriterien zu reduzieren, also subjektive Kriterien für Zurechnung und Vorwerfbarkeit als weniger oder überhaupt nicht entscheidend anzusehen, geht stets auch einher mit dem Abbau an Hemmnissen und gedanklichen Bremsen für Zurechnung und Vorwerfbarkeit. Denn Subjektivierungen beinhalten stets das Potenzial, vorwurfsbeschränkend zu wirken, für den Fall eben, dass das missbilligenswerte Motiv fehlt. Und die Frage eines Mordmotivs bietet Raum zur differenzierten Auslegung und zur weitgehenden Einbeziehung von Lebenssachverhalten. Die Verlagerung auf das objektive Kriterium der Gefährlichkeit könnte nämlich sich als Entfesselung eines hyperstrikten Rechts herausstellen, die vermeintliche Rationalisierung also als Bären dienst.⁴⁰¹

399 Die Gefährlichkeit ist insofern eine Form des Schadens; sie betrifft nämlich potenzielle Schäden, die eine Verhaltensweise bewirkt. Das Verhältnis von Gefahr und Schaden ist freilich komplexer, vgl. für das Recht nur die Dogmatik zum sogenannten Gefährdungsschaden beim Betrug, *Hefendehl*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 263 Rn. 1097 ff.

400 So bzgl. des Mordparagraphen *Frommel*, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 Strafgesetzbuch im Jahre 1941, S. 563: „Auch bei einer restriktiven Auslegung können die Mordmerkmale den Maßstäben einer rationalen Kriminalpolitik nicht standhalten.“

401 Auch die Rechtsprechung entwickelt Restriktionen mithilfe von subjektiven Kriterien. So verweist *Kühl*, Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten, S. 835 f., auf die Rechtsprechung des BGH (NJW 2004, 1466, 1467), der eine subjektive Lösung entwickelt habe, die es erlaube, mit Hinweis auf die

Ein Beispiel für die Tendenz, dass ein Weniger an subjektiven Kriterien ein Mehr an Strafschärfe bedeuten kann, bildet das Phänomen der sogenannten Raserfälle.⁴⁰² In derartigen Fällen veranstalten junge Erwachsene in Innenstädten nächtliche Straßenrennen, bei denen mittels ihrer Fahrzeuge unbeteiligte Menschen zu Tode kommen. Man kann hier unter Zuhilfenahme eines entsubjektivierten Verständnisses der Zurechnung zur Höchststrafe gelangen: Dass den Fahrern ihr Verhalten als vorsätzlich ausgelegt werden kann, liegt an einem Verständnis von Vorsatz, das tentativ nicht auf volitive, sondern auf kognitive Elemente abstellt.⁴⁰³ Und der Umstand, dass sich das Verhalten nicht nur als vorsätzliche Tötung, sondern als Mord interpretieren lässt, liegt nicht zuletzt an der subjektivierungsaversiven Rechtsauslegung der in der Rechtspraxis vorherrschenden Meinung. Betont man nämlich die objektive Gefährlichkeit des Verhaltens und hält etwaige Motive für irrelevant, so liegen keine Stolpersteine im Weg, die zu weiterem Nachdenken Anlass geben könnten, etwa in Bezug darauf, in welchem Licht die Handlung angemessenerweise zu sehen ist. Mittels objektiver Kriterien gelangt man nämlich ohne Weiteres zu dem Ergebnis, dass hier heimtückisch sowie mit gemeingefährlichen Mitteln gehandelt wurde, also ein Mord vorliegt. Mit der Befürwortung von Stolpersteinen soll nicht gesagt sein, dass man in derartigen Fällen nicht zutreffenderweise zu der Einschätzung gelangen kann, dass das Verhalten den Tatbestand des Mordes erfüllt. Doch könnte es sein, dass ausgeprägte Kriterien

subjektive Verfasstheit einer Person „niedrige Beweggründe“ i. S. d. § 211 Strafgesetzbuch ablehnen zu können, auch wenn solche, gemessen an deutschen Wertmaßstäben, objektiv vorlägen.

402 Vgl. etwa BGH NJW 2020, 2900. Der Bundesgerichtshof nahm hier eine vorsätzliche Tötung und auch Heimtücke sowie niedrige Beweggründe als Mordmerkmale an. Das Mordmerkmal der gemeingefährlichen Mittel lehnte er – entgegen der Vorinstanz – ab, da das Tatgericht es nicht als bewiesen ansehen durfte, dass der Angeklagte eine Gefährdung Dritter erkannte und billigte (ebd., 2905).

403 Zur Rechtsprechung, die durchaus an der Feststellung eines voluntativen Elements festhält und in den verschiedenen Raserfällen unter Betonung verschiedener Indizien zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt, ausf. *Saliger*, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 212 Rn. 17a ff.; ausf. zu einer grundlegend anderen Konzeption des Vorsatzes *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, S. 374 ff., wonach den rechtsfeindlichen Täter ausmache, dass ihm ein Wollen *fehlt*, nämlich der „Wille zur Unterlassung des Verhaltensnormverstoßes trotz dessen massiver Gefährlichkeit“ (S. 375).

der subjektiven Zurechnung, wenn sie auch die richterliche Prüfung komplexer machen, statt eine Regression zur Metaphysik darzustellen, vielmehr das Potenzial zur Reflexion und Rationalisierung enthalten.

Die zwei Fragen, die sich aus der Kritik des Bösen als potenziellen Fremdkörpern im Recht ergeben, lauten also zusammengefasst wie folgt. Erstens: Kann es einen aufgeklärten Begriff der bösen Tat als eines analytischen Begriffs geben oder ist der Begriff des Bösen schlicht intrinsisch regressiv, und droht damit selbst bei vorichtigster Verwendung ein Rückfall in die Logik von Dämonisierung, Exklusion und Stigmatisierung?⁴⁰⁴ Zweitens: Sollten wir als Gesellschaft in unserem Recht auch in Zukunft die Motivlage als entscheidendes Kriterium dafür ansehen, dass wir eine Handlung als besonders missbilligenswert erachten?

Das vorstehende Kapitel hatte zum Ziel, Fragen offenzulegen, die sich aus der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat ergeben: Ist die Konzeption zu voraussetzungsreich, zu oberflächlich, zu eng, zu metaphysisch? Es sind Fragen dieser Art, die meines Erachtens bereits selbst darauf hinweisen, dass ein analytischer Begriff der bösen Tat fruchtbar ist. Zumindest erscheint eine Debatte über die Bedingungen der Angemessenheit eines solchen Begriffs – unter Einbeziehung philosophischer Expertise – erforderlich und sinnvoll.

404 Zur Möglichkeit, den Ausdruck „böse“ zu verwenden, ohne in Dämonisierung zu verfallen, *Noller*, Gründe des Bösen, S.105 f., mit dem Hinweis, dass die Person, die den Begriff verwendet, sich selbst fragen muss, ob sie nicht „im Akt des Begreifens selbst unter den Begriff fällt“ (ebd., S. 106).

VI. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

Was hat die Untersuchung ergeben, was bedeutet es, etwas als böse zu bezeichnen? Als Ausgangspunkt ließ sich feststellen, dass das Phänomen des Bösen in der philosophischen Debatte nicht nur ein klassisches Thema bildet, sondern auch gegenwärtig nicht unerhebliche Aufmerksamkeit erfährt.⁴⁰⁵ Bei der gegenwärtigen Beschäftigung mit dem Thema in der Philosophie ist zu beobachten, dass die Mehrzahl der Autorinnen und Autoren der direkten Frage nach Kriterien des Bösen aus dem Weg geht und andere Aspekte in den Vordergrund stellt. Adressiert wird etwa der Status des Bösen, ob also dem Bösen eine eigenständige Existenz zukommt oder es stets Abgeleitetes ist. Andere fokussieren das *unde malum*, fragen folglich, was die Quellen und Entstehungsbedingungen des Bösen sind. Wiederum andere Ansätze halten – unter expliziter Zurückweisung der Frage nach dem Wesen – die Frage für entscheidend, was das Böse uns antut, versuchen sich also dem Bösen über dessen Wirkung zu nähern. Es gibt allerdings auch Stimmen, die Eigenschaften des Bösen auszumachen suchen – etwa Typisches oder Charakteristisches. Konstatieren lässt sich in jedem Fall, dass in der Philosophie Berührungsängste im Hinblick auf Ausdruck, Begriff und Konzept des Bösen nicht bestehen, es vielmehr völlig selbstverständlich als lohnendes Sujet angesehen wird.

