

SELBSTVERTEIDIGUNG UND SELBSTBESTIMMUNG GEGEN MORALISCHEN NIHILISMUS IM KONTEXT DES STRAFRECHTS

Azelarabe LAHKIM BENNANI

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Faculté des Lettres et des Sciences
Humaines, Dhar El Mehraz, B.P 50, Fès 30000, Maroc

azelarabe.lahkim.bennani@usmba.ac.ma

**Self-Defense and Self-Determination Against Moral Nihilism in the Context of
Criminal Law**

Abstract

The article concerns the question in what sense does comparative criminal law research confirm the idea that inflation of repressive laws promotes overcriminalization and does not promote trust in the possibility of mutual moral improvement between

azelarabe lahkim bennani

actors. We will also see to what extent the right to self-defense is recognized in its various forms. Trust in the laws is ensured by the fact that the will to power guarantees the right to self-defense. This is guaranteed by the right to avoid self-accusation. Guilt is not simply a consequence of accusation, coming from society, or of self-incrimination. Guilt does not look in the direction of the past, in the direction of retributive purposes. Rather, it has a prospect of the future, of mutual correction of character and behavior. This calls moral nihilism into question.

Keywords: moral nihilism, self-accusation, Nietzsche, penal law, guilt, Islam.

Samoobramba in samoopredelitev proti moralnemu nihilizmu v okviru kazenskega prava

Povzetek

210 Članek se ukvarja z vprašanjem, v kakšnem smislu primerjalne kazenskopravne raziskave potrjujejo idejo, da inflacija represivnih zakonov spodbuja pretirano kriminalizacijo in ne spodbuja zaupanja v možnost vzajemnega moralnega izboljšanja med akterji. Preverili bomo tudi, v kolikšni meri je pravica do samoobrambe priznana v njenih različnih oblikah. Zaupanje v zakone zagotavlja dejstvo, da volja do moči jamči pravico do samoobrambe. Slednja je zajamčena s pravico do nesamoobtožbe. Krivda ni zgolj posledica obtožbe, ki prihaja iz družbe, ali samoobdolžitve. Krivda ne gleda v smeri preteklosti, v smeri retributivnih namenov. Nasprotno, usmerjena je v prihodnost, v vzajemno popravljanje značaja in vedênja. To moralni nihilizem postavlja pod vprašaj.

Ključne besede: moralni nihilizem, samoobtoževanje, Nietzsche, kazensko pravo, krivda, islam.

Einführung

Der Schwerpunkt dieses Beitrags liegt auf dem "Sinn und Zweck" der Strafe aus einem moralischen Blickwinkel. Diese Frage wird nicht von den Fachjuristen gestellt. Es ist bemerkenswert, dass nur wenige Philosophen sich bemühen, die Moral eng mit dem Strafrecht zu verbinden, um den nihilistischen Moralismus zu vermeiden.

Es ist unter Philosophen üblich, die moralische Rechtfertigung der Strafe in der philosophischen Tradition, durch Kant, Hegel und Nietzsche, zu suchen. Sie gehen typischerweise von der folgenden Frage aus, die von Michael Tonry gestellt wurde: „*Why Punish? How Much?*“ (Tonry 2011, 72.)

Die Philosophen bemühen sich darum, Straftheorien miteinander zu vergleichen. Da die philosophische Frage der Strafe stark von dem retributiven Erbe des deutschen Idealismus (Kant und Hegel) geprägt wurde, sind die philosophischen Alternativen zu retributiven Theorien unter den folgenden Strafzwecken resümiert, anhand der „contribution made by the punishment to four legitimate goals of punishment: retribution, deterrence, incapacitation, and rehabilitation“ (Haque 2007, 18). Die Moralforschung der Rechtsphilosophen kreist um das immer wiederkehrende Thema der *Ethik der Strafe* und bemüht sich darum, die verschiedenen Zwecke miteinander zu vergleichen.

211

Es ist aber schwer, neue Wege der Forschung zu beschreiten, wenn die Problemstellung der Ethik des Strafens im strikten Rahmen der Straftheorien bleiben muss. Die Frage der moralischen Rechtfertigung bezieht sich nicht nur auf die Straftheorien, sondern ebenfalls, von einem moralischen Gesichtspunkt, auf die normativen Einschränkungen durch die Gesetzgebung. Die Begriffe der Moral haben im Kontext des positiven Rechts, speziell des Strafrechts, eine andere Tragweite. Wird dieser Gesichtspunkt nicht beachtet, fördert die Trennung von Moral und Recht den moralischen Nihilismus.

Die Rechtsphilosophen bemühen sich darum, einen Ausweg aus dem Nihilismus zu finden, indem sie vermuten, dass die Strafe juristische und ethische Zwecke hat, und keineswegs nur schlichte Gewalt beabsichtigt, die destruktive Ziele verfolgt. Sie wollen die Rechte der Gesellschaft gewährleisten, ohne dem Abweichenden seine Grundrechte zu nehmen.

Die moralische Begründung der Strafe aufgrund einer Selbstverteidigung der Gesellschaft (der Opfer) und des Willens zur Macht (seitens des Täters) hat eine langwierige Auseinandersetzung zwischen den Schülern von Kant und denen von Nietzsche entfacht. Die kritische Einstellung der Nietzscheaner ist Teil einer rechtsphilosophischen Tradition, die bisher wenig im Fokus der Forschung stand und auch bisher durch die Philosophie vernachlässigt wurde.

Darf man lügen, um das Fehlverhalten zu rechtfertigen?

Gehört Lügen zu den erschwerenden bzw. den mildernden Umständen bei der Verurteilung? Welchen Schluss kann die Moralphilosophie aus dem Recht auf Lügen, bzw. aus der Tatsache der Lüge, in Bezug auf die Gesetzgebung ziehen? Was darf per Gesetz verboten bzw. erlaubt werden?

Die Gesetzgebungen in Bezug auf die Bestrafung unterscheiden sich von Land zu Land in den folgenden Fällen:

- Fluchtversuch des Verdächtigen aus dem Gerichtssaal;
- Fluchtversuch des Verurteilten aus der Haft;
- Fluchtversuch des Kriegsgefangenen aus dem Gefängnis.

Mehr noch:

– Ist Justizbehinderung ein strafbares Fehlverhalten, ein Delikt oder sogar ein Verbrechen?

– Wirkt Täuschung der Richter, mit der Absicht sie irrezuführen, strafverschärfend?

Am Ende des Buches *Zur Genealogie der Moral* bemerkt Nietzsche zum Nihilismus: „Sieht man vom asketischen Ideal ab: so hatte der Mensch, das Thier Mensch bisher keinen Sinn. Sein Dasein auf Erden enthielt kein Ziel; wozu Mensch überhaupt?“ (Nietzsche 2023, 164.) Wozu „der Wille zur Wahrheit“, den Windelband (1909) von ganzem Herzen so schätzte?

Darf man lügen, um das individuelle abnormale Verhalten, das sogenannte Fehlverhalten gegen die Obrigkeit zu rechtfertigen? Diese Frage wirft ein neues Licht auf den „Sinn und Zweck“ der Strafe. Ist Lügen *per se* eine Straftat oder gehört es zu den erschwerenden Umständen derselben, auch wenn es als Selbstverteidigung im Umstand der Notlage fungiert? Mit anderen Worten, darf Lügen wegen einer akuten Gefährdung einer Person gerechtfertigt werden?

Wird Selbstverteidigung des Individuums als Selbstverteidigung für den Erhalt der Unversehrtheit der Person gegen das Böse und die soziale Gewalt gedeutet? In diesem Fall werden die Selbstverteidigung des Straftatopfers durch seinen Überlebensinstinkt und diejenige des Täters durch seinen Willen zur Macht Recht erhalten.

