

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. Eindringlich 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 ungezügelten 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 potentiell „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 hineinzunehmen: 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 entgegnen, 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 Mordparagrafen 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 *Frommel*, 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.