Ein gänzlich anderes Bild bietet die Rechtswissenschaft. Hier ist das Böse geradezu ein Unthema, zumal der Begriff als moralisch und metaphysisch aufgeladen erachtet wird, und dies im pejorativen Sinne. Die Rede vom Bösen wird dort als grundlegend problematisch angesehen, weil sie mystifiziert, personalisiert, pathologisiert, naturalisiert, dämonisiert und moralisiert.⁴⁰⁶ Die Vorstellung des Bösen leiste vor allem der Gefahr von Globalabwertung und Ausgrenzung einer Person Vorschub. Die Bezeichnung als „böse“ verleite dazu,

405 Siehe Kapitel II.

406 Siehe Kapitel III.1.

in den Modus des Verdammens zu verfallen, statt die Haltung des Verstehens einzunehmen.

Argumentiert wurde, dass der unterschiedliche Umgang mit dem Phänomen des Bösen in Philosophie und Rechtswissenschaft der Verständigung der Disziplinen im Weg steht. Ein solches Verständigen ist durchaus angebracht. Denn blickt man auf die ethischen Grundentscheidungen, die den rechtlichen Regelungen und dem Recht insgesamt zugrunde liegen, so wird deutlich, dass die Bezugsobjekte und die Fragen – bei aller Differenz in der Perspektive – ganz ähnlich sind. Das trifft auch und gerade auf das Thema des Bösen zu. Die Ähnlichkeit im Bezugsobjekt besteht insbesondere dann, wenn man das Böse auffasst als das maximal Verwerfliche. Denn mit der Auseinandersetzung mit Verhaltensweisen, die als maximal verwerflich gelten, ist das Recht, insbesondere in der Gestalt des Strafrechts, in herausgehobener Weise betraut.⁴⁰⁷

Im Recht, so die zentrale These der Untersuchung, existiert eine Konzeption des Bösen, nämlich darüber, was in unserer gegenwärtigen Gesellschaft als böse verstanden wird. Zwar ist diese Konzeption nicht theoretisch dargelegt oder in einer systematischen Weise reflektiert. Aber es ist immerhin möglich, die dem Recht – verstanden als soziale Praxis – implizite Konzeption des Bösen explizit zu machen.⁴⁰⁸ Dieser Konzeption kommt kein absoluter Richtigkeitsanspruch zu. Allerdings dürfte es nicht fernliegen, dass sich im Recht sedimentierte Richtigkeitsvorstellungen seitens der an der Praxis teilnehmenden Akteure manifestieren, die durch die Rechtsanwendung darüber hinaus ständig aktualisiert werden.

Die Idee, die soziale Praxis des Rechts als Suchfeld für das Böse in den Blick zu nehmen, hat zwei Vorzüge: Zum einen wird auf diese Weise eine Konzeption des Bösen nicht in einem religiös oder partikular-moralisch grundierten Katalog von Übeltaten gesucht, der seinerseits zu erklären und zu begründen wäre. Vielmehr kommt dem Recht, verglichen damit, der Vorzug zu, dass es mit einem inklusiven und allgemeingültigen Anspruch auftritt. Zum anderen kommt der im Recht enthaltenen Konzeption des Bösen nicht lediglich der Status einer begründbaren und vertretbaren Ansicht unter vielen zu. Vielmehr liegt mit dem Recht ein – jedenfalls für eine kon-

407 Siehe Kapitel III.2.

408 Siehe Kapitel I.2.

krete Gesellschaft – verbindliches Normensystem vor. Entscheidend ist dabei allerdings nicht die Verbindlichkeit als solche, sondern der Grund für die Verbindlichkeit: Beim Recht handelt es sich um ein Normensystem, das sich die Bürgerinnen und Bürger selbst gegeben haben.⁴⁰⁹ Daher genießt die in ihm zum Ausdruck kommende Wertung einen besonderen Status, den Status demokratischer Legitimation. Dass es sich bei der Konzeption der bösen Tat, die im Recht enthalten ist, um die überzeugende Konzeption des Bösen handelt, ist damit gerade nicht behauptet. Indem die dem Recht implizite Konzeption explizit gemacht wird, wird die mehr oder minder bewusste Konzeption offengelegt und dadurch erst kritisierbar.

Worin liegt nun das maximal Verwerfliche, das Böse, wenn man das Recht untersucht? Vorgeschlagen wurde, den Kern dessen, was wir als böse erachten, in denjenigen Verhaltensweisen zu erblicken, die wir als Rechtsgemeinschaft in ganz besonderer Weise für strafwürdig halten. Unter diesem Blickwinkel hebt sich eine Reihe von Verbrechen von allen anderen Verbrechen ab: Nur diese herausgehobenen Delikte werden als unverjährbar eingestuft und sehen zugleich zwingend die Höchststrafe vor.⁴¹⁰ Untersucht man die so ausgezeichneten Delikte, nämlich Mord, Genozid und einige weitere Völkerrechtsverbrechen, so lässt sich daraus eine Theorie der bösen Tat extrahieren. Der zentrale Inhalt dieser Theorie besteht darin, dass die Rechtsgemeinschaft unter der Menge an schweren Straftaten, die sämtlich eine gravierende Schädigung voraussetzen, einige Delikte noch einmal auf eine besondere Stufe hebt, gewissermaßen auf die Stufe der bösen Tat. Und diese besondere Stufe ist dann erreicht – so die hier entwickelte These –, wenn die Person mit ihrer Tat ein bestimmtes *Motiv* verfolgt, wenn also jenseits der Frage nach der Vorsätzlichkeit eines Verhaltens zusätzlich die Gründe, die der Handlung unterliegen, in besonderem Maße als verwerflich angesehen werden. Das ist das Ergebnis der Analyse des Rechts mit Blick auf den Begriff des Bösen: Das Recht sieht das besonders Verwerfliche – die böse Tat – begründet in der besonders verwerflichen Motivation des Täters.⁴¹¹

409 Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, S. 256 und passim.

410 Kapitel III.2.

411 Siehe Kapitel IV.1 und 2.

Die verschiedenen im Recht als besonders verwerflich erachteten Handlungsgründe, die zur gravierenden Schädigung hinzukommen müssen, lassen sich, so wurde im Weiteren argumentiert, zu einer Trias von Grundmotiven generalisieren. Es handelt sich dabei um den Willen zur existenziellen Zerstörung, den Willen zur existenziellen Verdinglichung und den Willen zur existenziellen Ausnutzung.⁴¹² Unter den erstgenannten Handlungsgrund fallen etwa Zerstörungsabsichten beim Genozid, aber auch bestimmte Mordmerkmale wie etwa Mordlust. Dem zweiten Handlungsgrund sind Motive wie Habgier oder Verdeckungsabsicht zu subsumieren. Unter den dritten fällt beispielsweise das Mordmerkmal der Heimtücke, bei dem eine Person eine situative Stärke-Asymmetrie zur Tötung ausnutzt.

Wie jedoch lässt sich den angedeuteten Bedenken begegnen, die gegen eine Assoziierung des Bösen mit der Sphäre des Rechts sprechen? Wenngleich die Bedenken gewichtig sind, wurde hier der Versuch einer affirmativen Antwort vorgetragen. Zentral ist zunächst die Überlegung, dass es bei der Assoziierung des Bösen mit dem Recht nicht darum geht, einen Rechtsbegriff der bösen Tat einzuführen, nicht also darum, dass Gesetzestexte oder Urteile ein Verhalten als böse deklarieren. Vielmehr handelt es sich bei der bösen Tat um einen Begriff zur Untersuchung und Reflexion, also um einen ausschließlich analytischen Begriff. Außerdem lässt sich die Gefahr, den Begriff in einer problematischen Weise zu verwenden, weitgehend bannen, wofür zwei Sicherungen vorgeschlagen wurden. Zum einen ist der Begriff strikt abzugrenzen von einem personenbezogenen Verständnis: Personen als böse zu bezeichnen, ist – so wurde in einer Auseinandersetzung mit dem Rechtsdenken im Nationalsozialismus herausgearbeitet – in der Tat hochproblematisch, vor allem weil die damit verbundene Globalabwertung einer Person die Gefahren der Exklusion und der Stigmatisierung birgt.⁴¹³ Demgegenüber muss eine annehmbare Verwendung stets auf eine konkrete, punktuelle Tat bezogen sein. Böse können demzufolge nicht Personen sein, sondern lediglich Taten. Zum anderen, das ist die zweite Sicherung, die dazu beiträgt, einer personenbezogenen Verwendung vorzubeugen, ist die Vorstellung der bösen Tat von der Frage zu entkoppeln, ob die Person, die die Tat beging, auch schuldfähig war,

412 Siehe Kapitel IV.3.

413 Siehe Kapitel III.4.

ob sie also im Tatzeitpunkt über die Fähigkeit verfügte, das Unrecht ihres Handelns einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.⁴¹⁴ Diese Entkopplung führt dazu, dass eine Tat böse sein kann, ganz unabhängig von der Frage, ob die Person zum Zeitpunkt der Tat schuldfähig handelte oder nicht und ob entschuldigende Gründe gegeben waren. Für die Beurteilung einer Tat als böse kommt es, mit anderen Worten, nicht darauf an, ob die Tat der Person zum Vorwurf gemacht werden kann.