Der moralische Nihilismus und zwecklose Strafe

In diesem Sinne blieb das philosophische Ziel der Strafe im deutschen Idealismus bei Kant zwecklos. Denn: er fragt ob, „deserved punishment must be inflicted even at great cost to innocents? Kant argued that case in the eighteenth century, and many observers of the ICC argue that case today, including an NGO named ‚No Peace Without Justice.‘“ (Blumenson 2006, 837.) Das *retributive* Erbe Kants führt zum Nihilismus, da die weiteren philosophischen alternativen zu retributiven Theorien, die mit der Koppelung der Strafe an die Kriminologie, Physiologie und Sozialwissenschaften, in jener Zeit unmöglich gewesen sind. Bisher zählte immer das lateinische Diktum: „*Fiat iustitia, et pereat mundus.*“

213

Kein innovativer Ausgang vom Nihilismus ist zu erwarten, wenn die Straftheorien einseitig auf die abstrakte normative Rechtfertigung reduziert werden, ohne den Sinn der Gesetzgebung in Rechnung zu ziehen. Die Ethik des Strafens, im Kontext des positiven Rechts, ist komplementär zum Strafrecht. John Rawls verteidigt eine Arbeitsteilung in Bezug auf die Strafe, mit der Aussage, dass:

[...] the judge and the legislator stand in different positions and look in different directions: one to the past, the other to the future. The justification of what the judge does, *qua* judge, sounds like the retributive view. The justification of what the (ideal) legislator does, *qua* legislator, sounds like the utilitarian view. (Rawls 1955, 6.)

Rawls erklärt, dass die Moralphilosophie kein *Recht* auf Lüge anerkennt, da der Gesetzgeber aus *utilitaristischen* Gründen kein Mindestmaß an Lüge per Gesetz tolerieren dürfe. Aus demselben Grund dürfe der Gesetzgeber kein Recht auf ein Mindestmaß an Diebstahl tolerieren. Denn das Recht auf Eigentum ist

absolut und darf nicht durch die Laune der Gesetzgeber beeinträchtigt werden. Es ist in der umgekehrten Richtung sehr unwahrscheinlich, dass ein Gesetzbuch das Lügen überhaupt unter Strafe setzt. Nur weil die Interessen der Opfer im Kontext des Strafverfahrens in Frage gestellt werden können, sind bestimmte Aspekte des Lügens per Gesetz verboten. Deswegen ist der *Meineid* verboten. Die Aussage des Zeugen gilt in ihrer Gesamtheit als ungültig, auch wenn einige Teilinformationen richtig sind. Der Zeuge wird endgültig bestritten. Die Lüge ist moralisch verwerflich, aber gesetzlich ist sie nicht verboten, da der Richter mit dem Lügen des Verdächtigen in Bezug auf bestimmte Interessen und *utilitaristische* Gründe rechnen muss. Die Reichweite des Lügens ist so stark begrenzt, weil wir, jedes Mal, wenn wir lügen, uns an alle Lügen erinnern müssen, „denn die Lüge erfordert Erfindung, Verstellung, und Gedächtnis“ (Nietzsche 1982, 56). Wenn wir diese Fertigkeiten nicht beherrschen, werden wir leicht entlarvt. Falls der Wille zur Wahrheit unzumutbar ist, wird die Lüge als ein Ausnahmefall toleriert. Der Ausnahmefall der Lüge wird auf Grund des Schutzes der Rechtsgüter des Eigentums, Freiheit und körperlicher

214 Unversehrtheit toleriert. Diese Rechtsgüter werden durch den *Willen zur Macht* konkretisiert, im Gegenteil zum Willen zur Wahrheit, der den Grundbedürfnissen eines menschenwürdigen Lebens im Wege stehen könnte. „Ist aber einmal ein Kind in verwickelten häuslichen Verhältnissen aufgezogen worden, so handhabt es ebenso natürlich die Lüge und sagt unwillkürlich immer das, was seinem Interesse entspricht.“ (Nietzsche 1982, 56.)

Der Verdächtige hat ein Recht darauf, sich zu verteidigen und sich selbst nicht anzuklagen. So wird der Unterschied von Recht und Ethik bei Buchholz festgesetzt: „Das Lügeverbot sei stets allein als Kulturnorm und niemals als Rechtsnorm aufzufassen, da eine Gleichsetzung der ethischen Maxime mit einem Rechtssatz das rechtliche Gebot maßlos überschärfen und das sittliche Prinzip ersticken würde.“ (Buchholz 2018, 143.)

Verallgemeinerung des Rechts auf Verteidigung

Kann man dieses Recht auf Selbstverteidigung verallgemeinern, um zu erkennen, wann eine Handlung allgemein verwerflich sei, ohne dass es dafür eine einheitliche rechtliche Regelung gibt? Was darf *per Gesetz* in Bezug auf

ähnliche Fälle verboten bzw. erlaubt werden, wenn es, z. B., um Fluchtversuch und die Nichtkooperation mit dem Gericht während eines Strafprozesses geht?

Aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Regelung der missbilligten Handlungen versuchen wir die Toleranzschwellen ähnlicher Fälle zur Lüge, Justizbehinderung (besser Strafvereitelung), Täuschung, Fluchtversuche usw. durch eine von Nietzsche inspirierte Philosophie der Schuld zu erhellen. Zuerst beginnen wir mit der vorherrschenden Hypothese der Rechtssoziologen, die darauf bestehen, ohne moralische Bedenken zu erwägen, rechtliche Normen aufgrund sozialer Werten zu begründen. Die Rechtsregel wird als Sozialnorm konzipiert. Denn was in der Gesellschaft missbilligt wird, hat große Chancen, rechtlich verboten zu werden. In Kontexten jedoch, in denen *niedrige* Werten durch *höhere* Ideale ersetzt werden, führt die Dekadenz zum Nihilismus. Die gewaltvolle Kriminalisierung des Willens zur Macht erfolgt durch *das asketische Ideal* (Nietzsche), d. h. durch autoritäre Gesetzgebungen und durch den *völkischen* Gemeinsinn, der unmoralische Handlungen ablehnt.

Es ist in einer demokratischen Rechtsordnung fraglich, ob die Missbilligung der verwerflichen Handlungen automatisch zu deren gesetzlichen Bestrafung führt. Die Moralphilosophie bekommt erst eine soziale Bedeutung, wenn die individuelle moralische Gesinnung als ein Filter fungiert, der der sozialen gegenseitigen Konsensbildung der moralischen Normen Rechnung trägt. Wenn eine zwischenmenschliche moralische Gesinnung entsteht, wird die gesetzliche Regelung der Sitten entbehrlich. Die offene und freie Moraldiskussion innerhalb der sozialen Kommunikation geht also in die umgekehrte Richtung der gesetzlich nihilistischen Abweisung der Moral.

Eine interkulturelle moralische Bekämpfung des Nihilismus wird unterschiedlich erfolgreich vollzogen, um die Gesellschaft vor Gefahren zu schützen. Die scharfe Trennung von Recht und Moral hat zu verschiedenen Varianten des Rechtspositivismus (bei Hart und Kelsen) geführt. In diesen Doktrinen zählt das Rechtsverfahren mehr als der Inhalt des Rechts. Wenn die Glaubensgemeinschaft einen *göttlichen* Gesetzgeber als Ursprung des Rechts annimmt, dann gilt die theologische Moralisierung des Rechts wie die rechtliche Regulierung der Sitten weiterhin als legales Recht. Die Verschränkung von *Kriminalisierung* und *Moralisierung* führt dazu, dass die Belange der individuellen moralischen Gesinnung Gegenstand des staatlichen

Schutzes werden. Autoritäre Staaten bedienen sich der Regulierung der Sitten, um die moralische Gesinnung unter Kontrolle zu bekommen und die moralischen Fragen außerhalb der Tragweite der *moralischen Autonomie* zu stellen. Für den ersten Fall zitiere ich die folgenden zwei Stellen:

Colonial America employed the penal sanction primarily to repress sexuality, preserve religious orthodoxy, and control slaves. Crimes against drunkenness, tipping, and various kinds of extravagances were once relatively common. Obviously, few of these proscriptions still exist. Many „moral“ offenses have not been explicitly repealed but rarely are enforced. For example, fornication remains criminal in 11 jurisdictions and adultery in 24—some of which continue to regard the latter as a felony. A surprising number of states retains laws against profanity. (Husak 2008, 18.)

216 Die moralische Diskussion vom obszönen Verhalten, das vom Strafrecht verboten ist, unterscheidet sich von derjenigen in den Ländern, die die Pornographie legalisiert haben. Daraus folgt in jedem Land für die Moral ein kulturell spezifischer Bezugspunkt. In Deutschland gilt: „1973 reform legalized the distribution of pornography among adults, focusing on restricting its distribution to children and the use of children in it“ (Nussbaum 2004, 145). Der Besitz und die Verteilung von Kinderpornographie in Deutschland sind strafrechtlich verboten. Aber der Besitz von Darstellungen mit Missbrauch von Kindern ist nicht mehr mit mindestens einem Jahr Haft bestraft. Es ist ebenfalls legal, in Deutschland ein Bordell zu eröffnen, während solche Unternehmen in weiteren liberalen Ländern (wie in Frankreich oder Schweden) undenkbar sind. Die Vertragsfreiheit unterliegt in Deutschland dem Gebot der freien und gleichen Selbstbestimmung der Vertragsparteien. Das ist ein Ideal, das im Fall von Zuhälterei mit ihrer sozialen Fragilität der stark Benachteiligten im Widerspruch steht.

