

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, Entrechung, 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 motivarne 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 „Skandale“, 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“ porträtierten wollte –, zu plausibilisieren, dass Eichmann gerade nicht aus verwerflichen, sondern aus banalen Motiven handelte: aus Karrierismus und beflißner 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 willfähriges 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.

1. Zu voraussetzungsreich: Das motivarne Banale als böse

Wort Gehorsam nur ein anderes Wort ist für Zustimmung und Unterstützung. So bleibt also nur übrig, daß Sie eine Politik gefördert und mitverwirklicht 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 kundtat, 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 herausstellt (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 „Jedermänner“ 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 *Brannigan*.

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

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 entlehe 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 „aufgepropft“ werden,³³³ die Triebe sind zunächst „ursprüngliche[] Anlage[n] zum Guten“.³³⁴ Auch in der Vernunft könnte 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 schreinernder 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 blos 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 ausgeben 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, könnte 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 Intentio nen und Motive *attribuiert* 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.I), 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 erkennen: 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 Hervorufen 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 mundan 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. Düggen, 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 Handlungssubjekte 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 Antifundamentalisten 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 Machtmisbrauchs jedenfalls nicht hinreichend erfasst, Shklars Perspektive insofern einen zentralen blinden Fleck aufzeigt. Man könnte zwar darauf hinweisen, dass der Gedanke des *Machtmisbrauchs* 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 Machtmisbrauch im Rahmen von Systemumrecht 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 Geschlechtstrieb – 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 erahnen. 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 aufgespürten 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] Glau-be[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 verteidigenswerte Verständnisse der Metaphysik geben, s. *Bung* Drei-hundert Jahre Kant – drei Rekonstruktionen, S. 664 ff.

393 *Bung*, Ungünstige Wiederaufnahme, S. 111 f.

394 Siehe dazu oben bei Fn. 139.

395 *Bung*, Ungünstige Wiederaufnahme, S. 112, 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 tödbringende 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 Straf würdigkeit 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 Bärendienst.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 Sitzen, 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 angemessenweise 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 vorsichtigster 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. Zumal 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).