Die genannten Anforderungen an einen annehmbaren analytischen Begriff der bösen Tat – Beschränkung auf einen Verhaltensakt sowie Unabhängigkeit von der Vorwerfbarkeit – sind kompatibel mit der im Recht gefundenen Konzeption, die die böse Tat im bösen Motiv festmacht. Denn das besonders verwerfliche Motiv bezieht sich auf den Vorsatz, das Wollen der Tat.⁴¹⁵ Ob die Person darüber hinaus auch schuldfähig war, ist für die Auszeichnung als böse Tat nicht relevant. Dass dies so ist, folgt nicht nur aus der propagierten Vermeidung einer Zuschreibung zur Person, sondern es ist auch plausibel, wenn man die Perspektive des Opfers berücksichtigt. Denn Adressat eines verwerflich motivierten, vorsätzlichen Tötungsversuchs zu werden, ist aus Sicht der verletzten Person, unabhängig von der Frage der Schuldfähigkeit der attackierenden Person, in ganz ähnlichem Maße irritierend und verunsichernd. Umgekehrt erschiene es wenig plausibel, die Bezeichnung als böse Tat lediglich einem schuldfähigen Täter vorzubehalten – und so im Fall einer psychischen Krankheit der verletzten Person beschleunigen zu müssen, dass ihr schlechterdings Unglück widerfahren sei (weil eine Zurechnung zu einer Person ausscheidet).⁴¹⁶

Was folgt, wenn man die Grundidee von der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat akzeptiert? Einerseits lässt sich die Überlegung produktiv aufnehmen, etwa indem man die Frage stellt, ob dasjenige, was hier als böse ausgezeichnet wurde – nämlich das Handeln unter den besonders verwerflichen Motiven der Zerstörung, Verdinglichung und Ausnutzung – nicht nur im Großen zu finden ist, also in der Existenzvernichtung. Man könnte insofern überlegen, ob sich die Attribuierung als böse „herunterskalieren“,

414 Siehe Kapitel II.3.

415 Siehe Kapitel III.3.

416 Siehe Kapitel II.3.

also in kleinere Formen des strafrechtlichen Unrechts übersetzen lässt – oder gar in unser alltägliches Verhalten, das sich überhaupt nicht in einem rechtlichen Kontext, sondern dem der Sozialmoral ereignet.⁴¹⁷ Konkret: Ist etwa ein Element der bösen Tat erkennbar, wenn ich eine situative Überlegenheit ausnutze, die sich aus einer Fähigkeiten- oder Wissens-Asymmetrie ergibt, ich also beispielsweise einer Person, die nicht sehen kann, den falschen Weg mitteile, sie also in die Irre führe? Möglicherweise hilft der entfaltete Begriff der bösen Tat weiter bei der Analyse derartiger Verhaltensweisen. Und womöglich macht das Nachdenken darüber deutlich, dass wir selbst in unseren eigenen Handlungen – auch wenn die allermeisten keinen Mord oder Genozid begehen dürften – uns schwerlich davon frei machen können, Verhaltensweisen an den Tag zu legen, die einen Funken an Bösem enthalten.

Die entscheidende Folge des Explizitmachens der Konzeption der bösen Tat jedoch ist, dass die explizierte Konzeption kritisierbar wird. Um es als Frage zu formulieren: Ist die im Recht gefundene motivorientierte Konzeption überzeugend oder zu revidieren? Die Rechtswissenschaft selbst, aber auch die Philosophie ist aufgerufen, die aufgezeigte, dem Recht implizite Konzeption der bösen Tat kritisch zu befragen. Dafür wurden hier exemplarisch vier Perspektiven einer Kritik vorgestellt: Die Konzeption des Bösen im Recht könnte erstens mit seiner Voraussetzung eines bösen Motivs zu hohe Anforderungen stellen. Denn könnte es nicht sein, dass sich das Böse gerade nicht immer durch ein besonders verwerfliches Motiv auszeichnet, sondern im Gegenteil – zumindest bisweilen – in Gestalt motivarmer Banalität auftritt?⁴¹⁸ Die Konzeption der bösen Tat könnte zweitens als zu äußerlich erscheinen, weil sie lediglich die an der Oberfläche liegenden Handlungsgründe als konstitutiv für die böse Tat erachtet – außerdem drohen durch das äußerliche Kriterium des verwerflichen Motivs die Vorsicht und die Sensibilität, die mit Blick auf das Label des Bösen angebracht sind, in den Hintergrund gedrängt zu werden.⁴¹⁹ Die entfaltete Konzeption der bösen Tat könnte, drittens, den Blick verengen auf den einzelnen Menschen als Urheber böser Taten. Etliche andere Quellen des

417 Siehe Kapitel V.3.

418 Siehe Kapitel V.1.

419 Siehe Kapitel V.2.

Bösen geraten so überhaupt nicht in den Blick. So könnte das Böse etwa in staatlicher Gewaltanwendung oder gesellschaftlichen Strukturen liegen – eine Verortung, die über die Fokussierung auf das Motiv von Einzelpersonen allzu leicht übersehen wird.⁴²⁰ Eine vierte Perspektive der Kritik betrifft den Standpunkt, dass es sich bei der Vorstellung des Bösen und auch bei derjenigen der bösen Tat um metaphysische Relikte handelt, die von der Sphäre des Rechts vielleicht doch mit besseren Gründen zu distanzieren sind.⁴²¹

Während ich also im letzten Teil darum bemüht war, Ansätze aufzuzeigen, wie eine Kritik der im Recht zu findenden bösen Tat aussehen könnte, möchte ich zum Abschluss das Kernanliegen der Untersuchung noch einmal pointieren. Ziel der Untersuchung war es, auszuloten, wie weit das Phänomen des Bösen mit dem Recht in Verbindung gebracht werden kann. Gezeigt wurde, dass eine implizite Konzeption des Bösen existiert, die in der sozialen Praxis des Rechts verborgen liegt. Macht man diese Konzeption explizit, ergibt sich folgendes Bild: Das Böse bezieht sich im Recht nicht auf die Person, sondern auf die Tat. Und das Recht sieht die Tat dann als böse an, wenn der Täter nicht nur den Tod eines anderen Menschen planvoll herbeiführte, sondern das vorsätzliche Handeln zudem von einem missbilligenswerten Motiv bestimmt oder geprägt war.⁴²² Die als besonders verwerflich angesehenen Motive lassen sich zu drei Grundformen generalisieren: den Willen zur existenziellen Destruktion, den Willen zur existenziellen Reifikation und den Willen zur existenziellen Exploitation.⁴²³

Wie ich gezeigt zu haben hoffe, erweist sich ein solcher Begriff der bösen Tat als sinnvoll – nicht als ein Rechtsbegriff, der in Gesetzen oder Urteilen verwendet werden sollte, sondern als analytischer Begriff. Denn nur, wenn man die im Recht enthaltene Konzeption der bösen Tat expliziert, wird sichtbar, was im Recht als besonders verwerflich angesehen wird. Und nur auf diese Weise kann die dem Recht implizite Konzeption der bösen Tat reflektiert und kritisiert werden. Das betrifft einerseits die Selbstreflexion der Rechtswissenschaft. Ganz besonders betrifft es andererseits die Fähigkeit zum Anschluss an die philosophische Diskussion über das Böse. Und

420 Siehe Kapitel V.3.

421 Siehe Kapitel V.4.

422 Siehe Kapitel III.3.

423 Siehe Kapitel IV.3.

VI. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

diesen interdisziplinären Diskurs, für den die nachfolgenden Thesen einen Impuls geben wollen, halte ich für unbedingt erforderlich, wenn es um die normative Frage geht, welche Verhaltensweisen uns als solch hohes Unrecht erscheinen, dass wir für sie den ultimativen Begriff reservieren.