Statt den Entkriminalisierungsweg der bisher missbilligten Handlungen zu gehen, verfolgen etliche Gesetzgebungen den umgekehrten Prozess der Kriminalisierung bisher zulässiger Handlungen. In den islamischen Ländern werden die Parodien nun als Blasphemie gedeutet; die Meinungsfreiheit wird mit dem Aufruf zum Terrorismus gleichgestellt. Gewissensfreiheit im Fall von

Pazifisten und Abweichlern führt zur Bestrafung des zivilen Ungehorsams und legt die moralische freie Meinung unter Strafe.

Der moralische Nihilismus bekommt eine staatliche Dimension, in der die moralische Diskussion der Kriminalisierung und Entkriminalisierung keine Auswirkung auf die Verbesserung des Strafrechts hat. Aus moralischen Gründen der Kinderrechte führt der Prozess der Kriminalisierung bisher erlaubter Handlungen in Deutschland zur Reduzierung der Gewalt gegen Kinder. Das Schlagen von Kindern durch ihre Eltern ist erst seit dem Jahr 2000 in Deutschland verboten. Dem steht das Recht der Kinder auf eine gewaltfreie Erziehung (§ 1631, Abs. 2, BGB) gegenüber. Auf internationaler Ebene haben sich nur 23 Länder dafür eingesetzt, die körperliche Züchtigung von Kindern durch Eltern zu verbieten. Es ist in den islamischen Ländern eine *contradictio in adjecto*, die Vergewaltigung der Ehefrau anzuprangern. Die eheliche Beziehung gibt der moralischen Frage keinen Sinn, weil die Frau, wenn auch widerwillig, im Dienst des Ehemanns steht, um seine Lust zu befriedigen. Aufgrund des moralischen Rechts auf sexueller Selbstbestimmung wird erst seit 1997 Vergewaltigung in der Ehe in der Bundesrepublik Deutschland als eine Straftat geahndet.

217

Die Kriminalisierung bisher zulässiger Handlungen hat zu negativen Befunden wie im Falle der Terrorismusbekämpfung geführt. Dieselbe Kriminalisierung fördert positiv die sexuelle Selbstbestimmung und bewahrt die Kinder vor Elterngewalt. Die Humanisierung des Strafrechts ist zugleich Voraussetzung und Wirkung der Abkehr vom moralischen Nihilismus. Je mehr die Moralphilosophie auf der moralischen Autonomie der Individuen aufgebaut wird, desto entscheidender wendet sich die moralische Diskussion gegen die Trennung von Recht und Moral. Denn der Prozess der Entkriminalisierung bisher verwerflicher Handlungen durch die kontinuierlichen Gesetzesreformen setzt in erster Linie den Schutz der individuellen Rechtsgüter vor den Schutz der öffentlichen Ordnung voraus. Die Störung des öffentlichen Friedens ist die Verletzung eines Rechtsguts, das das friedfertige gemeinsame Zusammenleben beeinträchtigt. Wenn die Verletzung der sozialen Rechtsgüter (z. B. des Friedens) regelmäßig verübt wird, ohne dass sie von den moralisch autonomen und reflektierten Individuen mit guten Argumenten begründet wird, tritt nunmehr die

Autorität des Rechts an Stelle der intersubjektiven moralischen Deliberation der Individuen, um den Rechtsfrieden durch die Rechtskraft walten zu lassen. Wenn die moralische Selbstbeherrschung unsicher ist, wird abweichendes Verhalten heteronom kontrolliert. So scheint die Verwechslung zwischen Meinungsfreiheit, Blasphemie oder Aufruf zum Terrorismus, zwischen Kriminalisierung bisher zulässiger Handlungen und moralischer rationaler Deliberation wie die Schere auseinanderzugehen. Im Gegenteil dazu führt die Kriminalisierung bisher zulässiger Handlungen zu besseren ehelichen Beziehungen zwischen moralisch gleichen und autonomen Ehepartnern. Die liberale Moralisierung des Strafrechts in Vereinigtem Königreich führte zur Entkriminalisierung der Homosexualität wie zur Ablehnung der Kriminalisierung von Prostitution.¹

Die Bundesrepublik Deutschland geht einen vergleichbaren Weg der Liberalisierung der Sitten, der zur Entkriminalisierung des Ehebruchs geführt hat.² Kaufmann hat den Ehebruch noch 1969 für ein strafrechtliches Delikt gehalten, das Angst und missbillige Abneigung erregt. Es ist jedoch auch für ihn fraglich, ob es sich um ein echtes *mala in se* handelt:

Am leichtesten lässt sich der sittliche Charakter Strafrechtschuld im Bereich des eigentlichen kriminellen Unrechts, der klassischen *delicta* des StGB *per se* nachweisen [...]. Denn Mord, Diebstahl, Betrug, Brandstiftung, Ehebruch sind Tatbestände, die als solche eine sozialetische Weltwidrigkeit des Verhaltens und des dadurch herbeigeführten Erfolgs beinhalten, so dass es nicht erst dem strafrechtlichen Verbot bedarf, um die Pflicht zur Unterlassung eines solchen Tuns zu begründen. (Kaufmann 1976, 130.)

1 „The Wolfenden Report released in 1957 [...] had recommended the decriminalization of homosexual relations between consenting adults and had opposed the criminalization of prostitution, which was not then illegal.“ (Nussbaum, 2004, 75.)

2 Das Ehebruchgesetz wurde aus dem Paragraph 172 des Reichsstrafgesetzbuchs übernommen. Es war in der Bundesrepublik Deutschland bis zum 31. August 1969 in Kraft.

Ist Missbilligung ein Grund für Kriminalisierung?

Mit der Verbreitung der sozialen Netzwerke in den islamischen Ländern ist ein neuer Raum für die Ausübung individueller Freiheiten und die Überwindung der dem Einzelnen auferlegten Beschränkungen entstanden. Die Freiheit des Einzelnen von der Kontrolle durch die öffentliche Ordnung führte zu seiner Freiheit von moralischen Zwängen und gesellschaftlichen Werten. Der digitale Raum wird oft mit moralischem Verfall und Korruption in Verbindung gebracht. Damit der Staat Oberhand über die öffentlichen Sitten in den Griff hält, geht er den umgekehrten Weg und kriminalisiert sozial missbilligte Handlungen, die in den sozialen Netzwerken auftauchen. Die Rechtsnorm ist eine soziale Norm, die in der öffentlichen Ordnung wie auch im digitalen Raum wahrgenommen werden soll. Denn die Legitimität von Rechtsnormen wird durch den Druck der Gesellschaft auf die handelnden Individuen bestimmt. Die soziale *Missbilligung* einer Tat kann zur rechtlichen *Kriminalisierung* derselben führen.

Eine Variante von Missbilligung ist durch Erscheinungen, die *Ekel* erregen, bezeugt. Es gibt gute Gründe, um solche Erscheinungen zu kriminalisieren. Martha Nussbaum hat indes zwischen Ekel aufgrund einer *Gefahr* (für das Leben) und Ekel aufgrund einer *Missachtung* (der Würde) unterschieden:

219

The first distinction that seems important is that between sensory disgust at „primary objects,“ a disgust lying close to distaste and danger, and the socially mediated disgust that people so often feel toward members of unpopular groups, such as Jews, women, racial minorities, and homosexuals. [...] Even if disgust at feces does have to be learned, it is a universal property in all known societies, and it is a reasonable response to unpleasant sensory properties and/or dangers posed by feces. Disgust at unpopular groups, by contrast, is mediated by magical thinking about contamination and purity. (Nussbaum 2004, 128.)

Die Moralphilosophien unter den moslemischen rationalen Theologen und Philosophen begründen das Gute und das Schlechte mit der Reaktion der Billigung bzw. Missbilligung. Der „primary moral datum—that which one knows when one knows a person has done evil, for example, is not that ,the

person deserves blame‘ but that ,it is good to blame that person“ (Vasalou 2008, 75–76).