VII. Sieben Thesen über das Böse im Recht

1. Zurückzuweisen ist der Begriff des Bösen, wenn damit eine metaphysische Entität gemeint ist oder mit ihm eine Zuschreibung zur Person als ganzer gemacht wird. Denn solche Verwendungen leisten einer Dämonisierung, Ausgrenzung und Globalabwertung Vorschub. Diese Gefahren sind jedoch zu beherrschen, wenn man sich auf einen analytischen Begriff der bösen Tat beschränkt und ihn ausschließlich auf einen Verhaltensakt, nicht auf die Person bezieht.
2. Die in der Philosophie anzutreffenden Überlegungen, sich der bösen Tat anzunähern, indem ihre Signifikanz oder das für sie Typische herausgearbeitet wird, können produktiv ergänzt werden durch die pragmatistische Idee, die Konzeption explizit zu machen, die implizit in der sozialen Praxis enthalten ist.
3. Als zu untersuchende soziale Praxis kommt das Recht in ganz besonderer Weise infrage. Im Gegensatz zu anderen sozialen Praktiken, wie der Alltagssprache, moralischen Diskursen, Bereichsethiken oder der Religion, bietet das Recht den Vorzug, die im gemeinsamen Umgang *allseitig verbindliche* soziale Praxis zu sein.
4. Macht man die im Recht implizit enthaltene Konzeption der bösen Tat explizit, wird offenbar, dass die Bewertung als böse im Recht entscheidend auf subjektiven Kriterien basiert. Aus der Gruppe der schwersten Straftaten, die allesamt eine gravierende Schädigung voraussetzen, wird eine Gruppe von Delikten noch einmal besonders herausgehoben, und zwar wegen der verwerflichen Motive. Kurz: *Das Böse im Recht liegt im bösen Motiv*.
5. Generalisiert man die Handlungsmotive, die im Recht als böse angesehen werden, so lassen sich drei Grundmotive ausmachen. Die Motive der im Recht impliziten Konzeption der bösen Tat sind die folgenden: Der Wille zur todbringenden Destruktion, Reifikation und Exploitation. Es geht also um den Willen zur Zerstörung, den Willen zur völligen Instrumentalisierung und den Willen zum tödlichen Ausnutzen von Schwäche.

6. Das Innehaben eines Motivs knüpft an das unmittelbare Wollen der Tat, also an das vorsätzliche Verhalten an. Die böse Tat setzt damit nicht voraus, dass die Person mit Einsichts- und Steuerungsfähigkeit handelt, also das Wollen ihrerseits will. Das hat zur Folge, dass der handelnden Person eine böse Tat nicht immer zum Vorwurf gemacht werden kann. Wenngleich auch eine andersartige Begriffsverwendung schlüssig wäre, ist die hier vorgeschlagene vorzugswürdig. Für eine solche Entlastung des strafrechtlichen Schuldbegriffs sprechen Intuitionen der Alltagssprache, die Perspektive der Opfer sowie Erkenntnisse der Kriminologie.
7. Dadurch, dass die dem Recht implizite Konzeption der bösen Tat explizit gemacht wird, kann sie kritisiert werden. Womöglich ist die Konzeption im Recht zu voraussetzungsreich, zu oberflächlich, zu eng oder zu metaphysisch. Die Philosophie kann hier sensibilisieren und blinde Flecke aufzeigen und womöglich zur Revision der im Recht enthaltenen Konzeption beitragen. Als analytischer Begriff bietet die Redeweise von der bösen Tat die Chance für einen interdisziplinären Diskurs.

Literaturverzeichnis

- Abraham*, Markus: Zum subjektiven Element der Heimtücke – Ausnutzen als Absicht, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2021, S. 641–647.
- Abraham*, Markus: Das Verhältnis von Moral, Politik und Recht als Verhältnis des Übergangs, in: Johannes Haaf/Esther Neuhann/Luise Müller/Markus Wolf (Hrsg.), *Die Grundlagen der Menschenrechte. Moralisch, politisch oder sozial? Schriftenreihe der Sektion Politische Theorie und Ideengeschichte in der DVPW*, Baden-Baden 2023, S. 29–50.
- Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211–213, 57a StGB), dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt. Abrufbar über [bmj.de](https://www.bmj.de) (letzter Zugriff 17.3.2025).
- Allison*, Henry E.: Ethics, Evil, and Anthropology in Kant. Remarks on Allen Wood's: *Kants Ethical Thought*, *Ethics* 2001, S. 594–613.
- Ambos*, Kai: *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Baden-Baden 2019.
- Ambos*, Kai: *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I: Foundations and General Part, 2. Aufl., Oxford 2021.
- Anscombe*, Gertrude Elizabeth Margaret: *Intention*, 2. Aufl., Cambridge, Massachusetts/London 2000.
- Arendt*, Hannah: Über das Böse. Eine Vorlesung zu Fragen der Ethik, hrsg. v. Jerome Kohn, übers. aus dem Englischen v. Ursula Ludz, mit Nachwort v. Franziska Augstein, 2. Aufl., München/Zürich 2006.
- Arendt*, Hannah: Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht über die Banalität des Bösen [1964], München 2011.
- Asholt*, Martin: Verjährung im Strafrecht. Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB, Tübingen 2016.
- Augstein*, Franziska: Taten und Täter, in: Hannah Arendt, Über das Böse. Eine Vorlesung zu Fragen der Ethik, hrsg. v. Jerome Kohn, übers. aus dem Englischen v. Ursula Ludz, 2. Aufl., München/Zürich 2006, S. 177–194.

- Augustinus*: Die Natur des Guten, in: Christian Schäfer (Hrsg.), Was ist das Böse? Philosophische Texte von der Antike bis zur Gegenwart, Stuttgart 2014 (Auszug aus Augustinus, De natura boni/Die Natur des Guten, übers. und kommentiert v. Brigitte Berges, Bernd Goebel und Friedrich Hermann, in: Paderborn 2010), S. 68–78.
- Baier*, Elisabeth: § 13, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, Band 20, 13. Aufl., Berlin/Boston 2024 (zit.: *Baier*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 13 VStGB Rn.).
- Bajohr*, Hannes: Judith N. Shklar über die Quellen liberaler Normativität, in: Karsten Fischer/Sebastian Huhnholz (Hrsg.), Liberalismus: Traditionsbestände und Gegenwartskontroversen, Schriftenreihe der Sektion Politische Theorie und Ideengeschichte in der DVPW, Baden-Baden 2019, S. 71–97.
- Baumann*, Jürgen: Gedanken zum Eichmann-Urteil, Juristenzeitung 1963, S. 110–121.
- Beck*, Maren: Die Heimtücke – ein unzeitgemäßes und moralisierendes Merkmal. Unter Berücksichtigung des Abschlussberichts der von Justizminister Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2016, S. 10–18.
- Behrens*, Paul: Genocide and the Question of Motives, Journal of International Criminal Justice 2012, S. 501–523.
- Benhabib*, Seyla: Identität, Perspektive und Erzählung in Hanna Arendts *Eichmann in Jerusalem*, in: Gary Smith (Hrsg.), Hannah Arendt Revisited: „Eichmann in Jerusalem“ und die Folgen, Frankfurt a. M. 2000, S. 95–119.
- Bertram*, Günter: Zweierlei Maß – Der 5. Strafsenat des BGH erledigt den Hamburger Fall Engel, Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 2278–2281.
- Brandom*, Robert B.: Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, übers. v. Eva Gilmer und Hermann Vetter, Frankfurt a. M. 2000.
- Brannigan*, Augustine: Beyond the Banality of Evil. Criminology and Genocide, Oxford 2013.
- Browning*, Christopher R.: Ordinary Men. Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland, New York 1992.
- Buber*, Martin: Bilder von Gut und Böse, in: Martin Buber Werkausgabe, hrsg. v. Ashraf Noor u. Kerstin Schreck, Band 12, Gütersloh 2017, S. 315–358.
- Bung*, Jochen: Wissen und Wollen im Strafrecht. Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands, Frankfurt a. M. 2009.
- Bung*, Jochen: Grundlinien der Grundlinien (Working Paper), Stand 6. November 2017, abrufbar über dessen Personenwebsite auf www.uni-hamburg.de (letzter Zugriff 17.3.2025).

- Bung, Jochen/Markus Abraham*: Sprachphilosophie: Davidson und Brandom, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 87–103.
- Bung, Jochen/Daria Bayer*: Neutralisierung, Angstabwehr, Konspirationsnarrative. Zu einer Kriminologie des Verschwörungsglaubens, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2021, S. 332–337.
- Bung, Jochen*: Ungünstige Wiederaufnahme. Eine kritische Betrachtung, *Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht* 2022, S. 109–112.
- Bung, Jochen*: Anomie, Neutralisierung, Abwehr, Moralumkehr – Zur Kriminologie von Großverbrechen, in: Florian Jeßberger/Moritz Vormbaum/Boris Burghardt (Hrsg.), *Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2022, S. 15–24.
- Bung, Jochen*: Dreihundert Jahre Kant – drei Rekonstruktionen, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2024, S. 661–678.
- Canterbury, Anselm von*: Über die jungfräuliche Empfängnis und die Erbsünde, in: Christian Schäfer (Hrsg.), *Was ist das Böse? Philosophische Texte von der Antike bis zur Gegenwart*, Stuttgart 2014 (Auszug aus Anselm von Canterbury, *De conceptu virginali et de originali peccato*, hrsg. v. Franciscus Salesius Schmitt, Edinburgh 1946, übers. v. Christian Schäfer), S. 107–109.
- Colpe, Carsten*: Religion und Mythos im Altertum, in: ders./Wilhelm Schmidt-Biggemann (Hrsg.), *Das Böse. Eine historische Phänomenologie des Unerklärlichen*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1993, S. 13–89.
- Cryer, Robert/Darryl Robinson/Sergey Vasiliev*: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4. Aufl., Cambridge 2019.
- Dalferth, Ingolf U.*: *Das Böse. Essay über die kulturelle Denkform des Unbegreiflichen*, 2. Aufl., Tübingen 2010.
- Dannenbaum, Tom*: *The Crime of Aggression, Humanity, and the Soldier*, Cambridge 2018.
- Demko, Daniela*: Die Zerstörungsabsicht bei dem völkerstrafrechtlichen Verbrechen des Genozids. Zugleich eine Anmerkung zur deutschen Rechtsprechung im Verfahren gegen Onesphore R., *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2017, S. 766–781.
- Dölling, Dieter*: Über das Böse aus kriminologischer und strafrechtlicher Sicht, in: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Berlin/New York 2011, S. 1901–1911.
- Dübgen, Franziska*: Rethinking the Law. Taking Clues from Ubuntu Philosophy, in: Liza Mattutut/Robert Nigro/Nadine Schiel/Heiko Stubenrauch (Hrsg.), *What's Legit? Critiques of Law and Strategies of Rights*, Zürich 2020, S. 157–175.

- Ebert, Udo: Die „Banalität des Bösen“ – Herausforderung für das Strafrecht, Stuttgart/Leipzig 2010.
- Eschelbach, Ralf: § 211, in: Bernd v. Heintschel-Heinegg/Hans Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, 62. Edition (1.8.2024), München 2024 (zit.: *Eschelbach*, in: BeckOK zum StGB, § 211 Rn.).
- Eser, Albin: Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?, Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag, München 1980 (zit. *Eser*, DJT-Gutachten 1980).
- Eser, Albin/Detlev Sternberg-Lieben: § 211, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 2019 (zit.: *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, § 211 Rn.).
- Farthofer, Hilde: § 13 VStGB, in: Volker Erb/Jürgen Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 9, 4. Aufl., München 2022 (zit. *Farthofer*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 13 VStGB Rn.).
- Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen (Beck'sche Kurzkommentare, Band 10), 71. Aufl., München 2024 (zit.: *Fischer*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § Rn.).
- Frankfurt, Harry G.: Freedom of the Will and the Concept of a Person, The Journal of Philosophy 1971, S. 5–20.
- Freisler, Roland: Gedanken über das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches, Deutsche Justiz 1941, S. 929–938.
- Fromm, Erich: Anatomie der menschlichen Destruktivität, aus dem Amerikanischen v. Liselotte und Ernst Mickel, Reinbek bei Hamburg 1974.
- Frommel, Monika: Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, Juristenzeitung 1980, S. 559–564.
- Fuchs, Julian: Lemma Böser Glaube, in: Klaus Weber, Rechtswörterbuch, 33. Aufl., München 2024.
- Gerson, Oliver: § 6, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, Band 20, 13. Aufl., Berlin/Boston 2024 (zit.: *Gerson*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 6 VStGB Rn.).
- Goldberg, Zachary J.: Was ist eine böse Handlung?, DZPhil 2018, S. 764–787.
- Goldberg, Zachary J.: Das Böse konzipieren. Probleme und Lösungen, in: Jörg Noller (Hrsg.), Über das Böse. Interdisziplinäre Perspektiven, Freiburg/München 2020, S. 148–168.
- Goldberg, Zachary J.: Evil Matters. A Philosophical Inquiry, New York 2022.
- Grünewald, Anette: Grundkonzeption der Tötungsdelikte, in: Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211–213, 57a StGB), dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt. Abrufbar über bmj.de (letzter Zugriff 17.3.2025), S. 480–514.

- Günther*, Klaus: Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik, *Kritische Justiz* 1994, S. 135–157.
- Günther*, Klaus: Von der Rechts- zur Pflichtverletzung, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Frankfurt a. M. [u. a.]* 1995, S. 445–460.
- Günther*, Klaus: Buchbesprechung: Rüdiger Safranski, *Das Böse oder Das Drama der Freiheit*, *Kritische Justiz* 1998, S. 124–127.
- Günther*, Klaus: Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band I: Legitimationen, Baden-Baden 1998, S. 319–349.
- Günther*, Klaus: Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat, *Frankfurt a. M.* 2005.
- Grosse-Wilde*, Thomas: Verbotsgrade und „kontra-normative“, hypothetische Welten. Zu Wolfgang Spohns Rangtheorie, übertragen auf rechtliche Normensysteme, *Rechtsphilosophie. Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts* 2022, S. 131–151.
- Habermas*, Jürgen: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Aufl., *Frankfurt a. M.* 1994.
- Haffke*, Bernhard: Verstehen und Strafen, in: Felix Herzog/Ulfrid Neumann (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010, S. 355–372.
- Hartig*, Annegret: *Making Aggression a Crime Under Domestic Law. On the Legislative Implementation of Article 8bis of the ICC Statute*, Den Haag/Berlin 2023.
- Hartland-Swann*, John: *An Analysis of Knowing*, London 1958.
- Haverkamp*, Rita: Zur Tötung von Haustyrannen aus strafrechtlicher Sicht, *Goltdammer's Archiv* 2006, S. 586–604.
- Haverkamp*, Rita: Das Böse und die Frauen – Frauen als Opfer und Täterinnen, in: Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), *Das sogenannte Böse. Das Verbrechen aus interdisziplinärer Perspektive*, Baden-Baden 2020, S. 257–280.
- Hefendehl*, Roland: § 263, in: Volker Erb/Jürgen Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 4, 4. Aufl., München 2021 (zit. *Hefendehl*, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, § 263 Rn.).
- Hegel*, Georg Wilhelm Friedrich: *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1820], hrsg. v. Eva Moldenhauer u. Karl Markus Michel, Werkausgabe, Band 7, *Frankfurt a. M.* 1986.
- Heger*, Martin: § 211, in: Karl Lackner/Kristian Kühl/Martin Heger, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 30. Aufl., München 2023 (zit.: *Heger*, *Lackner/Kühl/Heger*, *Kommentar zum StGB*, § 211 Rn.).

- Hirsch*, Philipp-Alexander: Freiheit und Staatlichkeit bei Kant: Die autonomietheoretische Begründung von Recht und Staat und das Widerstandsproblem, Berlin/Boston 2017.
- Honneth*, Axel: Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte, Frankfurt a. M. 1992.
- Honneth*, Axel: Vorwort, in: Shklar, Judith N., *Der Liberalismus der Furcht*, hrsg. und übers. v. Hannes Bajohr, 3. Aufl., Berlin 2020, S. 7–25.
- Hörnle*, Tatjana: Rezension zu Brigitte Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, *Goltdammer's Archiv* 2008, S. 274–276.
- Hörnle*, Tatjana: Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre, Baden-Baden 2013.
- Hörnle*, Tatjana: Strafrecht, 2. Aufl., Tübingen 2017.
- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: Radislav Krstić becomes the First Person to be Convicted of Genocide at the ICTY and is Sentenced to 46 Years Imprisonment, Pressemitteilung 609 vom 2.8.2001, die die vom Vorsitzenden Richter Almiro Rodrigues verlesene Zusammenfassung der Urteilsverkündung enthält, abrufbar unter icty.org/sid/7964. (zit.: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Radislav Krstić).
- Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg: Urteil vom 1. Oktober 1946, in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg, *Der Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Nürnberg 14. November 1945 – 1. Oktober 1946, Band I, Nürnberg 1947*, S. 189–414.
- Jeßberger*, Florian/Julia *Geneuss*: Concluding Remarks: Dimensions of „Why Punish“, in: dies. (Hrsg.), *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge 2020, S. 380–386.
- Kant*, Immanuel: Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft [1793], in: *Kant's gesammelte Schriften*, hrsg. v. der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Band VI, Berlin 1907, S. 1–202 (zit.: *Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, AA VI, S.).
- Kaspar*, Johannes: § 20 Kriminologische Forschungsfelder, in: Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Band 4, Heidelberg 2019, S. 953–1001 (zit. nach Rn.).
- Kelker*, Brigitte: Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Frankfurt a. M. 2007.
- Kisner*, Manja: Das Monologische der Banalität des Bösen. Ein Versuch zu Hannah Arendts Theorie des Bösen, in: Jörg Noller (Hrsg.), *Über das Böse. Interdisziplinäre Perspektiven*, Freiburg/München 2020, S. 127–147.