So wird mit Ekel auf unmoralische Handlungen reagiert, mit den sogenannten *reactive attitudes* bei J. Strawson. Er erhebt keinen Anspruch darauf, die *reactive attitudes* rechtlich zu benutzen. Für ihn sind *Reaktionssituationen* im Wesentlichen natürliche Reaktionen auf den guten oder schlechten Willen der Handelnden oder sie sind Reaktionen auf die Gleichgültigkeit anderer uns gegenüber, die aus ihren Positionen und Handlungen hervorgehen (Strawson 2008, 10–11). Die negativen natürlichen Reaktionen sind moralisch zu missbilligen, aber sie sind in diesem Falle keine normativen Gründe, die entsprechenden Handlungen strafrechtlich zu sanktionieren. Dieser Weg, eher zu moralisieren als zu kriminalisieren, führt nicht zu einer Überkriminalisierung, selbst wenn man, so Dan Kahan, mit dem Obszönen konfrontiert ist. „The law often treats disgust to ward an activity—such as obscenity or sodomy—as sufficient to make it criminal [...]“, und so fragt er: „Is disgust by itself a legitimate ground for coercion?“ (Haque 2007, 33–34.)

220 Der Gesetzgeber tendiert dazu, den sozialen, politischen und religiösen Druck rechtlich zu normieren. In den Gesellschaften, wo die Kraft der Gewohnheiten in der sozialen Kommunikation mehr zählt als die freie Meinungsäußerung, verstärkt das Recht die Kraft der Gewohnheit. Deshalb trägt Garfinkel in Rechnung (1956), dass die „moralische‘ Reaktion voraussetzt, dass man die relevante Öffentlichkeit (und im Falle der Skandalisierung als ‚Verbrechen‘ die zuständige Staatsgewalt) auf seine Seite ziehen kann – eine Anstrengung mit unsicherem Ausgang und fraglichem pragmatischem Erfolg“ (Cremer-Schäfer und Steinert 2014, 33–34).

In den islamischen Ländern, speziell in der Theologie der Mou‘aziliten (Vasalou 2008) gelten *Lob* und *Tadel* für gute und schlechte Handlungen aus den Gründen des Seligkeitsversprechens diesseits und jenseits der Welt. Denn sie entsprechen objektiv wahren moralischen Normen unabhängig vom Gottes Fürwahrhalten. Wahre Urteile *sind unabhängig von unseren okkasionellen Beurteilungen* gültig, und begründen die Belohnung und Bestrafung der Gutverdiener und Übeltäter. Aus dem objektiv gerechtfertigten, moralisch geäußerten *Lob* und *Tadel* wird der schlecht Handelnde verdienstvoll bestraft, dem Prinzip der Gerechtigkeit „Jedem das Seine“ entsprechend. Der *Tadel* ist

eine Form von Strafe, die zur ewigen jenseitigen Verdammung führt. Denn Gott ist gezwungen, den Sinn der Strafe in der Verurteilung zu begrenzen. Die retributive verdienstvolle Bestrafung steht im Islam jenseits aller moralischen Zielsetzung. Die skandalisierten Reaktionen auf die verpönten Handlungen sind *per se* nicht gerechtfertigte Handlungen. Denn sie müssen rational begründet werden. In bestimmten Konstellationen können wir die skandalisierten Reaktionen für unbegründet halten. Sie rufen moralische Diskussion statt Repression hervor.

Das deutsche StGB, anhand der fehlenden skandalisierten sozialen Reaktion, hat das Gesetz „Straftaten wider die Sittlichkeit“ durch Paragraph 174c in Bezug auf die sexuelle Selbstbestimmung der Person ersetzt.

Strafe und Stigmatisierung

Die rechtliche *Verurteilung* ist eine säkulare Form der religiösen Verdammung. Der Nihilismus gibt dem schlecht Handelnden die Wahl zwischen göttlicher *Verdammung*, rechtlicher *Verurteilung* und sozialer *Missbilligung*. Die verwerflichsten Verhaltensweisen, die den Tadel verdienen, dürfen deswegen bestraft werden. Aber der Tadel ist selbst eine Form von Strafe, da die Androhung von Strafe schon eine Strafe ist. Die Behauptung, dass der getadelte Schlechthandelnde verdient, geahndet zu werden, ist selbst eine Form von Ahndung. Wird darüber hinaus behauptet, dass die Verdammnis im Jenseits zeitweise oder ewig auf den Täter lastet, dann lässt die Strafe keinen Raum für die individuelle moralische Selbstbestimmung. *Strafe* und *Stigmatisierung* wirken deswegen nihilistisch auf die reflektierte Gesinnung. Deshalb wird die Strafe moralisch in Frage gestellt: So stellt Karl Larenz die Frage:

221

[...] wie Strafe überhaupt gerechtfertigt werden kann, wobei wir davon ausgehen, dass jede Strafe, wie immer sie im näheren aussehen mag, ein Übel für den Bestraften bedeutet, von ihm so empfunden wird. Was berechtigt die durch den Staat repräsentierte Rechtsgemeinschaft, über eines ihrer Mitglieder ein Übel zu verhängen und dabei, im Falle der Freiheitsstrafe, eines seiner wichtigsten Persönlichkeitsrechte, sein Recht auf körperliche Bewegungsfreiheit und auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, rigoros einzuschränken? (Larenz 1979, 88–89.)

Die kritische Kriminologie formuliert deswegen, so Lüderssen, das Motto: „Die Strafe muss nicht sein!“ (Lüderssen 1995.)

Die Infragestellung der Strafe ist ein Hinweis darauf, dass das Strafgesetzbuch, im Vergleich zum Zivilrecht, keine volle legitimierte Berechtigung hat. Es gebührt dem *Strafrecht* die Bezeichnung „Recht“ nur in einem uneigentlichen Sinne. Denn es wird behauptet, dass „Strafe“ mit dem angemessenen „Vorwurf“ synonym sei. Sie ist auch mit dem sozialen praktischen „Ausdruck moralischer Missbilligung“ stark verwoben, und sie ist als „Ausdruck“ sozialer Missbilligung eine strafende *Stigmatisierung* (Zürcher 2014, 127).

Die rechtliche Kriminalisierung setzt eine Skandalisierung in der Öffentlichkeit voraus und führt zu einem Mindestmaß an unverdienter „Stigmatisierung“, da das Stigma Taten betrifft, die den echten und ebenfalls den „künstlichen“ bzw. artifiziellen Straftaten entsprechen. Leider wird zwischen diesen zwei Arten von Straftaten nicht klar unterschieden.

Mala in se und Mala prohibita

222

Bezeichnenderweise verweisen die Straftaten, die auf den *artifiziellen Mala prohibita* beruhen, auf das Böse (*Mala*) – auch wenn es ein Rätsel sei, warum die angebliche Rechtswidrigkeit auf eine Missetat verweist, die unter erschwerenden Umständen als Verbrechen qualifiziert werden kann. Denn *Mord, Diebstahl, Betrug, Brandstiftung* können als klare *mala in se* nicht missverstanden werden, anders als die *artificial crimes*, die durch den Gesetzgeber für Verbrechen gehalten werden. Diese bezwecken von vorneherein den Schutz der öffentlichen Ordnung und stellen daher deren Verletzung aus präventiven Gründen unter Strafe.

Die Frage nun betrifft die „Rechtswidrigkeit“ der Fälle von *Mala prohibita*, und ob sie zwangsläufig zum Gefühl der „Schuldfähigkeit“ des Individuums führen sollten, da die Verletzung der öffentlichen Rechtsgüter einerseits nicht denselben Begriff von moralischer Schuld bedeutet, wie im Falle der Verletzung der geschützten Rechtsgüter der Individuen. Andererseits gilt auch:

Agenten können schuldhaft handeln, auch wenn ihr Verhalten zulässig ist. Ein Gesetz, das beispielsweise das absichtliche Kratzen am Kopf bestraft, würde den höchsten Grad an Schuld erfordern, der dem

Strafrecht bekannt ist – Vorsatz (oder Absicht) –, würde aber eindeutig kein Fehlverhalten in irgendeinem verständlichen Sinne verbieten. (Husak 2008, 18.)