- Kluszczewski*, Diethelm: Strafrecht – Besonderer Teil. Lehrbuch zum Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2016.
- Klinck*, Fabian: BGB § 932, in: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann (Hrsg.), beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht, München 2025 (zit.: *Klinck*, in: beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht, BGB § 932 Rn.).
- Köhler*, Michael: Zur Abgrenzung des Mordes. Erörtert am Mordmerkmal „Verdeckungsabsicht“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1980, S. 121–142.
- Kreß*, Claus: The Crime of Genocide under International Law, *International Criminal Law Review* 2006, S. 461–502.
- Kreß*, Claus: § 6 Völkerstrafgesetzbuch, in: Volker Erb/Jürgen Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 9, 4. Aufl., München 2022 (zit. *Kreß*, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, § 6 VStGB Rn.).
- Kühl*, Kristian: Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, in: Manfred Seebode (Hrsg.), *Festschrift für Günther Spendel*, Berlin/New York 1992, S. 75–98.
- Kühl*, Kristian: Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten, *Juristische Arbeitsblätter* 2009, S. 833–839.
- Kuhli*, Milan: Grundzüge der Strafrechtsgeschichte. Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart – Teil 1, *Zeitschrift für Juristische Schulung* 2021, S. 21–29.
- Kuhli*, Milan: Grundzüge der Strafrechtsgeschichte. Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart – Teil 2, *Zeitschrift für Juristische Schulung* 2021, S. 271–281.
- Kulhanek*, Tobias: Rechtsfrieden. Ein Beitrag zur Diskussion um die Ziele des Strafverfahrens, Berlin 2025.
- Kusche*, Carsten: Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen nach § 362 Nr. 5 StPO wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel verfassungswidrig. BVerfG, Urteil vom 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 mit einer Anmerkung von Carsten Kusche, *Neue Strafrechtswissenschaft* 2024, S. 319–326.
- Laberge*, Pierre: Das radikale Böse und der Völkerzustand, übers. aus dem Französischen v. Hanna Lauterbach, in: Friedo Ricken/François Marty (Hrsg.), *Kant über Religion*, Stuttgart 1992, S. 112–123.
- Lüderssen*, Klaus: Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens. Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk, in: ders. (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band I: Legitimationen, Baden-Baden 1998, S. 25–118.
- Luhmann*, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1995.
- McGinn*, Colin: *Das Gute, das Böse und das Schöne. Über moderne Ethik*, aus dem Englischen von Joachim Schulte, Stuttgart 2001.
- Meier*, Bernd-Dieter: *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl., Berlin 2019.

- Menne, Jonas*: „Lombroso redivivus?“. Biowissenschaften, Kriminologie und Kriminalpolitik von 1876 bis in die Gegenwart, Tübingen 2017.
- Merkel, Reinhard*: Philosophische Sphären des Rechts. Rechtsethische Aufsätze zu Krieg und Frieden, Freiheit und Schuld, Leben und Tod, Paderborn 2023.
- Merton, Robert K.*: Sozialstruktur und Anomie, in: Fritz Sack/René König (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 3. Aufl., Wiesbaden 1979, S. 283–313.
- Michelsen, Peter*: Mephistos „eigentliches Element“. Vom Bösen in Goethes „Faust“, in: Carsten Colpe/Wilhelm Schmidt-Biggemann (Hrsg.), Das Böse. Eine historische Phänomenologie des Unerklärlichen, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1993, S. 229–255.
- Misak, Cheryl*: The American Pragmatists, Oxford 2013.
- Mitsch, Wolfgang*: „Entnazifizierung“ des § 211 StGB?, Zeitschrift für Rechtspolitik 2014, S. 91–92.
- Mitsch, Wolfgang*: § 1 Tötungsdelikte, in: Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 4, Heidelberg 2019, S. 3–62 (zit. nach Rn.).
- Mommsen, Hans*: Modernität und Barbarei. Anmerkungen aus zeithistorischer Sicht, in: Max Miller/Hans-Georg Soeffner (Hrsg.), Modernität und Barbarei. Soziologische Zeitdiagnose am Ende des 20. Jahrhunderts, Frankfurt a. M. 1996, S. 137–155.
- Mommsen, Hans*: Zur Einführung, in: Irmtrud Wojak, Eichmanns Memoiren. Ein kritischer Essay [2001], Frankfurt a. M. 2004, S. II–15.
- Mommsen, Hans*: Hannah Arendt und der Prozess gegen Adolf Eichmann, in: Hannah Arendt, Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht über die Banalität des Bösen [1964], München 2011, S. 9–48.
- Momsen, Carsten*: § 211, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Raik Werner (Hrsg.), Kommentar zum StGB, 6. Aufl., Hürth 2024 (zit.: *Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Werner, Kommentar zum StGB, § 211 Rn.).
- Montenegro, Lucas*: Por que se qualifica o homicídio? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei 13.104/2015), São Paulo 2017.
- Müller, Jörn*: Zwischen Privation und Perversion? Der böse Wille und seine Herkunft bei Augustinus, in: Jörg Noller (Hrsg.), Über das Böse. Interdisziplinäre Perspektiven, Freiburg/München 2020, S. 65–94.
- Müller-Dietz, Heinz*: Zur Ästhetik des Bösen – Kunst und Verbrechen, in: ders. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, Baden-Baden 2007, S. 641–654.
- Naegeli, Eduard*: Das Böse und das Strafrecht, München 1966.
- Neiman, Susan*: Das Böse denken. Eine andere Geschichte der Philosophie, Frankfurt a. M. 2004.

- Niesen, Peter: Legitimität ohne Moralität. Habermas und Maus über das Verhältnis zwischen Recht und Moral, in: René von Schomberg/Peter Niesen (Hrsg.), Zwischen Recht und Moral. Neuere Ansätze der Rechts- und Demokratietheorie, Münster 2002.
- Noller, Jörg: Theorien des Bösen zur Einführung, 2. Aufl., Hamburg 2017.
- Noller, Jörg: Gründe des Bösen. Ein Essay im Anschluss an Kant, de Sade und Arendt, Basel 2018.
- Palma, Maria Fernanda: The Banality of Evil or the Exceptionality of Good in Totalitarian Societies, in: Kai Ambos/Luís Pereira Couthinho/Faria Fernanda Palma/Paulo de Sousa Mendes (Hrsg.), Eichmann in Jerusalem – 50 Years After. An Interdisciplinary Approach, Berlin 2012, S. 15–20.
- Pawlik, Michael: Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, Tübingen 2012.
- Peralta, José Milton: Motive im Tatstrafrecht, in: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Berlin/New York 2011, S. 257–271.
- Peters, Kristina: Strafe und Kommunikation. Zur Aktualität der Straftheorie G. W. F. Hegels, Tübingen 2024.
- Pieper, Annemarie: Gut und Böse, 5. Aufl., München 2022.
- Pisal, Ramona: Gender-Aspekte bei der Reform der Tötungsdelikte, in: Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211–213, 57a StGB), dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt. Abrufbar über [bmj.de](https://www.bmj.de) (letzter Zugriff 17.3.2025), S. 687–702.
- Plüss, Martina: Der Mordparagraf in der NS-Zeit. Zusammenhang von Normtextänderung, Tätertypenlehre und Rechtspraxis – und ihr Bezug zu schweizerischen Strafrechtsdebatten, Tübingen 2018.
- Recki, Birgit: Das Böse und das Gute, Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken 2004, S. 1031–1036.
- Recki, Birgit: Arendt nach Jerusalem, Philosophiekolumne, Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken 2011, S. 1047–1053.
- Reemtsma, Jan Philipp: Das Implantat der Angst, in: Max Miller/Hans-Georg Soeffner (Hrsg.), Modernität und Barbarei. Soziologische Zeitdiagnose am Ende des 20. Jahrhunderts, Frankfurt a. M. 1996, S. 28–35.
- Ricoeur, Paul: Das Böse. Eine Herausforderung für Philosophie und Theologie, aus dem Franz. von Laurent Karel, Zürich 2006.
- Rissing-van Saan, Ruth: Vor § 211, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, Band 11, 13. Aufl., Berlin/Boston 2023 (zit.: *Rissing-van Saan*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Vor § 211 Rn.).

- Rissing-van Saan, Ruth/Georg Zimmermann*: § 211, in: Heinrich Wilhelm Lauffhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, Band 11, 13. Aufl., Berlin/Boston 2023 (zit.: *Rissing-van Saan/G. Zimmermann*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 211 Rn.).
- Roxin, Claus/Luís Greco*: Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020.
- Russell, Luke*: Is Evil Action Qualitatively Distinct from Ordinary Wrongdoing?, *Australasian Journal of Philosophy* 2007, S. 659–677.
- Rüthers, Bernd*: Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 8. Aufl., Tübingen 2017.
- Ryle, Gilbert*: Der Begriff des Geistes, Stuttgart 1969.
- Safferling, Christoph*: Die Prämediationslehre zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, in Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, 2015, S. 809–829.
- Safferling, Christoph*: § 211, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020 (zit.: *Safferling*, in: Matt/Renzikowski, Kommentar zum StGB, § 211 Rn.).
- Safranski, Rüdiger*: Das Böse oder Das Drama der Freiheit, München 1997.
- Saimeh, Nahlah*: Das Böse aus psychiatrischer Perspektive, in: Jörg Noller (Hrsg.), Über das Böse. Interdisziplinäre Perspektiven, Freiburg/München 2020, S. 224–236.
- Saliger, Frank*: § 212 und § 211, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: *Saliger*, in: Nomos Kommentar zum StGB, § Rn.).
- Satzger, Helmut/Nicolai von Maltitz*: Der „Ökozid“ – ein Tatbestand des „Klimavölkerstrafrechts“?, in: Helmut Satzgeber (Hrsg.), Klimastrafrecht. Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz, Baden-Baden 2024, S. 437–470.
- Schabas, William A.*: Genozid im Völkerrecht, aus dem Englischen von Holger Fliessbach, Hamburg 2003.
- Schaffstein, Friedrich*: Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Georg Dahm/Ernst Rudolf Huber/Karl Larenz/Karl Michaelis/Friedrich Schaffstein/Wolfgang Siebert (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 108–142.
- Schild, Wolfgang*: Vom Un-Menschen zur Unrechts-Tat. Der notwendige Abschied vom Bösen im Rechtsstaat, in: Alexander Schuller/Wolfert von Rahden (Hrsg.), Die andere Kraft. Zur Renaissance des Bösen, Berlin 1993, S. 116–133.
- Schmid, Hans Bernard*: Moralische Integrität. Kritik eines Konstrukts, Berlin 2011.

- Schneider*, Christina: Die SS und das Recht. Eine Untersuchung anhand ausgewählter Beispiele, Frankfurt a. M. 2005.
- Schneider*, Hartmut: Thesen zur Heimtücke, in: Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211–213, 57a StGB), dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt. Abrufbar über [bmj.de](https://www.bmj.de) (letzter Zugriff 17.3.2025), S. 864–880.
- Schneider*, Hartmut: § 211, in: Volker Erb/Jürgen Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, 4. Aufl., München 2021 (zit. *H. Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 211 Rn.).
- Schuchmann*, Inga/Leonie *Steinl*: Femizide, Zur strafrechtlichen Bewertung von trennungsbedingten Tötungsdelikten an Intimpartnerinnen, Kritische Justiz 2021, S. 312–327.
- Schulte*, Christoph: radikal böse. Die Karriere des Bösen von Kant bis Nietzsche, München 1988.
- Schünemann*, Bernd/Luís *Greco*: § 28, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, Band 2, 13. Aufl., Berlin/Boston 2021 (zit.: *Schünemann/Greco*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 28 Rn.).
- Shahabuddeen*, Mohamed: Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, in: Prosecutor v. Duško Tadić (Appeal Judgement), IT-94–I-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 15.7.1999 (zit.: *Shahabuddeen*, Separate Opinion, §).
- Shklar*, Judith N.: Ganz normale Laster, übers. und Nachwort v. Hannes Bajohr, Berlin 2014.
- Shklar*, Judith N.: Der Liberalismus der Furcht, mit einem Vorwort von Axel Honneth und Essays von Michael Walzer, Seyla Benhabib und Bernard Williams, hrsg., aus dem Amerikanischen übersetzt und mit einem Nachwort versehen v. Hannes Bajohr, 3. Aufl., Berlin 2020.
- Simon*, Dieter: Consolatio philosophiae oder Brief an Winfried Hassemer, in: Felix Herzog/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 1293–1304.
- Simon*, Dieter: Hamburger Justiz, myops 2021, S. 4–17.
- Singer*, Marcus G.: The Concept of Evil, Philosophy 2004, S. 185–214.
- Sinn*, Arndt: § 211, in: Jürgen Wolter/Andreas Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band IV, 10. Aufl., Köln 2024 (zit.: *Sinn*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, § 211 Rn.).
- Staff*, Ilse (Hrsg.): Justiz im Dritten Reich, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1978.
- Stangneth*, Bettina: Böses Denken, Reinbek bei Hamburg 2016.
- Stangneth*, Bettina: Eichmann vor Jerusalem. Das unbehelligte Leben eines Massenmörders, 4. Aufl., Reinbek bei Hamburg 2022.

- Staub*, Ervin: The roots of evil. The origins of genocide and other group violence, Cambridge 1989.
- Stefanopoulou*, Georgia: Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 2011, S. 111–118.
- Steinberg*, Georg: Strafe für das Versetzen in Todesangst. Psychische Gesundheit als strafrechtliches Rechtsgut, Baden-Baden 2014.
- Steinberg*, Georg: § 5 Europäisches Strafrecht bis zum Reformzeitalter, in: Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, Heidelberg 2019, S. 217–249 (zit. nach Rn.).
- Stooss*, Carl: Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrathes, Zweiter Band, Basel/Genf 1893.
- Stooss*, Carl: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, im Auftrage des schweizerischen Bundesrates, frz. Übersetzung des Vorentwurfs v. Alfred Gautier, Basel/Genf 1894.
- Sutherland*, Edwin H.: Die Theorie der differentiellen Kontakte, in: Fritz Sack/René König (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*, 3. Aufl., Wiesbaden 1979, S. 395–399.
- Sykes*, Gresham M./David Matza: Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz, in: Fritz Sack/René König (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*, 3. Aufl., Wiesbaden 1979, S. 360–371.
- Tams*, Christian/Lars Berster/Björn Schiffbauer: *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. A Commentary*, 2. Aufl., München/Oxford/Baden-Baden 2024.
- Timm*, Frauke: *Gesinnung und Straftat. Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht*, Berlin 2012.
- Wagner*, Markus: Ökozid vor dem Internationalen Strafgerichtshof? Eine kritische Würdigung des Vorschlags der „Stop Ecocide“-Initiative zur Ergänzung des Römischen Status, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft* 2022, S. 477–488.
- Welzer*, Harald: *Täter. Wie aus ganz normalen Menschen Massenmörder werden*, Frankfurt a. M. 2007.
- Werkmeister*, Andreas: Ungleiche Welt, ungleiches Weltstrafrecht? Postkoloniale Theorie und die völkerstrafrechtsabolistische Herausforderung, in: Markus Abraham/Georgia Stefanopoulou (Hrsg.), *Postkoloniales Völkerstrafrecht? Herausforderungen des Internationalen Strafrechts durch die postkoloniale Theorie*, Baden-Baden 2025, S. 181–199.
- Werle*, Gerhard/Aziz Epik: Theories of Punishment in Sentencing Decisions of the International Criminal Court, in: Florian Jeßberger/Julia Geneuss (Hrsg.), *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge 2020, S. 323–352.
- Werle*, Gerhard/Florian Jeßberger: *Völkerstrafrecht*, 5. Aufl., Tübingen 2020.