Die Frage betrifft den offensichtlichen Unterschied zwischen *gravierenden* moralischen Verletzungen, die eine Verrechtlichung bedürfen, und den anderen, die mehr moralische Fragen aufwerfen als juristische. Mit der juristischen Regelung ist eine Rahmenbedingung gesetzt, die die Verletzung der geschützten individuellen und gemeinschaftlichen Rechtsgüter mit Strafe bedroht. Der rechtliche Rahmen ist ein Zwangsrahmen, der durch die von ihm ausgehende Drohung besser funktioniert als durch die persönliche Abneigung gegen die verletzte Norm. Die Juristen glauben, dass die Angst vor der Bestrafung ein rationaler und allgemeingültiger Grund für die Einhaltung der Gesetze sei. Denn die Angst ist eine primitive tierische emotionale Reaktion des Überlebensinstinkts, die mehr als Abschreckung als das Gewissen des Handelnden wirkt, das durch die Evolution der Hochkulturen bedingt ist. Die Macht der Rechtsregel durch Zwang ist überzeugender als eine konstruktive rationale Auseinandersetzung über den moralischen Zweck des Rechts. Der moralische Nihilismus führt sowohl im positiven Recht als auch in der Theologie zur Sakralisierung der Rechtsnorm und zu einer Vernachlässigung der Moral, die bei der Begründung des Rechts keine normative Rolle mehr spielt. Wenn Überkriminalisierung in den liberalen Gesellschaften so vermieden wird, dass politischer Dissens und abweichendes soziales Verhalten toleriert werden, dann wird der reflektierten moralischen Autonomie ein breiter Raum geöffnet. Dies ermöglicht eine weiterführende Auseinandersetzung über die Hintergründe der rechtlichen Gebote. Die nihilistische Haltung gegenüber der Moral, für das Recht und gegen die Moral, schließt jedwede moralische Einbettung der theologischen bzw. positivierten Richtlinien aus. Die Moral wird dann vom Recht abgekoppelt.

223

Wenn die Verhinderung unmoralischer Handlungen streng strafrechtlich geregelt wird, dann bedeutet diese Regelung, dass eine moralische Begründung des Handelns nutzlos ist. Die Trennung von Recht und Moral führt zu dieser neuen Hypothese: Die starke rechtliche Regelung der Gesellschaft würde zur Entmoralisierung der Handelnden führen. Im Gegensatz zu

einer positivistischen Sichtweise der Gesellschaft führt die Rückkoppelung des Rechts an die Moral zur Entstehung einer individuellen Sorge um die moralische Autonomie. Sind die moralischen Begriffe durch den göttlichen bzw. staatlichen Gesetzgeber erst einmal verrechtlicht werden, beraubt die staatliche Gesetzgebung und die strafende Autorität dem unsittlich Handelnden das Recht, seine moralische Autonomie zu verwirklichen; dies gilt auch für den Fall, in dem er sein abweichendes Verhalten überzeugend rechtfertigen könnte. Wenn die Alleinherrschaft des Rechts bzw. des Staats gesichert wird, dann wird das abweichende Verhalten dem strafrechtlichen Delikt gleichgestellt. Die moralische Autonomie wird zum Kampf gegen den *Nihilismus*, solange sie jedem den eigenen Willen zur Macht aufzwingen kann.

Moralische Dilemmata

224 Der Schnittpunkt zwischen Entkriminalisierung und Kriminalisierung kann seitens des Staats zur strafrechtlichen *Akzentuierung* der sozialen Prävention bis hin zu einer Übertreibung der präventiven Maßnahmen gegen mäßige Risiken führen. Der Schnittpunkt kann aber auch dazu führen, dass bei diesen Risiken die strafrechtliche Bedrohung des Einzelnen durch den Staat ausgesetzt wird, damit sich der Staat dem Schutz vor eindeutigen Gefahren widmet.

Wenn die Risiken der öffentlichen Ordnung vom Staat geregelt werden, kann die Person den Eindruck gewinnen, dass sie moralisch von der politischen bzw. religiösen Autorität bevormundet wird. Es wird ihr die Möglichkeit genommen, durch Selbstbestimmung selbstbewusst autonom zu handeln. „Der Entwurf, so Heidegger, ist die existenziale Seinsverfassung des Spielraums des faktischen Seinkönnens.“ (Tugendhat 1979, 230.) Dieses wird durch die moralische Autonomie gesichert. „Das eigene moralische Gewissen ist der sicherste Schutz vor Straftaten; aber wenn das nicht entwickelt ist, greift das Gesetz wie ein zweites Schutzsystem ein, das die Straftaten verbietet.“ (Tugendhat 2000, 32.) Je mehr also die Heteronomie die Oberhand über moralische Selbstbestimmung nimmt, desto mehr werden die zwischenmenschlichen Beziehungen durch das positive Recht normiert. Der soziale Austausch der sozialen Rechtsgüter wurde zuerst von dem sozialen Brauch und Gewohnheiten ritualisiert und

dann schrittweise von der öffentlichen Gewalt verwaltet. Das Gewissen als Verinnerlichung und Aneignung der gesellschaftlich bedeutenden Werte kann dem Einzelnen den Anschein von Autonomie geben. Die kritische Distanzierung des Individuums von der Gesellschaft ist selbst eine Folge des unübersichtlichen Drucks derselben auf ihn.

Die staatliche Bedrohung ist umso größer, wenn die normative Abweichung von den rechtlichen Geboten mit Leben, Freiheit und Eigentum bezahlt werden sollte. Erst wenn der Damm des rechtlichen Schutzes bricht, entwickelt sich das Gewissen als zweites Bollwerk, um die Autonomie des Individuums vor der Gesellschaft zu sichern.

Selbstverteidigung und Selbstbestimmung

Wie kann Selbstverteidigung aus dem Prinzip der Selbstbestimmung der Person abgeleitet werden? Ernst Tugendhat betont, dass die Alternativen zu den verschiedenen Handlungen, die ich normalerweise im täglichen Leben ausführe, nicht auf meiner eigenen kognitiven Kompetenz und moralischer Selbstbestimmung beruhen. Heteronom handeln wir, wenn z. B. religiöse Gründe vorlegen, die eine bestimmte Wahl rechtfertigen sollten. Die Selbstbestimmung bei Tugendhat stellt die Frage nach der Grundlegung der Moral auf der Gesellschaft und Religion an Stelle der Vernunft. Die Krisis der Moral hängt mit der Krise der Fremdgrundlegung der Moral zusammen. Entweder ist Moralphilosophie auf dem Selbst gegründet oder sie bleibt ohne Grundlage. Nach Tugendhat sollen wir unter Moral „diejenigen Normen verstehen, die sagen, was mit Rücksicht auf die Interessen anderer für mich zu tun gut oder schlecht ist“ (Tugendhat 1979, 239). Tugendhat lehnt eine heteronome Begründung der Moral ab. Denn eine heteronome Begründung ist ein Zeichen von moralischer Krise, da Moral nicht im „Glauben und im Gehorsam an das Geglaubte“, sondern „im eigenen Einsehen und Wollen gründet“ (Nida-Rümelin 2009, 194). Tugendhat versteht unter Selbstbestimmung ein von Normen der Außenwelt unabhängiges rationales Denken. Julian Nida-Rümelin teilt die Auffassung Tugendhats, dass die moderne Moral säkular, also unabhängig von Glaubensinhalten sein sollte. Aber im Unterschied zu Tugendhat ist er der Auffassung, dass es kein spezifisches Problem der Begründung aufgeklärter Moral gibt.

In der Tat gibt es außer dem Prinzip der Unabhängigkeit, so wie Tugendhat es formuliert, noch andere Quellen zur Rechtfertigung von Moral.

Im Kontext des Strafrechts fragen wir uns, inwieweit das Gleichgewicht zwischen Strafflosigkeit und Überkriminalisierung um die *Schuld* kreist, die wir als den moralischen Beitrag der Philosophie zur Ethik des Strafrechts verstehen. Das Verteidigungsrecht ist ein Grenzgebiet zwischen vermeintlicher Unschuld und voller Verantwortungsübernahme. Zwischen dem Manöver der Entschuldigung und berechtigtem Schuldgefühl gibt es eine Skala moralischer Reaktionen, die dem Strafrecht einen Sinn gibt.

Solange der Handelnde das Risiko bei vollen Kenntnissen der Konsequenzen im Fall des Scheiterns auf sich genommen hat, kann er sich kaum darüber beklagen, dass die Sanktionen, die ihm jetzt auferlegt werden, unfair auf ihn angewandt werden. Der Effekt einer solchen Institution mit einem solchen Grundprinzip ist es, eine Klasse schuldfähiger handelnder zu schaffen – zu konstituieren – deren nachfolgende Strafbarkeit die Glaubwürdigkeit der gesetzlichen Sanktionen aufrechterhält. (Dennett 1986, 206–207.)

226

Weiterführendes Schuldkonzept (Nietzsche) und moralische Hinterfragen der Strafe

Peter Strasser unterscheidet zwischen schuldhaftem und unschuldigem Bösen (Strasser 2007, 58). Der schuldige Böse behandelt Menschen wie Würmer (Strasser 2007, 60). Er bezweckt das Böse, weil er nichts anderes als das Böse will. Das Böse ist durch Mythos und Religion verkörpert. Das radikale Böse tritt auf, bevor das Gefühl von Schuld und Verantwortung auftritt und bevor die moralische Beurteilung auf Lob und Tadel zurückgreift. Das Böse ist vornehmlich narrativ durch Mythos und Religion in der Literatur und Philosophie weiterentwickelt. Das Böse ist gesehen als „Verbrecher, als Un-Mensch, als Bestie und Personifizierung des Bösen, als der Asoziale (schwach und schuldig) und die Verbrecherin als Hexe und Teufelin“ (Strasser 2007, 72).

Das Verbrechen trat an Stelle des Bösen nach der Gründung der Sozialwissenschaften, der Kriminologie und Strafrecht, mit einer optimistischen Aussicht auf Verbesserung des Menschen.

Die Wissensbestände, die unmittelbar auf die Notwendigkeit von Abgrenzung und Ausschließung zielten, entstanden in den Rasse-Lehren, in der Psychiatrie und in der Kriminologie, säkularisiert und emanzipiert von ihren religiösen Vorläufern im Wissen über Hexen, Teufelspakte, Dämonen und Besessenheit. (Schäfer und Steinert 2014, 173.)

Das Recht trennt den positiven Begriff von Schuld (für eine Handlung) von der Person, die sich für schuldig hält.

Wer sich die Schuld gibt, fühlt sich dazu aufgerufen, Verantwortung auf sich zu nehmen, wiedergutzumachen, mit seiner Person einzustehen. [...] Wer sich die Schuld gibt, rechnet sich den Unwert der Tat zu, der sich aus der Verfehlung der Sollensanforderung ergibt; er macht sich Vorwürfe. (Larenz 1979, 92–93.)

Der Wert „Schuld“ erliegt indessen einer Umwertung bei Nietzsche, die dem Willen zur Macht eine neue Wende gibt.

Nietzsche verfolgt die originäre Bedeutung von „Schuld“. Er sagt, dass sie ihren „Ursprung in dem ältesten und ursprünglichsten Personen-Verhältniss, das es giebt“, hat, „in dem Verhältniss zwischen Käufer und Verkäufer, Gläubiger und Schuldner“ (Nietzsche 2023, 60). Der Mensch, nach dem Muster von Schuldner/Gläubiger, verletzt das Prinzip „*nemo tenetur sui ipsum accusare*“, wie Nietzsche ausführt:

[...] der Wille des Menschen, sich schuldig und verwerflich zu finden bis zur Unsühnbarkeit, sein Wille, sich bestraft zu denken, ohne dass die Strafe je der Schuld äquivalent werden könne, sein Wille, den untersten Grund der Dinge mit dem Problem von Strafe und Schuld zu infizieren und giftig zu machen [...] ein Ideal aufzurichten – das des „heiligen Gottes“ – um Angesichts desselben seiner absoluten Unwürdigkeit handgreiflich gewiss zu sein. (Nietzsche 2023, 86–87.)

Wenn die internationalen Gesetzgebungen sich hinsichtlich der Toleranzschwelle der Lüge, Justizbehinderung, Täuschungsmanöver, Fluchtversuche usw. unterscheiden, dann ist es wichtig, die Warnung

Nietzsches, in Hinsicht auf die Anwendung des „*nemo tenetur-Prinzips*“, ernst zu nehmen:

Dass die Lämmer den Großen Raubvögeln gram sind, das befremdet nicht: nur liegt darin kein Grund, es den großen Raubvögeln zu verargen, dass sie sich kleine Lämmer holen. [...] Von der Stärke verlangen, dass sie sich *nicht* als Stärke äußere, dass sie *nicht* als ein Überwältigen-Wollen, ein Durst nach Feinden und Widerständen und Triumphen sei, ist gerade so widersinnig als von Schwäche verlangen, dass sie sich als Stärke äußere. (Nietzsche 2023, 34.)

Das Verhältnis „Raubtier/Lamm“ erzeugt *Schuld-, und Gewaltbeziehungen*, die den Triebneigungen gehorchen. Es ist ungewöhnlich, dass man den Raub bei den Tieren kriminalisiert. Die Tatsache, dass der Mensch ein Risiko für den anderen Menschen darstellt, ist kein Grund, alle Risiken dadurch einzuschränken, dass die *mala prohibita* die Handlungsalternativen stark reduzieren. Es ist möglich, dass der Handelnde im Alltag versehentlich, achtlos gegenüber dem Anderen sich verhält und ein Risiko bzw. eine Gefahr für die anderen darstellt. In allen Spielarten von Risiko tritt der Wille zur Macht zu Tage, den Anderen mit überzeugenden Gründen unter Druck zu setzen und unter bestimmten Umständen rücksichtslos zu gefährden.

Wie kann man das Verhältnis „Raubtier/Lamm“, einmal auf den Menschen übertragen, mit der moralischen Selbstbestimmung vereinbaren? Wie kann die verantwortungsvolle „Schuld“ entstehen? Ich stütze mich auf die von Momme Buchholz geschilderte Rezeptionsgeschichte des Prinzips „*nemo tenetur sui ipsum accusare*“, das die Verteidigung des Lebens als überpositives Recht betrachtet. Denn die „Geständnisse, die zu einem Todesurteil führen können, müssen daher wirkungslos bleiben. Es solle kein Mensch das Recht haben, sich durch ein Geständnis selbst zu töten.“ (Buchholz 2018, 34.)

Deswegen soll der Untersuchungsrichter den Verdächtigten über seine Rechte unterrichten, wenn dieser um sein Leben bangen sollte. „Sie haben das Recht zu schweigen. Alles, was Sie sagen, kann gegen Sie verwendet werden!“

Es ist rational nicht auszuschließen, dass der Verdächtige, instinktiv in Bezug auf die belastenden Tatsachen, wenn unter Druck gesetzt, die Wahrheit zu gestehen, die Einzelheiten verschweigt und den Richter belügt. Mit allen

Mitteln versucht er, die Verantwortung für die Straftat von sich zu weisen. Es ist ebenfalls vorgesehen, dass der Verdächtige beim Strafverfahren lügt, ohne dass man dafür den Verdächtigen für aufrichtig oder unaufrichtig hält. Denn diese moralischen Zustände zählen nicht, um ein gesamtes Bild der Person zu gewinnen. Deshalb ist der Verdächtige nicht dazu verpflichtet, einen Eid während des Strafverfahrens oder vor Gericht zu leisten. Da der Angeklagte die Beweislast nicht trägt und da er in manchen Ländern dazu nicht verpflichtet ist, kooperativ mit dem Gericht zu sein, hat er das Recht, seine Unschuld zu beteuern.

Inwieweit darf man das Verteidigungsrecht, den Willen zur Macht, so verallgemeinern, dass der Zweck die Mittel heilige? Darf man zur Täuschung, Irreführung und Verschleierung der Wahrheit greifen, um das eigene Leben auf Spiel nicht zu setzen und um das natürliche Recht auf Freiheit zu schützen? Angesichts des Willens zur Freiheit erwartet das Gericht von einem gegebenen Verdächtigten, dass er während des Strafprozesses, wenn ihn keine Panik ergreift, Täuschungsmanöver unternimmt. Sie werden insoweit erwartet, weil die guten Gründe, die ihn dazu bewegen, ähnlich denjenigen sind, die einen Häftling dazu bewegen, aus der Haft zu fliehen. Die Häftlinge wie die Kriegsgefangenen werden illegale Versuche unternehmen, um die Freiheit um jeden Preis zurückzuerhalten.