- Werle, Gerhard/Florian Jeßberger: § 7 Verbrechen gegen die Menschlichkeit, in: Volker Erb/Jürgen Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafbuch, Band 9, 4. Aufl., München 2022 (zit.: Werle/Jeßberger, Münchener Kommentar zum StGB, § 7 VStGB Rn.).
- Wessels, Johannes/Michael Hettinger/Armin Engländer: Strafrecht Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 48. Aufl., Heidelberg 2025.
- Williams, Timothy: The Complexity of Evil. Perpetration and Genocide, New Brunswick 2020.
- Wittig, Petra: Auch das Böse bedarf der Erklärung!, NJW-aktuell 2012, S. 14.
- Wittig, Petra: Das Böse aus Sicht der Kriminologie und des Strafrechts, in: Jörg Noller (Hrsg.), Über das Böse. Interdisziplinäre Perspektiven, Freiburg/München 2020, S. 206–223.
- Wojak, Irmtrud: Eichmanns Memoiren. Ein kritischer Essay [2001], Frankfurt a. M. 2004.
- Wolf, Jean-Claude: Das Böse, Berlin/Boston 2011.
- Wolf, Jean-Claude: Was ist das Böse?, Vortrag auf dem UNESCO-Welttag der Philosophie am 20. November 2014, 17 Seiten, abrufbar über uni-bamberg.de (letzter Zugriff: 17.3.2025).
- Zabel, Benno: Kritik der strafenden Vernunft. Studien zu Recht, Verletzlichkeit und Schmerz, Tübingen 2025.
- Zimbardo, Philip: The Lucifer Effect. How good People turn Evil, London [u. a.] 2007.
- Zimmermann, Till/Nikolas Dörr: Gesichter des Bösen. Verbrechen und Verbrecher des 20. Jahrhunderts. Mit einem Geleitwort v. Heribert Prantl, Bremen 2015.

Register

A

Absicht

- Bereicherungsabsicht 64
- Zerstörungsabsicht 79, 102
- Zueignungsabsicht 64

Aggression, Verbrechen der 84

akademisches Böse 33

allgemeinverbindlicher Katalog 36

Alltagssprache 11

- Ausgeburd des Bösen 13
- das hätte nicht passieren sollen 24
- die Bösen 13
- ich habe es nicht böse gemeint 11, 49
- ich habe es nicht gewollt 12
- nichts Böses im Schilde führen 11
- von Grund auf böse 13

Angriffskrieg 84

animus aggressionis 85

Anschein der Vernunft 21

Ausbeutung von Verwundbarkeit 33

Ausgrenzung 5, 41, 123, 131

Ausnutzen von Schwäche 90, 95

Ausnutzung der Macht 114

Ausrottung des Schlechten 110

Autorinnen der Normen 36

B

bad or mad 12

Banalität des Bösen 98

Barmherzigkeit 95

Bedürfnis

- nach Beschäftigung mit dem Bösen 38
- nach Orientierung in der Welt 23

Besitzrecht am Anderen 70

Bestimmtheit 60

Böse

- als Gutes 111
- als Implikation der Freiheit 28
- case gegen den Begriff des 38
- das zweite 34

- im Kleinen 9, 128
 - im Recht implizite Konzeption des 15, 47, 67, 92, 97, 124, 129, 131
 - Kernbegriff und kleine Geschwister 116
 - Mystifizierung durch den Begriff des 39
 - pluralistische Auffassung des 35
 - radikal 106
 - therapeutische Bedeutung des 23
 - Überlegung als Kriterium für das 55
 - Ubiquität des 23, 107
 - Verdunkeln durch den Begriff des 39
- böse Tat
- analytischer Begriff der 45, 121, 129, 132
 - explizite Konzeption der 92, 95
 - Grundmotive der 92, 126, 131

C

Camouflage des Bösen 108

D

Dämonisierung 31, 41, 45, 131

Destruktion, Wille zur existenziellen 93

Diskriminierungen 112

E

Echokammern 111

Eichmann in Jerusalem 100

Eigenständigkeit oder Abgeleitetheit des Bösen 20

Essentialisierung 22

exkulpatorischer Fehlschluss 30

explizit machen 15, 125, 131

Exploitation, Wille zur existenziellen 95

F

Frage nach dem *Woher* 21

Register

G

Gebrauchstheorie der Bedeutung 22
Gefährlichkeit 11, 41, 109, 120
– als böse 11
Gerechte-Welt-Hypothese 23
Gesinnungsstrafrecht 63
Gesinnungsunwert 64
Gewissenlosigkeit 99
Global-Abwertung 123, 126
Grausamkeit 74
gute Absicht 108

H

Hange zum Bösen 106
Hangtäter 41
Haustyrann 34
Heimtücke 75, 90, 95, 114
höchststrafwürdig 47, 77, 79
humanitäres Völkerrecht 88

I

innere Überzeugung 109
intentionale Handlung 50
Intentionalisitische Theorien 32
Interdisziplinäre Anschlussfähigkeit 43, 130
Interessenmaximierung 94

J

Jedermänner 102

K

knowing how 15
Kommission zur Reform der Tötungsdelikte 114
Kompromiss von Kampala 84
Kriminologie 38, 109

L

Liberalismus 113
life wrecking harm 32

M

Macht-Asymmetrie 89
Makrokriminologie 102
Makroverbrechen 103

malum metaphysicum 24
malum morale 24, 25
malum physicum 24, 25
man erntet, was man sät 23
Maßregeln der Besserung und Sicherung 40
mechanisches Glied in der Vernichtungsmaschinerie 100
metaphysische Aufladung 118
Milgram-Experiment 103
Missachtung von reziproker Anerkennung 97
Missbrauch öffentlicher Macht 113
moralisch intrusiv 119
Moralisierung des Rechts 42
Mord 47, 68
Mörder 58
Mordmerkmale 68, 92
– drei Gruppen 68
– tatbezogene 72
– täterbezogene 72
Motiv 49, 51
– handlungsauslösendes 52, 70
– handlungsprägendes 52, 75, 76, 87, 90, 95
– sekundäres 104
Motiv-Armut 101

N

neminem laedere 93
Neutralisierungstechniken 109
NS-Recht 55
NS-Rechtsdenken 58, 62
NS-Verbrechen 99

O

Opfer 23, 28, 41, 127
ordinary language philosophy 15

P

Pathologisierung 41, 42
Person, böse 39, 73, 126
Perversionstheorie 19
Politikelement 82, 101

R

Raserfälle 120

Recht

- als allseitig verbindliche soziale Praxis 131
 - demokratietheoretischer Status des 91
 - entnazifizieren 60
 - Fokussierung auf das Individuum 102
 - oberflächliche Motive im 104
 - Subjektivierungen im 104, 119
- Rechtsfrieden 48
- rechtsstaatliche Grammatik des Rechts 117
- Recht und Moral, Trennung von 43
- Reform des Mordparagraphen 60
- Reifikation, Wille zur existentiellen 94
- Rückkehr, Recht zur 107

S

- Schädelstrukturen 40
- Schaden 32, 49
- Schein 21
- Schuld 26, 30
- Schuldbegriff 31, 44, 132
- Schuldfähigkeit 28, 127
- Selbstzweck, Formel vom 94
- situationistische Erkenntnis 23
- Sphäre der allgemeinen Gründe 109
- staatlicher Machtmissbrauch 114
- stereotype Tatmittel von Frauen 61
- Stilisierung des Mordes 117
- summum malum* 13
- Sündenkatologe 15, 35

T

- Täterstrafrecht 55, 73
- Tätertyp
- des Mörders 56
 - Lehre von den 55
- Tatstrafrecht 55, 61, 73, 131

Tiere 112

- totale ‚Ethisierung‘ des Strafrechts 56
- tout comprendre c'est tout pardon-*
ner 30
- Triebfedern, falsche Ordnung der 105

U

- Überlegen-sein-Wollen 116
- Umkehr 107
- unde malum* 20, 23, 123
- Unglück 24
- unverjährbar 48, 77, 84, 88

V

- verbindliches Normsystem 36, 125
- Verkehrung des Guten 109
- Vernünfteln 21
- Vertrauen in die Welt 24
- verwerflicher Handlungszweck 71
- völkische Gemeinschaftspflichten 63
- Vorsatz 25, 52, 53, 120

W

- Werk 26
- Weswegen-Wollen* 52, 53, 70, 80
- Wie-Wollen* 53
- Wollen-Wollen* 53, 132

Y

- you agreed to evil 38

Z

- Zurechnung auf primärer Ebene 25
- Zurechnung auf sekundärer Ebene 26
- Zuschreibung
- von Intentionen und Motiven 110