229

Die Strafgesetze reagieren weltweit unterschiedlich auf den Fluchtversuch. Kriegsgefangene wie Häftlinge genießen die gleichen Rechte auf Freiheit. Nach dem deutschen Artikel 319 des StGB „macht sich strafbar, wer einen Gefangenen entweichen lässt. Nicht direkt strafbar ist aber, wer selbstständig aus einem Gefängnis oder einer Anstalt ausbricht. Nach einer Wiederergreifung gibt es somit keine strafrechtlichen Sanktionen.“ Im marokkanischen Strafgesetzbuch wird der Fluchtversuch mit einem Monat bis zu drei Monaten sanktioniert. Die Benutzung von Gewalt erhöht die Schwere der Strafe von 2 bis 5 Jahren (Artikel 309).

Raubtiere wie Kriegsgefangene dürften zu allen Mitteln greifen, um mit den Flügeln der Freiheit fliegen zu können und sich von der Gefangenschaft zu befreien.

Fluchtversuch ist keine Straftat, weil das Naturrecht auf Freiheit in den liberalen Staaten nicht strafbar ist. Der Mensch will sich die Fesseln nicht selbst anlegen. Das Strafrecht, das Fluchtversuch strafbar macht, legt wenig Gewicht

auf den Wert der Freiheit. Der *nemo tenetur-Grundsatz* findet deswegen eine nachvollziehbare Anwendung in dem theologisch-islamischen Strafverfahren, weil das bezeugte Deliktbekenntnis die harte und sogar unmenschliche Bestrafung zur Folge hat. Die Art und Weise, wie die Strafe angewandt wurde, konnte bis zur Verstümmelung der Gliedmaßen führen. Um jeden Preis wollten die Richter dem Verurteilten diese Folter ersparen. Es genügte dann bei manchen gravierenden Taten wie Unzucht, einem Vergehen, das mit der Steinigung bestraft wird, *Unwissenheit* gegenüber dem angegebenen Gesetz zu behaupten. Zum Beispiel: der Verdächtige darf vorgeben, dass er die Einzelheiten des betreffenden Gebots zur Unzucht nicht kennt; er kann auch behaupten, dass er die Partnerin im Fremdgehen für seine Frau gehalten hat. (Man darf in diesem Fall an Zwillinge denken!)

230 Um sich gegen die drohende Anklage mit schwerwiegenden Folgen zu verteidigen, sollte sich der Beschuldigte aufrichtig dafür entschuldigen, dass er nicht absichtlich gegen das betreffende Gebot verstoßen wollte. Der Grundsatz des *Vorteils im Zweifel für den Angeklagten* ist durch eine Variante des juristisch-theologischen Prinzips der *Ungewissheit* bzw. *Shubha* konkretisiert, das lediglich behauptet, dass der Verdächtige Gott nicht ungehorsam sein wollte, um seinem Gebot öffentlich zu trotzen. Ich zitiere Peters:

Shubha can be of two kinds: uncertainty as to the facts and uncertainty as to the law. Uncertainty as to the facts exists if a person believes that his conduct is lawful because he excusably erred in the identity of persons or objects. Uncertainty as to the law exists if a person's belief in the permissibility of his acts derives from an erroneous understanding of the law. (Peters 2005, 22.)

Peters führt z. B. den Fall von Ehebruch an: „There are numerous circumstances that can be put forward as a defense of uncertainty (*shubha*) against a charge of unlawful intercourse and that prevent the application of the fixed punishment.“ (Peters 2005, 22.) Der Lippenbestreitung der dem Verdächtigten zugeschriebenen Tatsachen darf nicht durch weitere Untersuchung widersprochen werden, damit dem verurteilten Täter schwere und abscheuliche Strafen erspart werden. Buchholz bestätigt die These von Peters:

Es soll nicht gestattet sein, jemanden, der des Diebstahls oder eines anderen Deliktes verdächtigt ist, mit Schlägen, Drohungen oder Ängstigung zum Geständnis zu veranlassen. Würde sich jemand eines Deliktes schuldig bekennen, nachdem solche Mittel vorangegangen waren, wäre ein solches Geständnis mit einem Beweisverwertungsverbot belegt. (Buchholz 2018, 28.)

In den historischen Chroniken wird darüber berichtet, dass eine aufrichtige Frau eines Tages vor allen verkündete, dass sie sich gegen Gott vergangen und sie sich des Ehebruchs beschuldigt hat. Der Prophet Muhammad versuchte, sie vergebens von der Selbstbelastung abzubringen, um ihr die höchste Strafe der Steinigung zu ersparen. Gegen den Rat des Propheten wiederholte sie die zwangsfreie Selbstbelastung von Unzucht viermal. Das aufgrund der Selbstbelastung gefällte Urteil war dann rechtskräftig. Diese Ausnahmefälle der Selbstbelastung bestätigen den moralischen Grundsatz, dass niemand sich selbst belasten sollte, um sich zu quälen.

Kritische Kriminologie und Moralisierung der Konflikte

231

Der Unterschied von *Mala in se* und *Mala prohibita* stuft Unzucht, Ehebruch und Alkoholkonsum in die Reihe der Vergehen gegen die öffentliche Rechtsordnung ein, d. h. sie sind ein Hinweis auf moralische Konflikte. Der moralische Nihilismus weigert sich, der Moral eine gebührende Rolle bei der Lösung von Konflikten zuzugestehen, und begnügt sich damit, Taten zu bestrafen, ohne sie für soziale Konflikte verantwortlich zu machen und normativ zu begründen. „Bestimmte Konflikte ‚Verbrechen‘ zu nennen, legt schon fest, wie sie verarbeitet werden: indem die Staatsgewalt aufgefordert wird, den Konflikt zu entscheiden und diese Entscheidung auch durchzusetzen.“ (Schäfer und Steinert 2014, 32.)

Die Vermischung von sozialen Konflikten und Strafverfahren untergräbt das Vertrauen in die Institution des Rechts und der Moral. Die Herausforderung besteht darin, das Verbrechen als Krieg zu interpretieren, und damit den moralischen Nihilismus zu bekräftigen. „Die Schaffung demokratischer Institutionen allein bot jedoch keineswegs die Garantie gewaltfreien Konfliktaustrags“; aber “nur wenige Randgruppen in den demokratisch

strukturierten Gesellschaften stellen die Autorität des Verfassungsstaates, seiner Institutionen und Regeln grundsätzlich in Frage” (Dauderstädt 2011, 360).

232 Nicht wenige Randgruppen stellen diese Autorität in Frage aufgrund der Überkriminalisierung, welche die sozialen Konflikte fördert. Der Wunsch des Einzelnen, die Selbstverteidigung gegen Überkriminalisierung zu sichern, ist ein Ausdruck des Willens zur Macht, welcher in der Meinungsäußerung und Teilhabe an der Bildung der öffentlichen Meinung besteht. In diesem Sinne verweist die Gleichsetzung von „Verbrechen“ und „Kriegsakt“ wie die Bevorzugung von Konsens statt Dissens auf soziale Konflikte, die durch das Recht allein unlösbar sind. Der moralische Konsens (à la Habermas) setzt aber nicht voraus, dass soziale Konflikte etwas zu tun haben mit dem Recht auf Nichtbelastung, Selbstverteidigung und mit dem Willen zur Macht. Die abweichenden Meinungen bestreben die Streitbeilegung durch kulturelle Mediation, ohne den Rechtsweg zu gehen. Für die Feinde sind Schlichtungsmechanismen nicht vorgesehen. Moralische Deliberation erscheint aussichtslos. Ein Strafrecht ohne moralische Begründung führt zum Feindrecht. Mit dem Konzept eines „Feindstrafrechts hat der Rechtsdogmatiker Günther Jakobs eine Debatte entfacht, welche die Strafrechtstheorie ebenso irritiert wie spürbar fasziniert.“ Die Aussichten auf Versöhnung der Abweichler mit der Gesellschaft sind dann gering: „Für einen bestimmten Täterkreis – alle, die sich von der Sanktion nicht beeindrucken lassen (wollen) – ist die ,rechtsstaatlich bestimmte Strafe [...] zu wenig‘. Anders als im Bürgerstrafrecht hilft hier nur die Exklusion.“ (Lautmann und Klimke 2004, 15.).

Die Verbindung von Feindrecht und Terrorismus macht jede moralische Rücksichtnahme auf Dissens überflüssig. Die Aussicht auf die individuelle moralische „Verbesserung“ der Abweichler wird von Nihilisten angezweifelt. Es ist aber „not easy to abandon the rehabilitative model, for it was a scheme born to optimism, and faith, and humanism. It viewed the evils in man as essentially correctable, and only partially the responsibility of the individual.“ (Hirsch 1976, xxxvii.) Auch wenn man dem Abweichenden den Krieg erklärt, darf er von dem „Grundsatz“ der Gerechtigkeit profitieren (Forst 2011, 95), da Gerechtigkeit absolut gilt.

Das Recht auf Selbstverteidigung ist selbst ein moralisches Naturrecht, das sowohl die Selbstanklage wie auch den moralischen Nihilismus ausschließt.

Die Idee der moralischen *Verbesserung* basiert auf der Kritik des moralischen Nihilismus, der das Recht als Alternative zur Moral betrachtet.

Schlussbemerkungen

Wir haben in diesem Beitrag gesehen, in welchem Sinne die vergleichende Strafrechtsforschung die Auffassung bestätigt, dass die Inflation repressiver Gesetze die Überkriminalisierung fördert und kein Vertrauen in die Möglichkeit der wechselseitigen moralischen Verbesserung der Akteure weckt. Wir haben auch gesehen, inwieweit das Recht auf Selbstverteidigung in unterschiedlichen Arten und Weisen anerkannt wird. Das Vertrauen in die Gesetze ist dadurch gesichert, dass *der Wille zur Macht* das Recht auf Selbstverteidigung garantiert. Die Schuld ist nicht einfach eine Konsequenz von Anschuldigung seitens der Gesellschaft. Die Schuld blickt nicht in die Vergangenheit, in die Richtung der retributiven Zwecke, d. h. in die Richtung der Vergeltung. Sie blickt vielmehr in die Zukunft, auf die gegenseitige Korrektur des Charakters und Verhaltens. Die subjektive Schuld ist damit kein Zeichen von Schwäche und Minderwertigkeit. Das ist von Nida-Rümelin bezeugt: „Da wir aber vernünftigerweise nicht nur gegenüber unseren deskriptiven, sondern auch gegenüber unseren normativen Überzeugungen Fallibilisten sind, erschüttert uns dieser Befund keineswegs, er führt uns nicht in eine moralische Krise.“ (Nida-Rümelin 2009, 201.) Ernst Tugendhat setzt allein auf Selbstbestimmung als einzige Begründung von Moral. Das ist ungenügend. Denn die Aufarbeitung der subjektiven Schuld braucht gegenseitige Aufklärung durch säkulare Buße und Selbstvergewisserung durch Entschuldigung. Die Schuld wird nicht mehr als *Selbststrafe* angesehen bzw. als Erlebnis von Selbstfolter, Angst und Zittern vor den eigenen Taten. Die Angst vor entwürdigender Schuld kann die *Würde* des Mitmenschen und dessen Willen zur Macht beeinträchtigen.

233

Die Überwindung des moralischen *Nihilismus* ist möglich, wenn der Wille zur Macht die bestehenden Machtverhältnisse berücksichtigt und gleichermaßen die Beziehung der Macht zur moralischen Norm in den weiten Feldern des Strafrechts weiter untersucht wird. Die verschiedenen Disziplinen des Rechts stellen moralische Fragen, die gegenseitiges Erlernen der Moral und gegenseitige Verhaltenskorrektur fördern. Um den moralischen *Nihilismus*

zu bekämpfen, können wir bestätigen, dass die Geschichte des Rechts den moralischen Fortschritt der Menschheit bezeugt. Die Abschaffung der Sklaverei z. B. ist ein konkreter Beweis gegen den moralischen Nihilismus. Ein Beleg ist in dem moralischen Fortschritt angegeben, den das islamische Recht in Bezug auf die Sklaverei erlebt hat. Sklaverei war Teil der gesellschaftlichen Ordnung des Mittelalters. Wenn eine Anklage wegen des unerlaubten Geschlechtsverkehrs erhoben wurde, dann konnte die Anwendung der festen Strafe mit dem Vorwand verhindert werden, dass Sklavinnen einen Grund für Entschuldigung abgeben. Die Entschuldigung verlief auf die Kosten der Opfer. Denn gerade „im Hinblick auf den Geschlechtsverkehr mit Sklavinnen finden wir viele Beispiele für solche Umstände der Ungewissheit, z. B. die Tatsache, dass man Miteigentümer ist, dass man die Zustimmung des Eigentümers eingeholt hat oder dass die Frau Eigentum des eigenen Sohnes ist“ (Peters 2005, 22). Der Sexualsehändler darf sich nicht mehr der harten Bestrafung entziehen, indem er *irgendeine* Entschuldigung auf Kosten der Ausgesetzten und Marginalisierten vorbringt.

234

Bibliography | Bibliografija

- Blumenson, Eric. 2006. „The Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism, and Punishment at the International Criminal Court.“ *Columbia Journal of Transnational Law* 44: 801–874.
- Buchholz, Momme. 2018. *Der nemo tenetur-Grundsatz. Eine rechtsethische Untersuchung*. Berlin: Springer.
- Cremer-Schäfer, Helga, und Heinz Steinert. 2014. *Straflust und Repression. Zur Kritik der populistischen Kriminologie*. 2., überarbeitete Auflage. Münster: Westfälisches Dampfboot.
- Dauderstädt, Michael. 2011. „Innerer Frieden.“ In *Handbuch Frieden*, hrsg. von H. Gießmann und B. J. Rinke. Wiesbaden: Springer.
- Dennett, Daniel. 1986. *Ellenbogenfreiheit. Die wünschenswerten Formen von freiem Willen*. Frankfurt am Main: Hain bei Athenäum.
- Forst, Rainer. 2011. *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Haque, Adil Ahmad. 2007. „Lawrence v. Texas and the Limits of the Criminal Law.“ *Harvard Civil Rights—Civil Liberties Law Review* 42 (1).
- Hirsch, Andrew von. 1976. *Doing Justice. The Choice of Punishments*. New York: Hill and Wang.
-

-
- Hoffmann, Thomas. 2012. „Die Moral der Strafe und die Grenzen staatlicher Bestrafung.“ *Zeitschrift für Menschenrechte* 6 (1).
- Husak, Douglas. 2008. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kaufmann, Arthur. 1976. *Das Schuldprinzip*. 2. Ausgabe. Heidelberg: Winter Universitätsverlag.
- Larenz, Karl. 1979. *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*. München: C. H. Beck.
- Lautmann, Rüdiger, und Daniela Klimke. 2004. „Punitivität als Schlüsselbegriff für eine Kritische Kriminologie.“ In *Punitivität, 8. Beiheft zum Kriminologischen Journal*, hrsg. von R. Lautmann, D. Klimke und F. Sack, F., 9–29. Weinheim: Juventa Verlag.
- Lüderssen, Klaus. 1995. *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Nida-Rümelin, Julian. 2009. *Philosophie und Lebensform*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Nietzsche, Friedrich. 1982. *Menschliches, Allzumenschliches*. Berlin, Augsburg: Wilhelm Goldmann Verlag.
- . 2023. *Zur Genealogie der Moral*. Stuttgart: Reclam.
- Nussbaum, Martha. 2004. *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*. Oxford: Oxford and Princeton.
- Peters, Rudolph. 2005. *Crime and Punishment in Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rawls, John. 1955. „Two Concepts of Rules.“ *The Philosophical Review* 64 (1): 3–32.
- Strasser, Peter. 2007. *Dunkle Gnade*. München: Wilhelm Fink.
- Strawson, Peter F. 2008. *Freedom and Resentment and Other Essays*. London: Routledge.
- Tonry, Michael (Hrsg.). 2011. *Why Punish? How Much? A reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press.
- Tugendhat, Ernst. 1979. *Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Tugendhat, Ernst, Celso López und Ana María Vicuña. 2000. *Wie sollen wir handeln? Schülergespräche über Moral*. Stuttgart: Reclam.
- Vasalou, Sophia. 2008. *Moral Agents and Their Deserts. The Character of the Mu'tazilite Ethics*. Oxford: Princeton and Oxford.
- Windelband, Wilhelm. 1909. *Der Wille zur Wahrheit*. Heidelberg: Carl Winter.
- Zürcher, Tobias. 2014. *Legitimation von Strafe*. Tübingen: Mohr Siebeck.